

Restituição de ganhos ilícitos na responsabilidade civil do administrador de sociedades

Vitor Ottoboni PAVAN*

RESUMO: A partir da análise do art. 1.017 do Código Civil brasileiro, tenta-se demonstrar a adequação do enquadramento dogmático da restituição dos ganhos derivados do ilícito em uma responsabilidade civil contemporânea tida por polifuncional. Adota o método dedutivo. Conclui-se que o Código Civil brasileiro abarca a restituição dos ganhos obtidos pelo administrador como consequência do ilícito através da responsabilidade civil.

PALAVRAS-CHAVE: Restituição; ganhos ilícitos; abuso de direito; administrador da sociedade; responsabilidade civil.

SUMÁRIO: 1. Introdução; — 2. A polifuncionalidade da responsabilidade civil; — 3. A função restitutória e seus remédios; — 4. A restituição de ganhos ilícitos no Código Civil brasileiro: o caso do art. 1.017; — 4.1. Caracterização do ilícito tipificado; — 4.2. Consequências do ilícito e os remédios aplicáveis; — 5. Conclusão; — 6. Referências.

TITLE: *Gain-Based Damages Restitution in Company Administrator's Liability*

ABSTRACT: *From the analysis of the art. 1.017 of the Brazilian Civil Code, seeks to demonstrate the dogmatic suitability of ill-gotten gains restitution as of contemporaneous tort law in its polyfunctionality. Adopts the deductive method. It is concluded that the Brazilian Civil Code embrace ill-gotten gains restitution obtained by the company administration as consequence of the wrong in tort law.*

KEYWORDS: *Restitution; ill-gotten gains; abuse of law; company administrator; tort law.*

CONTENTS: *1. Introduction; — 2. Civil liability polyfunctionality; — 3. Restitution and its remedies; — 4. Gain-based damages restitution in the Brazilian Civil Code: the case of the art. 1.017; — 4.1. Characterization of the wrong typified; — 4.2. Wrong consequences and the suitable remedies identification; — 5. Conclusion; — 6. References.*

1. Introdução

O enquadramento dogmático da restituição dos ganhos ilícitos tem sido colocado em debate na doutrina brasileira nos últimos anos, exponenciando duas posições da academia quanto à classificação dos remédios restitutórios no Direito brasileiro.

Uma, majoritária, deriva da classificação funcional das obrigações e, em especial, do desenvolvimento do enriquecimento sem causa no Direito Alemão, concluindo pelo enquadramento dogmático da restituição de ganhos obtidos a partir de um ilícito na seara do enriquecimento sem causa, na teoria do denominado lucro da intervenção.

* Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Pesquisador do Grupo “Virada de Copérnico” (UFPR). Professor. Advogado. E-mail: vitorpavan@gmail.com.

O outro posicionamento, minoritário, parte de duas premissas básicas para concluir pelo enquadramento dogmático da restituição de ganhos ilícitos através da responsabilidade civil. A primeira premissa é de que a responsabilidade civil contemporânea é essencialmente polifuncional e abarca outros remédios jurídicos além do reparatório/compensatório. A segunda premissa é de que a classificação das obrigações se baseia em uma taxonomia a partir dos eventos causais que as originam, quais sejam atos ilícitos, contratos (manifestações de consenso), enriquecimento sem causa e outros (gestão de negócios, promessa de recompensas, entre outros específicos), tomando como base aqui o estudo desenvolvido por Peter Birks a partir da evolução das fontes obrigacionais do Direito Romano.

As duas perspectivas fornecem respostas cuja distinção reside em propiciar a aplicação do remédio restitutivo na forma de reversão de um enriquecimento sem causa ou na forma de uma obrigação de restituir derivada da responsabilidade civil em sua função restitutória. À primeira vista a diferenciação pode parecer trazer poucas consequências práticas, mas especificamente quanto aos ilícitos praticados no bojo de uma relação contratual, e, portanto, tratados pela responsabilidade civil dita contratual, traz consequências consideráveis. Uma quanto ao fator de imputação e outra quanto ao prazo prescricional aplicável à pretensão, especialmente após a decisão do Superior Tribunal de Justiça no EREsp 1281594 que concluiu pela aplicação do art. 205, e não do art. 206, §3º, V, ambos do Código Civil, às pretensões derivadas de responsabilidade contratual.

Parte-se, então, de um problema específico para avaliar os *topoi* que ambos os posicionamentos apresentam e defendem, em razão da disposição prevista no art. 1.017 do Código Civil, o reconhecimento no direito positivo da restituição de ganhos ilícitos através da responsabilidade civil, o que implicaria na aplicação da tutela da confiança como critério de imputação e a aplicação do prazo prescricional decenal a estas pretensões.

Adota-se, assim, uma análise tópico-problemática, tomando como problema a pretensão de restituição à sociedade dos ganhos obtidos pelo administrador por atos ilícitos praticados no exercício de suas atribuições, tal qual prevê o art. 1.017 do Código Civil.

Inicialmente serão apresentados dois aspectos importantes para a solução da problemática colocada.

Em primeiro lugar, a caracterização da responsabilidade civil contemporânea como polifuncional, isto é, admitindo em seu bojo tutelas remediais com outras finalidades que não a meramente reparatória/compensatória.

Outro aspecto a ser esclarecido é como se concretiza a tutela restitutória da responsabilidade civil. Isto é, os remédios disponíveis ao lesado em face de situações nas quais o autor do ilícito obtém ganhos a partir do ato e não só provoca prejuízos. Toma-se como ponto de partida a experiência do Common Law no desenvolvimento dos *gain-based damages*, categoria que abrange dois remédios em específico: o *disgorgement* (remoção de ganhos ilícitos) e os *restitutionary damages* (restituição *stricto sensu*), conforme a classificação proposta por Edelman. Sendo que, no caso do art. 1.017 do Código Civil, pelas razões que estão aqui postas, aplica-se o primeiro.

Toma-se assim, em particular, a *fattispecie* do art. 1.017 do Código Civil para construir um embate dialético entre as duas posições quanto ao enquadramento dogmático da restituição de ganhos ilícitos e concluir por aquela que melhor tutela o interesse do lesado.

Compreende-se que o ordenamento jurídico como um sistema axiologicamente ordenado pela Constituição Federal e que as relações contratuais devem estar orientadas pela boa-fé objetiva, cujo significante é preenchido a partir da solidariedade constitucional que influi diretamente nas relações interprivadas, mesmo naquelas classificadas como empresariais.

A investigação da natureza jurídica da relação societária – e desta com seu administrador – tem por objetivo comprovar a natureza contratual da relação jurídica analisada para que seja possível a aplicação do regime de responsabilidade contratual, com suas consequentes implicações.

Partindo disso, busca-se compreender a caracterização do ilícito previsto no art. 1.017 do Código Civil para definição dos elementos necessários à subsunção do fato à norma e, principalmente, identificação dos critérios para imputação de obrigações derivadas do ilícito ao administrador.

Estabelecidos estes pontos, apresentam-se as consequências possíveis do ilícito e as tutelas disponíveis ao lesado, de forma a indicar, dentre os remédios à disposição da

vítima aqueles que se mostrem aptos a oferecer uma resposta adequada à sua integral tutela.

2. A polifuncionalidade da responsabilidade civil

Para compreender o estágio atual da responsabilidade civil propõe-se uma rápida digressão, estabelecendo-se um recorte temporal a partir do movimento codificador oitocentista.¹

A responsabilidade civil no *Code Civil* francês de 1804 constituía um de seus pilares, ao lado do contrato e da propriedade.² A edição do Código marcava a definitiva separação entre o público e o privado, sendo o direito civil o direito privado contraposto ao público.³

A garantia fornecida pelos três pilares (vértices fundantes do direito privado) era justamente um meio de estabelecer essa linha divisória entre a esfera das relações interpessoais em sociedade e a esfera das relações entre o indivíduo (palavra aqui não usada aleatoriamente, mas como reflexo da visão de pessoa nas codificações oitocentistas) e o Estado. A ressaca do Estado absolutista e as aspirações da burguesia em ascensão formaram o terreno perfeito para que as ideias do individualismo liberal triunfassem. Essa característica no âmbito da responsabilidade civil revela-se principalmente no elemento subjetivo de imputação, qual seja a culpa.⁴

A culpa é identificada como o traço característico do sistema de responsabilidade civil encontrado na codificação oitocentista francesa, afinal de contas, o que justificava a responsabilização de um indivíduo por um ilícito era o mau uso da liberdade⁵ (negativa) que lhe era garantida pela trinca fundamental do direito civil (contrato, propriedade e responsabilidade civil). Ao indivíduo garantia-se a plena liberdade de gerir a própria vida e seus negócios, de forma que a responsabilidade nasceria quando essa atuação dentro

¹ Trata-se da codificação da era moderna, pautada no jusracionalismo de inspiração cartesiana que institui nos códigos verdadeiros planejamentos da sociedade no período pós-revolução francesa, como instrumentos de garantia das liberdades civis após superados os abusos dos estados absolutos derrubados, separando o Estado da esfera privada quanto mais fosse possível (AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 168-171).

