

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO E PROCESSO CIVIL**

FABIANE LORENZON SCHALY

**O LUCRO DA INTERVENÇÃO E SEU ENQUADRAMENTO JURÍDICO NO
DIREITO BRASILEIRO**

**PORTO ALEGRE
2019**

FABIANE LORENZON SCHALY

**O LUCRO DA INTERVENÇÃO E SEU ENQUADRAMENTO JURÍDICO NO
DIREITO BRASILEIRO**

Trabalho de Conclusão de curso apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, junto ao Departamento de Direito Privado e Processo Civil da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a. Tula Wesendonk

PORTO ALEGRE

2019

FABIANE LORENZON SCHALY

**O LUCRO DA INTERVENÇÃO E SEU ENQUADRAMENTO JURÍDICO NO
DIREITO BRASILEIRO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a. Tula Wesendonk

Aprovado em: ____/____/____

Conceito atribuído: __

BANCA EXAMINADORA

Prof.^a Dr.^a. Tula Wesendonk (Orientadora)
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Luís Renato Ferreira da Silva
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Fabiano Menke
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Aos meus pais, pelo o apoio e amor incondicionais.

À minha irmã, por nossas conversas incentivadoras.

Aos meus avós, por serem meus grandes exemplos.

Ao meu namorado, pela compreensão e auxílio.

Aos “pivotais”, por percorrerem comigo essa trajetória e a tornarem ainda mais especial.

À Associação Atlética da Faculdade de Direito (AAAD), pelos momentos de lazer e companheirismo.

À Faculdade de Direito da UFRGS e seus professores, por todos os ensinamentos e lições dos últimos 5 anos.

Quando o dinheiro deixa de ser instrumento por meio
do qual os homens lidam uns com os outros, então os
homens se tornam instrumentos dos homens.

Ayn Rand

RESUMO

Esta monografia consiste em análise sobre o enquadramento dogmático do lucro da intervenção no ordenamento jurídico brasileiro. A expressão lucro da intervenção designa o lucro obtido a partir da exploração não autorizada de bens ou de direitos alheios. Nesses casos, a não imposição de uma obrigação ao interventor de se desfazer do lucro obtido com a ingerência indevida pode representar uma ausência de sanção eficaz para diversos direitos violados, cuja violação se torna economicamente vantajosa ao interventor. Assim, faltando consenso doutrinário ou jurisprudencial sobre como suprir tal lacuna, este trabalho investiga qual a melhor maneira de resolver essa questão. Com base na análise funcional das obrigações, identificam-se três regimes jurídicos obrigacionais gerais: o negocial, o ressarcitório e o restitutivo. O primeiro desponta, desde logo, como incompatível funcionalmente com a problemática em estudo. O segundo e o terceiro, por outro lado, apresentam conformidade funcional genérica com a remoção do lucro da intervenção. Diante disso, este trabalho analisa a compatibilidade estrutural da responsabilidade civil, instituto de função ressarcitória, e do enriquecimento sem causa, instituto de função restitutiva, com a solução da problemática do lucro da intervenção, a fim de estabelecer se, a que título e em que medida pode o lucro da intervenção ser retirado do patrimônio do interventor.

Palavras-chave: Lucro da Intervenção. Obrigações. Responsabilidade Civil. Enriquecimento. Sem Causa.

ABSTRACT

This monograph is an analysis about the dogmatic framework of the profit of intervention in the Brazilian legal system. The expression profit of intervention denotes the profit gained from an unauthorized exploitation of another's property or rights. In such cases, failure to impose an obligation on the intervener, to dispose of the profit obtained by improper interference, may represent an absence of an effective sanction for various rights infringed, making the violation economically advantageous to the intervener. Thus, lacking doctrinal or jurisprudential consensus on how to fill in this gap, this paper examines what is the best way to solve this issue. Based on the functional analysis of the obligations, three general legal regimes of