² STOCO, Rui. Responsabilidade civil no Código Civil francês e no Código Civil brasileiro (estudos em homenagem ao bicentenário do Código Civil francês). *Revista dos Tribunais*, v. 831, p. 11-58, jan. 2005, §16.

³ BAPTISTA, Silvio Neves. A evolução conceitual do direito civil. In LEAL, Pastora do Socorro Teixeira (coord.). *Direito civil constitucional e outros estudos em homenagem ao Prof. Zeno Veloso: uma visão luso-brasileira*. São Paulo: Método, 2014, p. 163.

⁴ GOMES, Orlando. Culpa x risco. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 11, p. 349-358, abr./jun. 2017, p. 350.

⁵ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 12.

do espectro de liberdade negativa⁶ fosse culposa (em sentido amplo) e invadissem a esfera privada de outro indivíduo causando-lhe prejuízo (patrimonial).

Há, contudo, uma outra ótica que se faz necessária. Não só a imputação através do elemento subjetivo caracteriza o individualismo liberal do sistema de responsabilidade civil oitocentista, mas de igual modo a limitação da função da responsabilidade civil à reparação se insere nos objetivos ideológicos daquele momento histórico.

Se é verdade que por detrás da reparação havia uma clara punição ao agente pelo mau uso da liberdade, é também verdade que a limitação da responsabilidade a repor na exata medida o prejuízo que o outro causou é efeito da separação nítida e rígida entre as esferas do público e do privado. A liberdade negativa impede que o Estado ingresse na esfera privada para realizar qualquer outra função que não seja a reparação exata do dano verificado. Do ponto de vista do individualismo liberal permitir que um privado buscasse a punição (através de uma pena privada típica) de outro indivíduo representaria a diluição da separação entre Estado e indivíduos, isto é, a usurpação pelo indivíduo da função punitiva exercida exclusivamente pelo ente estatal. Não que a construção da culpa e a separação entre pena e reparação na responsabilidade civil tenha sido operada originalmente pelo movimento codificador francês, essa característica é tributária das confluências entre a moral cristã e o direito romano durante a idade média⁷, contudo o sistema francês de responsabilidade civil subjetiva se apropriou destes conceitos com o perfeito encaixe à ideologia liberal-individualista que o inspirou.

O foco principal da responsabilidade civil era, portanto, a verificação da conduta do ofensor e não a tutela da vítima, somente a cristalina e inquestionável transgressão no exercício da plena autonomia do indivíduo é que levaria à responsabilização e não a busca pela efetiva tutela dos direitos das pessoas.

Do ponto de vista das funções da responsabilidade civil a reparação limitada à exata reposição do prejuízo significou a maneira como o indivíduo livre deveria prestar contas dos seus atos, respondendo pelos danos provocados por estes atos conscientemente praticados. Inclusive, é nesse sentido que John Stuart Mill, expoente da filosofia

⁶ Oscar e Mary Handlin identificam que “A liberdade, sob esse prisma, é a antítese do poder de outros; a presença de um pressupõe a ausência do outro. A liberdade é, portanto, um estado a que chega um indivíduo resguardando-se da coação ou da ameaça de coação” (HANDLIN, Mary; HANDLIN, Oscar. *As dimensões da liberdade*. São Paulo: Editora Fundo de Cultura, 1964, p. 19).

⁷ AMARAL, Francisco. Responsabilidade civil. Evolução histórica. In PIRES, Fernanda Ivo (org.); Guerra, Alexandre *et. al* (coord.). *Da estrutura à função da responsabilidade civil: uma homenagem do Instituto Brasileiro de Estudos em Responsabilidade Civil (IBERC) ao professor Renan Lotufo*. Indaiatuba, SP: Foco, 2021, p. 4.

utilitarista e liberal, defende que “o único propósito pelo qual o poder pode ser legitimamente exercido em face de qualquer integrante de uma comunidade civilizada, contra sua vontade, é para prevenir danos a outros”.⁸

Se durante o século XX a Revolução Industrial e as novas problemáticas oriundas da evolução tecnológica demandaram a construção da Teoria do Risco e a construção de critérios objetivos de imputação de responsabilidade para corrigir as injustiças deste período,⁹ a hipercomplexidade da sociedade digital e a expansão das condutas ilícitas reclamou outra transformação.

A tutela da vítima a partir de um sistema de responsabilidade civil focado no ofensor apresentava-se se não contraditória, no mínimo de difícil concreção. Diante destes desafios doutrina e jurisprudência, inclusive a francesa,¹⁰ promoveram uma expansão dos danos passíveis de reparação, inclusive com a justa solidificação da possibilidade de reparação de danos não patrimoniais. Esse desenvolvimento culminou no denominado Direito de Danos cujo objeto central é a tutela da pessoa e dos danos por ela sofridos, preocupando-se com a reparação integral destes danos e não com qualquer outra função que não seja a reparatória, dessa forma o elemento central da responsabilidade civil passaria a ser o dano e não o ilícito.¹¹

O que se observou da metade do século XX em diante foi uma hipertrofia da função reparatória, vista como única e exclusiva forma de atuação da responsabilidade civil,¹² uma tentativa de conter a expansão de danos própria do incremento das interações sociais decorrentes da evolução tecnológica deste período. Sob a égide de um foco exclusivo na tutela da vítima passou-se a compreender que o escopo fundamental da responsabilidade civil é “não a repressão de condutas negligentes, mas a reparação de danos”.¹³ Tanto que se passou a reconhecer como visão clássica aquela que entende a

⁸ MILL, John Stuart. *On liberty*. Pennsylvania: The Pennsylvania State University, 1998, p. 13. Tradução livre, no original: “the only purpose for which power can be rightfully exercised over any member of a civilized community, against his will, is to prevent harm to others”.

⁹ GOMES, Orlando. Culpa x risco. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, cit., p. 351.

¹⁰ SIRENA, Pietro. O conceito de dano na disciplina italiana e francesa da responsabilidade civil. *Revista da Ajuris*, a. 47, n. 149, p. 383-408, dez. 2020, p. 404-405.

¹¹ Nesse sentido MADERO conclui que “El principio aquel ‘*ne pas responsabilité sans faute*’ ha mudado su centro de atención para este Derecho de Daños que hoy nos rige: no hay responsabilidad si no hay daño; este último en la actualidad es el elemento clave de la responsabilidad” (MADERO, Jaime Fernández. *Derecho de daños: nuevos aspectos doctrinarios y jurisprudenciales*. Buenos Aires: La Ley, 2002, p. 68).

¹² DíEZ-PICAZO, Luiz. *Derecho de daños*. Madrid: Civitas, 1999, p. 42-63.

¹³ TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2020 (Fundamentos do Direito Civil, v. 4), p. 2.

responsabilidade civil como dotada de uma monofuncionalidade reparatória.¹⁴ Admite-se, quando muito, ao lado da reparação, a prevenção não como uma função em si, mas meramente em razão da possibilidade de se evitar a concreção do dano, o que Gherzi identifica como terceira via do Direito de Danos.¹⁵

O que não se percebe é o traço liberal-individualista da monofuncionalidade reparatória da responsabilidade civil. A não compreensão de que a responsabilidade civil pode se valer de outros meios de tutela está intimamente ligada aos postulados da era liberal clássica, combatida apenas no que tange ao elemento de imputação, mas não à sua monofuncionalidade. A lógica patrimonialista que orientou a construção do sistema de responsabilidade civil subjetiva incorporou o dogma de que a única forma de tutela contra o ilícito é a tutela ressarcitória.¹⁶

O racionalismo oitocentista tomava como ponto de partida o sujeito do contrato social, isto é, um sujeito dotado de liberdade e dignidade abstratas e formais senhor de seu destino,¹⁷ atrelado ao sujeito abstrato estava o elemento que ocupava o centro do ordenamento jurídico, o patrimônio (ou os bens). Inclusive, na ótica tradicional patrimonialista não há sujeito que não seja proprietário de bens: “Reduzido à condição de sujeito de direito, o homem passa a ser mero partícipe do abstrato reino da relação jurídica patrimonial”.¹⁸ Há, portanto, não só uma abstração do sujeito, mas também dos bens e das formas de exercício dos poderes proprietários, tornando infinita a possibilidade de bens apropriáveis.¹⁹ Com base nessas premissas, nota-se que a reparação, isto é, a tutela pelo equivalente mantém uma íntima relação com a abstração do sujeito e dos bens própria da lógica do liberalismo do século XIX:

Se os bens são equivalentes e, assim, não merecem tratamento diversificado, a transformação do bem em dinheiro está de acordo com a lógica do sistema, cujo objetivo é apenas sancionar o faltoso, reprimando os mecanismos de mercado. Por outro lado, se o juiz não pode dar tratamento distinto às

¹⁴ FACCHINI NETO, Eugênio. Prefácio. In: VAZ, Caroline. *Funções da responsabilidade civil: da reparação à punição e dissuasão: os punitive damages no direito comparado e brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 2.

¹⁵ GHERZI, Carlos Alberto. Tercera vía en derecho de daños: anticipación, prevención y reparación. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 50, p. 225-238, abr./jun. 2004, p. 227.

¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito*. 7. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 13.

¹⁷ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil: à luz do novo Código Civil brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 17.

¹⁸ ARONNE, Ricardo. Os direitos reais na constitucionalização do direito civil. *Direito & Justiça*, v. 39, n. 2, p. 175-196, jul./dez. 2013, p. 177.

¹⁹ CORTIANO JUNIOR, Eroulth. *O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas: uma análise do ensino do direito de propriedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

necessidades sociais, nada mais natural do que unificar tal forma de tratamento, dando ao lesado valor em dinheiro.²⁰

A reflexão de Marinoni, ainda que voltada ao direito processual, é de grande valia e revela uma característica intrínseca da monofuncionalidade reparatória que é a sua vinculação a uma visão abstrata tanto do sujeito quanto dos bens, não condizentes com a concepção constitucional de pessoa e titularidades. Essa visão abstrata não permite outra conclusão que não seja a tutela reparatória, isto é, a monofuncionalidade da responsabilidade civil.

Enquanto o indivíduo destinatário das normas do direito moderno codificado²¹ é um sujeito abstrato, um conceito que se sobrepõe à pessoa,²² a pessoa que ocupa o centro de interesses do ordenamento jurídico que se trata de “indivíduo real, existente no mundo dos fatos, um ser humano que necessita de proteção em razão da vulnerabilidade que lhe é inerente”.²³ O sujeito abstrato é incompatível com a pessoa real que ocupa o ponto de convergência funcional do direito privado à luz da legalidade constitucional.

A restrição das consequências do ilícito à reparação é, portanto, um reflexo dos postulados ideológicos que informaram a codificação oitocentista e a formação do sistema de responsabilidade civil francês moderno que veio a influenciar em muito a construção do sistema de responsabilidade civil brasileiro, principalmente no Código Civil de 1916.²⁴

As consequências do ilícito são diversas Nesse sentido Luiz Edson Fachin identifica um “matiz aberto e multifacetado do injusto civil e a ampla gama de seus efeitos, não mais limitados ao dever de indenizar”.²⁵ Seguindo a mesma linha de raciocínio, Nelson Rosenvald defende que:

²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito*, cit., p. 13.

²¹ Segundo Francisco Amaral “A sociedade moderna (séculos XVIII-XIX) era o mundo do individualismo, da segurança e da certeza do direito, da igualdade formal, da razão e das liberdades individuais” (AMARAL, Francisco. O direito civil na pós-modernidade. In FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de (org.). *Direito civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 72), características essas que justificam os conceitos abstratos e generalizadores do direito moderno.

²² FACHIN, Luiz Edson. *Direito civil: sentidos, transformações e fim*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 39

²³ ALMEIDA, Vitor; BARBOZA, Heloisa Helena. A tutela das vulnerabilidades na legalidade constitucional. In TEPEDINO, Gustavo. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado (coord.). *Da dogmática à efetividade do Direito Civil: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 38.

²⁴ WALD, Arnoldo. A evolução da responsabilidade civil e dos contratos no direito francês e brasileiro. *Revista dos Tribunais*, v. 845, p. 951-970, out. 2011.;

²⁵ FACHIN, Luiz Edson. Juízos reflexivos sobre a responsabilidade civil. In PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo; ROSENVALD, Nelson. *Novas fronteiras da responsabilidade civil: direito comparado*. Indaiatuba, SP: Foco, 2020, p. III.

O esquema monolítico de reparação de danos é exclusivamente focado na fictícia restituição da vítima ao estado anterior à lesão, quando na verdade, o direito pode ir além de simplesmente resgatar o passado pela “camisa de força” compensatória, transcendendo a epiderme do dano, para alcançar o ilícito em si, seja para preveni-lo, remover os ganhos indevidamente dele derivados ou, em situações excepcionais, punir comportamentos exemplarmente negativos.²⁶

O dogma reparatório se encontra “nas dobras incômodas das fichas recomendadas pela praxe tradicional”,²⁷ trata-se, portanto, de romper com as barreiras que impedem a plena travessia “do indivíduo ao sujeito, e do sujeito à cidadania”.²⁸

A polifuncionalidade da responsabilidade civil rompe, definitivamente, com as amarras do sistema clássico de responsabilidade civil para reconhecer nela um instrumento de tutela da pessoa em sua integridade, dotando o sujeito (real e concreto) de um instrumental para a sua tutela frente aos ilícitos, tanto *ex ante* quanto *ex post facto*.

3. A função restitutória e seus remédios

A restituição de ganhos obtidos a partir de um ilícito tem sido objeto de relevantes debates na doutrina brasileira. Ainda que majoritariamente se tenha inclinado à conclusão de que a restituição de ganhos provenientes de um ilícito se dá através do enriquecimento injustificado, compreende-se que referida assertiva não é a mais coerente para o ordenamento brasileiro.²⁹

A doutrina majoritária construiu no direito brasileiro a posição que defende o tratamento dos ganhos ilícitos a partir de uma adaptação do enriquecimento por intromissão ou lucro da intervenção originário do direito alemão.³⁰ Já a outra parcela da doutrina busca no desenvolvimento dos remédios restitutórios da *Common Law* a fonte de inspiração para o reconhecimento da função restitutória da responsabilidade civil, indicando,

²⁶ ROSENVALD, Nelson. Responsabilidade civil: compensar, punir e restituir. *Revista IBERC*, v. 2, n. 2, p. 1-9, abr./jun. 2019, p. 1.

²⁷ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*, cit., p. 3.

²⁸ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*, cit., p. 12.

²⁹ Esta questão é amplamente debatida em monografia de Nelson Rosenvald sobre o tema (ROSENVALD, Nelson. *A responsabilidade civil pelo ilícito lucrativo: o disgorgement e a indenização restitutória*. Salvador: JusPodivm, 2019) e, mais aprofundadamente que neste artigo em PAVAN, Vitor Ottoboni. *Responsabilidade civil e ganhos ilícitos: a quebra do paradigma reparatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

³⁰ Cf. SAVI, SÉRGIO. *Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa: o lucro da intervenção*. São Paulo: Atlas, 2012; SILVA, Rodrigo da Guia. *Enriquecimento sem causa: as obrigações restitutórias no Direito Civil*. São Paulo: RT, 2018; MORAES, Renato Duarte Franco de. *Enriquecimento sem causa e o enriquecimento por intervenção*. São Paulo: Almedina, 2021.

inclusive, a incoerência entre o modelo alemão de enriquecimento por intromissão e a solução adotada na doutrina e jurisprudência brasileiras.³¹

Compreende-se que a função restitutória encontra guarida pela responsabilidade civil. Neste ponto valemo-nos da classificação das obrigações proposta por Peter Birks³² que parte das fontes obrigacionais do direito romano – as mesmas incorporadas pelo sistema jurídico brasileiro – para alocar as obrigações em quatro categorias conforme o evento causal (substrato fático-jurídico) que as caracteriza: *manifestations of consent*, *wrongs*, *unjust enrichment* e *residual miscellany of events*, isto é, manifestações de vontade; ilícitos, enriquecimento injustificado e residual (outras modalidades que não se enquadram nas três categorias principais, como a gestão de negócios, por exemplo). Assim, sendo os ganhos ilícitos decorrentes de um evento causal enquadrado como um ato ilícito a tutela seria exercida através da responsabilidade civil, e não do enriquecimento sem causa, que abarcaria todas as hipóteses de eventos causais assemelhados a um pagamento indevido.³³ A taxonomia birkiniana,³⁴ portanto, nos oferece o necessário substrato quanto aos aspectos estruturais do direito das obrigações para justificar o enquadramento dogmático da restituição de ganhos ilícitos na responsabilidade civil como meio de tutela da pessoa frente às consequências do ato ilícito. Do ponto de vista da estrutura das obrigações, este é o argumento que justifica a inserção da restituição de ganhos ilícitos na responsabilidade civil e não no enriquecimento sem causa.

Um segundo argumento tem relação com os remédios³⁵ disponíveis à função restitutória da responsabilidade civil e à forma como estes remédios atuam. Adota-se a classificação de Edelman³⁶ dos *gain-based damages* em duas categorias: uma que abarca a remoção

³¹ NALIN, Paulo; NATIVIDADE, João Pedro Kostin F. de. O lucro da intervenção e a tutela de remoção dos ganhos ilícitos. In PIRES, Fernanda Ivo (org.); Guerra, Alexandre *et al.* (coord.). *Da estrutura à função da responsabilidade civil: uma homenagem do Instituto Brasileiro de Estudos em Responsabilidade Civil (IBERC) ao professor Renan Lotufo*. Indaiatuba, SP: Foco, 2021, p. 546

³² BIRKS, Peter. *Unjust enrichment*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2005. *E-book*.

³³ BIRKS, Peter. *Unjust enrichment*, cit., p. 25.

³⁴ Para uma análise mais pormenorizada da teoria de Peter Birks ver PAVAN, Vitor Ottoboni. A taxonomia birkiniana como guia para aplicação remedial no direito civil frente aos reflexos jurídico-privados da pandemia de covid-19. *Revista dos Tribunais*, v. 1018, p. 355-380, ago. 2020.

³⁵ Sobre a definição de remédios discorrem Mazzamuto e Plaia: “O remédio é uma categoria recebida pelo direito europeu provinda do ordenamento do *Common Law*, no qual é definido como *cure for wrongs*, ou seja, um instrumento de satisfação de uma necessidade de tutela, muitas vezes ligada à violação de um interesse reconhecido pelo ordenamento jurídico”. Tradução livre, no original: “*Il rimedio è una categoria pervenuta al diritto europeo dagli ordinamenti di common law, nei quali viene definito cure for wrongs, ossia strumento di soddisfazione di un bisogno di tutela, sovente connesso alla violazione di un interesse riconosciuto dall'ordinamento giuridico*” (MAZZAMUTO, Salvatore; PLAIA, Armando. *I remedi nel diritto privato europeo*. Torino: Giappichelli, 2012, p. 1).

³⁶ EDELMAN, James. *Gain-based damages: contract, tort, equity and intellectual property*. Oxford: Hart Publishing, 2002.

dos ganhos ilícitos (*give up*) (*disgorgement of profits*) e uma que abarca a reversão de uma transferência derivada de um ilícito (*give back*) (*restitutionary damages*).

A diferença entre os remédios restitutórios se encontra no objeto da restituição e na forma de quantificação do *quantum* restituendo: “Enquanto em *restitutionary damages* há reversão da transferência patrimonial entre as partes, no *disgorgement damages*, há supressão da vantagem adquirida pelo réu com independência de qualquer translação de bens pelo autor”.³⁷ Ou seja, ainda que quanto aos *restitutionary damages* exista uma aproximação com o enriquecimento sem causa, o *disgorgement* se afasta funcionalmente do art. 884 do Código Civil brasileiro.

Como bem apontado por Paulo Nalin e João Pedro de Natividade a construção da teoria do lucro da intervenção no direito brasileiro bebeu muito na fonte do direito português, principalmente de Pereira Coelho, Menezes Leitão e Vieira Gomes. Ainda, apontam com muita propriedade que os autores portugueses que inspiraram o desenvolvimento do lucro da intervenção no Brasil, por sua vez, partiram da noção oriunda do direito alemão de *Eingriffskondiktion*. Analisando o estado da arte do direito alemão quanto ao enriquecimento por intromissão indicam que este concito parte da teoria da destinação jurídica dos bens, a qual não abarca a tutela do lucro obtido pelo ofensor às custas do titular, “já que apenas a vantagem imediatamente usurpada integra o conteúdo atributivo do direito de propriedade”.³⁸ No mesmo sentido Rosenvald aponta a insuficiência do enriquecimento injustificado por intromissão em direitos alheios (lucro da intervenção) para justificar a aplicação do remédio restitutórios que visam à expropriação (supressão/remoção) de ganhos ilícitos, ou seja, o *disgorgement*.³⁹

O que se verifica, portanto, é que tanto do ponto de vista estrutural quanto do ponto de vista funcional a remoção de ganhos ilícitos no direito brasileiro deve ser inserida no âmbito da responsabilidade civil.

Somem-se a estes argumentos um terceiro, de natureza processual. O art. 497, parágrafo único, do Código de Processo Civil prevê o seguinte: “Para a concessão da tutela específica destinada a inibir a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito, ou a sua remoção, é irrelevante a demonstração da ocorrência de dano ou da existência de culpa ou dolo”. A remoção do ilícito, de seus efeitos por óbvio, não se limita, portanto, ao

³⁷ ROSENVALD, Nelson. *A responsabilidade civil pelo ilícito lucrativo*, cit., p. 269-270.

³⁸ NALIN, Paulo; NATIVIDADE, João Pedro Kostin F. de. O lucro da intervenção e a tutela de remoção dos ganhos ilícitos, cit., p. 546.

³⁹ ROSENVALD, Nelson. *A responsabilidade civil pelo ilícito lucrativo*, cit., p. 379.

dever de indenizar. A essa conclusão chega Luiz Guilherme Marinoni, apontando que a distinção entre ato ilícito e fato danoso tem como decorrência lógica que o dano não é uma consequência necessária do ilícito.⁴⁰

O ilícito encontra outros efeitos para além da indenização de danos. Em uma classificação funcional dos ilícitos, podem encontrar-se ilícitos indenizantes, ilícitos caducificantes, ilícitos autorizantes, ilícitos invalidantes e outros.⁴¹ Nesse sentido Felipe Peixoto Braga Netto indica que o dano é elemento eventual do ilícito, de forma que em muitos casos em que existir ilícito não existirá dano, de modo que a estrutura conceitual do ilícito civil é satisfatoriamente preenchida com “a configuração da contrariedade ao direito, que é o juízo de valor negativo que o sistema jurídico faz relativamente à determinada ação ou omissão”.⁴² O dano, portanto, é elemento que ativa a resposta da responsabilidade civil através dos remédios reparatórios (reparação, ressarcimento e compensação), aparta-se o ato ilícito do fato danoso.

Inclusive Marinoni indica que foi esse o raciocínio desenvolvido pela doutrina italiana para justificar a construção de tutelas preventivas e inibitórias, ampliando a tutela da pessoa através da inibição do próprio ilícito e não do dano, ainda que evitar este último seja uma consequência reflexa.⁴³ A visão de Marinoni coaduna com a visão de aplicação remedial das tutelas aos efeitos das obrigações classificadas conforme a taxonomia de Birks. Se as obrigações são classificadas conforme os eventos causais que as originam, os remédios são classificados conforme as funções que realizam. Neste sentido, por exemplo, os remédios voltados à prevenção irão se concretizar através de tutelas inibitórias ou tutelas que obriguem a parte a tomar medidas preventivas, os remédios reparatórios obrigarão à reparação (*in natura* ou pelo equivalente) ou à compensação (para os danos extrapatrimoniais).

Birks identifica três funções principais nas quais é possível incluir os remédios aplicáveis às pretensões originárias de obrigações. São elas: punir, compensar e restituir.⁴⁴ A compensação terá efeito quando o efeito do ato ilícito for um dano, a punição quando a lei prever a resposta punitiva ao ato contrário ao direito, e a restituição quando do ilícito

⁴⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito*, cit., p. 15-16.

⁴¹ BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Teoria dos ilícitos civis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 381.

⁴² BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Teoria dos ilícitos civis*, cit., p. 84.

⁴³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito*, cit., p. 20-21.

⁴⁴ BIRKS, Peter. *Unjust enrichment*, cit., p. 25

Na intersecção entre obrigação proveniente de ato ilícito e restituição, portanto, encontra-se a responsabilidade civil atuando de forma a remover os ganhos decorrentes do ato ilícito, através do *disgorgement*.

4. A restituição de ganhos ilícitos no Código Civil brasileiro: o caso do art.

1.017

Há no Código Civil brasileiro algumas previsões que abarcam o exercício da função restitutória pela responsabilidade civil. O art. 563 determina que a revogação da doação por ingratidão obriga o donatário a restituir os frutos que perceber após a citação válida na ação que busca a revogação do ato. O art. 1.216 obriga o possuidor de má-fé – lembrando que a violação ao princípio da boa-fé objetiva é causa de ilícito – a restituir os frutos colhidos e percebidos, ou seja, determina a supressão dos ganhos provenientes do ilícito. Ainda, no âmbito das legislações especiais o art. 210 da Lei nº 9.279/96 (Lei de Propriedade Industrial) prevê tanto uma solução compensatória, quanto duas outras soluções atinentes à tutela restitutória, quais sejam a restituição da transferência de valor (*restitutionary damages*) e a remoção do ganho ilícito realizado pelo ofensor (*disgorgement of profits*).⁴⁵

Pinçamos no caso, contudo, a problemática do art. 1.017 do Código Civil para desenvolver especificamente o objeto do artigo conforme a metodologia proposta. Em um primeiro momento se abordará de modo brevíssimo a natureza jurídica das relações societárias e entre a sociedade e o administrador, em seguida será analisada a caracterização do ilícito pelo administrador através do abuso de direito para, por fim, avaliar as consequências de referido ilícito e sua tutela conforme as premissas antes estabelecidas neste trabalho.

4.1. Caracterização do ilícito tipificado

A questão ora posta restringe-se à relação societária e não à configuração da sociedade propriamente ou a empresa,⁴⁶ restando assim delimitado o objeto de investigação. Assim, trata das relações internas da sociedade e do *enforcement* jurídico que as garante e não de uma visão da sociedade como tal.

⁴⁵ ROSENVALD, Nelson. *A responsabilidade civil pelo ilícito lucrativo*, cit., p. 414.

⁴⁶ Sobre o tema Rubens Requião ressalta que sociedade e empresa não se confundem, sendo a sociedade empresária sujeito de direito e a empresa simples objeto de direito, tanto que se admite o exercício da empresa por individual empresário (REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1998 (v. 1), p. 60.

Fran Martins dispõe que a sociedade, tal qual hoje se encontra prevista no direito empresarial brasileiro – que passou a admitir a denominada sociedade limitada unipessoal no art. 1.052, §1º, do Código Civil – seria identificada como instituição, a exemplo do que ocorreu nos ordenamentos jurídicos francês e alemão, e não como contrato, já que seria impossível haver contrato consigo mesmo.⁴⁷

O art. 981 do Código Civil dispõe que “Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados”, nota-se, portanto que o Código Civil define a relação de sociedade como contrato:

Trata-se, portanto, de um negócio jurídico fundado em acordo de vontades, celebrando entre um mínimo de duas partes, havendo a possibilidade da presença de um número maior, conforme o interesse das partes. Estas concordam em vincular-se juridicamente, a fim de poderem alcançar um objetivo econômico, aceitando as obrigações decorrentes do acordo e pretendendo o recebimento das prestações correspondentes.⁴⁸

O fato de os interesses dos sócios serem paralelos e não contrapostos não impede a caracterização da relação societária como contratual. Mesmo porque uma visão do contrato em conformidade à legalidade constitucional tem na solidariedade um de seus princípios basilares, a partir da qual é perfeitamente possível compreender um contrato em que as partes têm um intuito coincidente e não antagônico. Cite-se, por exemplo, os difundidos contratos atípicos de parceria comercial, firmados entre sociedades empresárias que buscam partilhar recursos, expertises ou esforços de mercado, intercambiando interesses, a fim de promover para ambos o incremento de suas atividades lucrativas. O que se trata aqui é do ato que institui a sociedade e regula as relações entre os sócios, que ostenta natureza contratual.

A natureza jurídica da relação societária é, portanto, contratual.⁴⁹ Não se tratará aqui das empresas individuais de responsabilidade limitada ou das sociedades unipessoais, recentemente inseridas na disciplina das sociedades pela Lei da Liberdade Econômica,

⁴⁷ MARTINS, Fran. *Curso de direito comercial*. 37. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 146.

⁴⁸ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Sociedades: teoria geral das sociedades*. As sociedades em espécie do Código Civil. 3. ed. São Paulo: RT, 2014 (Direito comercial; v. 2), p. 41.

⁴⁹ FRANCO, Vera Helena de Mello. *Direito empresarial: o empresário e seus auxiliares, o estabelecimento empresarial, as sociedades*. 4. ed, São Paulo: RT, 2012 (v. 1) p. 197.

já que a questão posta demanda a existência de pluralidade e diversidade entre sócios e administrador da sociedade.

A relação intrassocial, portanto, ostenta natureza contratual, atraindo, dessa maneira, o regramento da responsabilidade contratual⁵⁰ entre os sócios.

Quanto ao administrador este não é representante da sociedade, na acepção técnica do termo, mas órgão da sociedade,⁵¹ pelo que quando o administrador realiza um ato obriga a sociedade de forma presente, e não por meio de representação, razão pela qual, segundo Pontes de Miranda,⁵² trata-se de *apresentação*. Isto é, quando o administrador, enquanto órgão da sociedade empresarial, pratica um ato, este ato ingressa no sistema jurídico como ato da própria pessoa jurídica e não como ato da pessoa do administrador.⁵³

Trata-se, assim, da visão adotada pela doutrina majoritária no direito comercial de que a administração é um dos órgãos pelo qual a sociedade exerce sua presença no mundo exterior⁵⁴, sendo que o que regula as relações entre a sociedade e seus órgãos é o seu ato constitutivo, portanto, um negócio jurídico de natureza contratual.

As relações contratuais sob a égide da Constituição devem obedecer aos princípios de dignidade da pessoa humana e de solidariedade. À luz da legalidade constitucional o direito dos contratos recepciona uma nova principiologia, especialmente os princípios da boa-fé objetiva, do equilíbrio contratual e da função social.⁵⁵ Ao objeto do presente estudo interessa o primeiro desses princípios, a boa-fé objetiva, que encontra sua raiz axiológica no princípio constitucional da solidariedade.⁵⁶ A boa-fé objetiva, nesta visão, faz parte de uma retomada de valores éticos no agir contratual, superando uma visão estritamente patrimonial e voluntarista típica do direito moderno.⁵⁷ E considerando que

⁵⁰ A diferença entre responsabilidade civil contratual e extracontratual tem especial relevância, tanto pelo seu fundamento quanto pelas consequências que o enquadramento pode trazer à operabilidade da responsabilidade civil, como a definição do prazo prescricional conforme decidido pelo Superior Tribunal de Justiça nos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.281.594/SP, de relatoria do Ministro Félix Fischer (STJ. Corte Especial. EREsp 1281594/SP, Rel. Min. Félix Fischer, j. em 15 maio 2019).

⁵¹ PEREIRA CALÇAS, Manoel de Queiroz. Sociedade simples. In FINKELSTEIN, Maria Eugênia Reis; PROENÇA, José Marcelo Martins (coord.). *Tipos societários*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014 (série GV Law; Direito Societário), p. 134-135.

⁵² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: parte especial*. São Paulo: RT, 2012 (t. III), p. 307.

⁵³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, cit., p. 308.

⁵⁴ REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*, cit., p. 389.

⁵⁵ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 111.

⁵⁶ NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno* (em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional). 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008, p. 130.

⁵⁷ SAMPAIO, Marília de Ávila e Silva. *Aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares e a boa-fé objetiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 140.

o Código Civil de 2002 operou a unificação das obrigações civis e comerciais, sendo que antes mesmo desse ato unificador já se reconhecia a comunicabilidade dos princípios gerais a ambos os ramos do direito das obrigações,⁵⁸ o regramento do Código Civil é aplicável nas relações comerciais.

A boa-fé objetiva, dessa forma, incide sobre as relações obrigacionais existentes entre os sócios, a sociedade e a sua administração, contudo, com algumas peculiaridades.⁵⁹ Isso porque “essas relações são marcadas normativamente pelos vetores da igualdade e da liberdade e estão polarizadas pela noção de *empresa*, que, por definição, implica a finalidade de obtenção de lucro e de assunção de riscos [...]”.⁶⁰

Aquele que estiver nominado como administrador da sociedade, portanto, deve guardar em sua atuação o respeito à boa-fé objetiva. Isto implica que o exercício de seu múnus deve se dar conforme os deveres laterais que decorrem de referido princípio. Trata-se da função nomogenética, que faz surgir na relação obrigacional deveres anexos aos deveres de prestação e de proteção que são típicos da relação obrigacional.⁶¹

Referidos deveres relacionam-se não com a prestação em si – no caso administrar os interesses da sociedade – mas com a forma como essa prestação é executada, estes deveres “atuam para otimizar o adimplemento satisfatório, fim da relação obrigacional”.⁶²

Ainda, os deveres anexos também são instrumentais aos deveres de proteção, tendo por objetivo “implementar uma <<ordem de proteção entre as partes>>”,⁶³ é exemplo de dever anexo voltado à proteção o dever de informação, por exemplo.

No caso da atuação do administrador o cumprimento de sua prestação é a realização dos interesses da sociedade em favor da sociedade, assim, o desvio desse cumprimento é violação desse dever, mas não só. A boa-fé objetiva impõe ao administrador como dever lateral à sua prestação a lealdade. Como aponta Menezes Cordeiro o dever de lealdade não decorre do próprio contrato em si, mas da boa-fé objetiva que permeia a relação

⁵⁸ GOMES, Orlando. *Obrigações*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 8.

⁵⁹ Inclusive, nesse sentido, é o Enunciado 29 da I Jornada de Direito Comercial do Conselho da Justiça Federal e do Superior Tribunal de Justiça: “Aplicam-se aos negócios jurídicos entre empresários a função social do contrato e a boa-fé objetiva (arts. 421 e 422 do Código Civil), em conformidade com as especificidades dos contratos empresariais”.

⁶⁰ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação*. 2. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2018, p. 301.

⁶¹ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*, cit, p. 239.

⁶² MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*, cit, p. 241.

⁶³ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*, cit, p. 244.

obrigacional, pelo que o administrador deve agir de modo a se abster de comportamentos que possam prejudicar a outra parte ou provocar desequilíbrio no objeto do contrato.⁶⁴

O dever de lealdade, portanto, impõe ao administrador que aja conforme os interesses da sociedade, realizando a sua prestação com fidelidade aos objetivos por ela perseguidos que é a realização do objeto social e, no caso da sociedade empresarial, de lucro. É o dever lateral que “maior vinculação apresenta com os primeiros [deveres de prestação] pelo fato de permitir, de modo mais concreto, o alcance do fim econômico e social do negócio jurídico existente”.⁶⁵

A boa-fé objetiva, portanto, impõe ao administrador da sociedade a obrigação de agir com lealdade, aplicando seus esforços e os recursos da sociedade em prol da realização do objeto social da empresa e da persecução de lucro. A lealdade “nada mais é do que a fidelidade aos compromissos assumidos, com respeito aos princípios e regras que norteiam a honra e a probidade”.⁶⁶

Ao aplicar créditos ou bens sociais em proveito próprio ou de terceiros, tal qual prevê o art. 1.017 do Código Civil, o administrador viola o dever anexo de lealdade, o que configura inadimplemento na relação obrigacional existente entre ele e a própria sociedade. Nesse caso a aferição de sua responsabilidade independe de culpa, na esteira que preconiza o Enunciado 24 da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal e do Superior Tribunal de Justiça: “Em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422 do novo Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa”.

Não só, ao violar a lealdade resta também violado o princípio da probidade, que o informa e que tem caráter de ordem pública e cuja violação independe de culpa, bastando apenas à parte lesada demonstrar a violação. Nesse sentido é o Enunciado 363 da IV Jornada de Direito Civil do CJF e STJ: “Os princípios da probidade e da confiança são de ordem pública, sendo obrigação da parte lesada apenas demonstrar a existência da violação”.

⁶⁴ MENEZES CORDEIRO, Antônio Manual da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2013, p. 606-607.

⁶⁵ HAICAL, Gustavo. O inadimplemento pelo descumprimento exclusivo de dever lateral advindo da boa-fé objetiva. *Revista dos Tribunais*, v. 900, p. 45-84, out. 2010. *Online*, p. 8.

⁶⁶ PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Delimitação conceitual do princípio da boa-fé. In: LÔBO, Paulo Luiz Netto et al. *Boa-fé e sua aplicação no direito brasileiro*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 43.

Por conseguinte, ao atuar aplicando os recursos e créditos da sociedade em proveito próprio ou de terceiros, o administrador viola o princípio da confiança. Nota-se que, apesar de tradicionalmente a responsabilidade civil do administrador ter sido identificada como dependente da aferição de culpa ou dolo⁶⁷ uma vez que tomada a relação pela perspectiva do princípio da confiança o rompimento das expectativas de lealdade e probidade que decorrem da boa-fé objetiva tornam prescindível a presença do elemento voluntarista subjetivo:

O reconhecimento do princípio da confiança representa uma ruptura com a teoria voluntarista tradicional, em que se privilegia a vontade do sujeito e a sua intenção, protegendo-se dos interesses do declarante em detrimento das expectativas que possam ter ido criadas no destinatário ou das repercussões decorrentes da declaração junto aos interesses de diversas pessoas que, porventura, sofreram seus reflexos.⁶⁸

O princípio da confiança reflete não só em dever jurídico livre de obrigações éticas, mas, ao contrário, “confiança apresenta estreita correlação com um sistema que respeite seus valores fundamentais, tutele as justas expectativas decorrentes das relações jurídicas materiais e que impere um padrão de conduta ético e probó”.⁶⁹

Temos, assim, que para caracterização do ilícito consistente na atuação do administrador em rompimento à confiança em si depositada pela sociedade ao nomeá-lo para exercer as funções inerentes a este órgão social basta a conduta desleal, ímproba que viola os princípios da confiança e da boa-fé objetiva. A perquirição de culpa torna-se dispensável, já que a confiança aqui atua como verdadeiro critério de imputação e a sua violação corresponde à violação do próprio ordenamento.⁷⁰

4.2. Consequências do ilícito e os remédios aplicáveis

O ilícito previsto no art. 1.017 do Código Civil pode gerar para a sociedade três possíveis consequências.

⁶⁷ PAES, Paulo Roberto Tavares. *Responsabilidade dos Administradores de Sociedade*. 2. ed. São Paulo: RT, 1997, p. 49.

⁶⁸ AGUIRRE, João Ricardo Brandão. *Responsabilidade e Informação: efeitos jurídicos das informações, conselhos e recomendações entre particulares*. São Paulo: RT, 2011, p. 60.

⁶⁹ AGUIRRE, João Ricardo Brandão. *Responsabilidade e Informação*, cit, p. 68.

⁷⁰ CATALAN, Marcos Jorge. *A morte da culpa na responsabilidade contratual*. 2. ed. Indaiatuba: Foco, 2019, p. 252.

A depender da forma de atuação do administrador pode ou não haver um dano. Se houver desvio dos recursos em proveito próprio, isto é, diminuição do patrimônio social com transferência dessa parcela diminuída ao administrador ou terceiros através da sua participação há um dano que merece ser indenizado. Assim, se o administrador, por exemplo, desvia um bem do patrimônio social para o seu próprio patrimônio ou terá que restituí-lo *in natura* à sociedade ou pagar o equivalente. Trata-se de clássica situação de tutela ressarcitória, isto é, a neutralização do dano. Se o patrimônio da sociedade era 100 e após a conduta ilícita do administrador passar a ser 80, caberá ao administrador compensar essa perda com o pagamento de 20. Não residem maiores dificuldades nesse aspecto.

Dessa forma, apesar de o art. 1.017 do Código Civil fazer uso do verbo restituir, na verdade, neste aspecto, atua o remédio reparatório.

Há, contudo, uma consequência do ilícito que ultrapassa a mera indenização. Supondo que a sociedade seja proprietária de uma chácara de lazer para uso próprio dos sócios e diretores e que o administrador, sem o consentimento dos demais sócios, passe a locar essa chácara aos finais de semana e tome para si o lucro daí advindo. Não há, aí, segundo a clássica teoria de diferença a configuração de um dano. O patrimônio da sociedade antes e depois das locações não se alterou, continua sendo o mesmo. Não se trata, ainda, de lucros cessantes. Isso porque para que estes se configurem, posto serem modalidade de dano, deve ser previsto ou previsível. Nas palavras de Orlando Gomes “é indenizável apenas o dano previsto ou previsto ou previsível na data em que se contraiu a obrigação”.⁷¹ Ora não há notícia de que a sociedade aplicaria o bem em seu proveito ou que haveria situações de lucro esperado que foram frustradas pelo agir do administrador. Não se pode, aqui, criar uma artificialidade jurídica no sentido de pressupor que o bem seria aplicado de modo a gerar lucro para a sociedade:

Supor que o imóvel seria locado, portanto, não corresponde a uma indenização por lucros cessantes. Lembrando que referida medida tem natureza compensatória, isto é, de repor um prejuízo. Quando aplicado deve-se demonstrar que o lucro frustrado era possível, e a possibilidade remete à um necessário grau de certeza quanto à sua realização.⁷²

⁷¹ GOMES, Orlando. *Obrigações*, cit, p. 156.

⁷² PAVAN, Vitor Ottoboni. *Responsabilidade civil e ganhos ilícitos*, cit, p. 252.

No caso trata-se, portanto, de uma situação de ganho ilícito, isto é, de vantagens auferidas pelo ofensor a partir do ilícito, sendo que, neste caso não são os remédios reparatórios que atuam sobre as consequências do ilícito, mas os remédios restitutórios.

Outra situação deixa a diferença ainda mais clara. Supondo que o administrador desvie para seu patrimônio um valor em dinheiro pertencente à conta de reserva de lucros da sociedade e com esse valor compre ações na bolsa de valores o ganho obtido através dessas ações (dividendos e a própria valorização das ações) não poderia ser alcançado pela noção de danos (emergentes e lucros cessantes) que é adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro. Isto porque, nesse caso, o remédio reparatório atuaria apenas de modo a obrigar o administrador a repor à sociedade a parcela patrimonial deslocada, mas não poderia alcançar ganhos obtidos pelo administrador com esse patrimônio que nunca foram sequer esperados pela sociedade. Entender que estes ganhos obtidos a partir do ilícito são propriamente lucros cessantes contrariaria a própria definição dessa modalidade de dano, que demanda a frustração de um ganho pelo ofendido⁷³ e não a remoção de um ganho realizado pelo ofensor.

A diferença é clara, “um direito à restituição é o direito ao ganho auferido pelo réu, enquanto um direito à compensação é um direito a que o réu satisfaça a perda sofrida pelo autor”.⁷⁴ O remédio restitutório, portanto, se ocupa de privar o ofensor dos benefícios auferidos com o ilícito, enquanto o remédio reparatório visaria apenas a compensar o ofendido pelas perdas sofridas.⁷⁵

A situação prevista na parte final do art. 1.017 do Código Civil é, portanto, de aplicação de remédio restitutório para neutralização das consequências do ilícito, especificamente dos ganhos que o administrador da sociedade obtiver a partir da violação.

Os remédios restitutórios podem atuar de duas formas. Pode consistir na reversão de uma transferência de valor, isto é, um *give back*, o que no *common law* se convencionou denominar *restitutionary damages*, ou na remoção dos ganhos realizados através do ilícito, um *give up*, intitulado *disgorgement of profits*. A medida nos *restitutionary damages* é sempre um *give back*, isto é, uma restituição e não uma remoção como no *disgorgement*. Não importa o que o ofensor lucrou, mas o valor razoável que seria pago

⁷³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: obrigações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 248.

⁷⁴ BIRKS, Peter. *Unjust Enrichment*, cit, p. 3.

⁷⁵ VIRGO, Graham. *The principles of the law of restitution*. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 3.

para licitamente acessar o interesse violado ou a renda que razoavelmente o ofendido teria realizado se o direito não houvesse sido violado.⁷⁶

Se o administrador aplicar bens da sociedade em proveito próprio, mas dessa aplicação não obtiver lucro algum, isto é, não houver acréscimo real ao seu patrimônio, será o caso de aplicação dos *restitutionary damages*, ou seja, suponha que se trate de sociedade cujo objetivo social seja a administração de fazendas para a criação de gado e o administrador, ao invés de utilizar da propriedade para a criação de gado, destaque uma porção da terra e ali construa uma arena para prática de esportes como tambor, laço ou montaria para seu lazer. Além dos prejuízos que a sociedade poderá vir a sofrer pela redução de produtividade pela subutilização da área, também houve um benefício do administrador que utilizou de propriedade da sociedade em benefício de seu lazer. Ainda que não tenha auferido lucro, atuará o remédio restitutório, na modalidade dos *restitutionary damages* de modo a reverter a transferência de valor obrigando o administrador a pagar um valor pelo uso da terra que corresponderá ao valor médio de arrendamento rural na área, por exemplo.

Já nos casos supracitados em que há aplicação dos bens ou dos recursos da sociedade com auferimento de lucro pelo administrador em benefício próprio, além da reparação do dano correspondente à compensação do prejuízo sofrido pela sociedade consistente no deslocamento patrimonial indevido, o remédio restitutório do *disgorgement of profits*, ou remoção do lucro ilícito. No primeiro caso o lucro advindo das locações indevidas da chácara de lazer deverá ser vertido à sociedade proprietária do bem, e no segundo as ações adquiridas, com os respectivos dividendos recebidos e a própria valorização das ações, seja com o pagamento em dinheiro no valor correspondente ou na própria transmissão dos títulos.

Se em regra o princípio da reparação integral previsto no art. 944 do Código Civil limita a atuação da responsabilidade civil à reparação dos danos, o art. 1.017 do Código Civil abre exceção à essa limitação, permitindo, também, a aplicação dos remédios restitutórios seja revertendo as transferências indevidas de valor ao patrimônio do ofensor, seja removendo de seu patrimônio os lucros que realizou a partir da ofensa.

O art. 1.017 do Código Civil, portanto, obriga o administrador não só à satisfação dos interesses reparatórios do lesado, mas aos restitutórios, seja através da indenização

⁷⁶ EDELMAN, James. *Gain-based damages*, cit, p. 68-72.

restitutória (*restitutionary damages*) ou da remoção de ganhos ilícitos (*disgorgement of profits*).

5. Conclusão

A responsabilidade civil deve ser compreendida em sua polifuncionalidade, enquanto instrumento de realização da tutela integral da pessoa derivada dos valores e princípios constitucionais. Em sua polifuncionalidade o paradigma reparatório é quebrado, admitindo que venha a responsabilidade civil a realizar outras funções, dentre elas a restitutória.

A função restitutória, pautada nas vantagens patrimoniais concentradas no patrimônio do ofensor a partir do ilícito, pode ser realizada por meio da aplicação de dois remédios específicos: a) remoção de ganhos ilícitos (*give up, disgorgement of profits*), pelo qual os ganhos auferidos pelo ofensor são removidos de seu patrimônio e vertidos em favor do ofendido; ou b) indenização restitutória (*give back, restitutionary damages*), pelo qual as transferências indevidas de valor ocorridas a partir do ilícito em favor do ofensor são revertidas, restituindo-se ao ofendido o valor que foi indevidamente transferido ao ofensor.

O administrador enquanto participante de uma relação contratual de sociedade deve agir em conformidade com os princípios que regem as relações contratuais, em especial o princípio da confiança e o princípio da boa-fé objetiva. Como já aduzido, em todos os casos, não há que se perquirir a culpa do administrador. Se o administrador utiliza bens sociais em proveito próprio, distanciando-se do interesse da sociedade, referido ato por si só viola o princípio da confiança e o princípio da boa-fé objetiva, caracterizando-se, aí, um ilícito que acarreta a responsabilização do administrador não só pelos prejuízos suportados pela sociedade, mas também pelos ganhos por ele realizados a partir da violação.

O art. 1.017 do Código Civil abre exceção à limitação da atuação da responsabilidade civil à extensão do dano, já que, expressamente, autoriza ao ofendido perseguir os lucros realizados pelo administrador, isto é, cabe, neste aspecto, a aplicação dos remédios restitutórios pela responsabilidade civil, obrigando a remoção dos ganhos realizados pelo administrador ou a restituição dos valores indevidamente transferidos pela utilização indevida de bens da sociedade.

6. Referências

- AGUIRRE, João Ricardo Brandão. *Responsabilidade e Informação: efeitos jurídicos das informações, conselhos e recomendações entre particulares*. São Paulo: RT, 2011.
- ALMEIDA, Vitor; BARBOZA, Heloisa Helena. A tutela das vulnerabilidades na legalidade constitucional. In TEPEDINO, Gustavo. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado (coord.). *Da dogmática à efetividade do Direito Civil: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- AMARAL, Francisco. O direito civil na pós-modernidade. In FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de (org.). *Direito civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- AMARAL, Francisco. Responsabilidade civil. Evolução histórica. In PIRES, Fernanda Ivo (org.); Guerra, Alexandre *et al.* (coord.). *Da estrutura à função da responsabilidade civil: uma homenagem do Instituto Brasileiro de Estudos em Responsabilidade Civil (IBERC) ao professor Renan Lotufo*. Indaiatuba, SP: Foco, 2021.
- ARONNE, Ricardo. Os direitos reais na constitucionalização do direito civil. *Direito & Justiça*, v. 39, n. 2, p. 175-196, jul./dez. 2013.
- BAPTISTA, Silvio Neves. A evolução conceitual do direito civil. In LEAL, Pastora do Socorro Teixeira (coord.). *Direito civil constitucional e outros estudos em homenagem ao Prof. Zeno Veloso: uma visão luso-brasileira*. São Paulo: Método, 2014.
- BIRKS, Peter. *Unjust enrichment*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2005. *E-book*.
- BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Teoria dos ilícitos civis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- CATALAN, Marcos Jorge. *A morte da culpa na responsabilidade contratual*. 2. ed. Indaiatuba: Foco, 2019.
- CORTIANO JUNIOR, Eroulths. *O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas: uma análise do ensino do direito de propriedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- DÍEZ-PICAZO, Luiz. *Derecho de daños*. Madrid: Civitas, 1999.
- EDELMAN, James. *Gain-based damages: contract, tort, equity and intellectual property*. Oxford: Hart Publishing, 2002.
- FACCHINI NETO, Eugênio. Prefácio. In: VAZ, Caroline. *Funções da responsabilidade civil: da reparação à punição e dissuasão: os punitive damages no direito comparado e brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- FACHIN, Luiz Edson. *Direito civil: sentidos, transformações e fim*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.
- FACHIN, Luiz Edson. Juízos reflexivos sobre a responsabilidade civil. In PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo; ROSENVALD, Nelson. *Novas fronteiras da responsabilidade civil: direito comparado*. Indaiatuba, SP: Foco, 2020.
- FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil: à luz do novo Código Civil brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.
- FRANCO, Vera Helena de Mello. *Direito empresarial: o empresário e seus auxiliares, o estabelecimento empresarial, as sociedades*. 4. ed, São Paulo: RT, 2012 (v. 1)
- GHERSI, Carlos Alberto. Tercera vía en derecho de daños: anticipación, prevención y reparación. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 50, p. 225-238, abr./jun. 2004.
- GOMES, Orlando. Culpa x risco. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 11, p. 349-358, abr./jun. 2017.
- GOMES, Orlando. *Obrigações*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- HAICAL, Gustavo. O inadimplemento pelo descumprimento exclusivo de dever lateral advindo da boa-fé objetiva. *Revista dos Tribunais*, v. 900, p. 45-84, out. 2010. *online*.

HANDLIN, Mary; HANDLIN, Oscar. *As dimensões da liberdade*. São Paulo: Editora Fundo de Cultura, 1964.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: obrigações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MADERO, Jaime Fernández. *Derecho de daños: nuevos aspectos doctrinarios y jurisprudenciales*. Buenos Aires: La Ley, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito*. 7. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito*, cit., p. 13.

MARTINS, Fran. *Curso de direito comercial*. 37. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação*. 2. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2018.

MAZZAMUTO, Salvatore; PLAIA, Armando. *I remedi nel diritto privato europeo*. Torino: Giappichelli, 2012.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2013.

MILL, John Stuart. *On liberty*. Pennsylvania: The Pennsylvania State University, 1998.

MORAES, Renato Duarte Franco de. *Enriquecimento sem causa e o enriquecimento por intervenção*. São Paulo: Almedina, 2021.

NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno (em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional)*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

NALIN, Paulo; NATIVIDADE, João Pedro Kostin F. de. O lucro da intervenção e a tutela de remoção dos ganhos ilícitos. In PIREZ, Fernanda Ivo (org.); Guerra, Alexandre *et al.* (coord.). *Da estrutura à função da responsabilidade civil: uma homenagem do Instituto Brasileiro de Estudos em Responsabilidade Civil (IBERC) ao professor Renan Lotufo*. Indaiatuba, SP: Foco, 2021.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PAES, Paulo Roberto Tavares. *Responsabilidade dos Administradores de Sociedade*. 2. ed. São Paulo: RT, 1997.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Delimitação conceitual do princípio da boa-fé. In: LÔBO, Paulo Luiz Netto *et al.* *Boa-fé e sua aplicação no direito brasileiro*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

PAVAN, Vitor Ottoboni. A taxonomia birkiniana como guia para aplicação remedial no direito civil frente aos reflexos jurídico-privados da pandemia de covid-19. *Revista dos Tribunais*, v. 1018, p. 355-380, ago. 2020.

PAVAN, Vitor Ottoboni. *Responsabilidade civil e ganhos ilícitos: a quebra do paradigma reparatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

PAVAN, Vitor Ottoboni. *Responsabilidade civil e ganhos ilícitos: a quebra do paradigma reparatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

PEREIRA CALÇAS, Manoel de Queiroz. Sociedade simples. In FINKELSTEIN, Maria Eugênia Reis; PROENÇA, José Marcelo Martins (coord.). *Tipos societários*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014 (série GV Law; Direito Societário).

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: parte especial*. São Paulo: RT, 2012 (t. III).

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1998 (v. 1).

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

ROSENVALD, Nelson. Responsabilidade civil: compensar, punir e restituir. *Revista IBERC*, v. 2, n. 2, p. 1-9, abr./jun. 2019.

SAMPAIO, Marília de Ávila e Silva. *Aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares e a boa-fé objetiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

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

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SILVA, Rodrigo da Guia. *Enriquecimento sem causa: as obrigações restitutórias no Direito Civil*. São Paulo: RT, 2018.

SIRENA, Pietro. O conceito de dano na disciplina italiana e francesa da responsabilidade civil. *Revista da Ajuris*, a. 47, n. 149, p. 383-408, dez. 2020.

STOCO, Rui. Responsabilidade civil no Código Civil francês e no Código Civil brasileiro (estudos em homenagem ao bicentenário do Código Civil francês). *Revista dos Tribunais*, v. 831, p. 11-58, jan. 2005.

TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2020 (Fundamentos do Direito Civil, v. 4).

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Sociedades: teoria geral das sociedades. As sociedades em espécie do Código Civil*. 3. ed. São Paulo: RT, 2014 (Direito comercial; v. 2).

VIRGO, Graham. *The principles of the law of restitution*. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2015.

WALD, Arnoldo. A evolução da responsabilidade civil e dos contratos no direito francês e brasileiro. *Revista dos Tribunais*, v. 845, p. 951-970, out. 2011.

Como citar:

PAVAN, Vitor Ottoboni. Restituição de ganhos ilícitos na responsabilidade civil do administrador de sociedades. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 11, n. 2, 2022. Disponível em: <<http://civilistica.com/restituicao-de-ganhos-ilicitos/>>. Data de acesso.



civilistica.com

Recebido em:
6.9.2021

Aprovado em:
30.5.2022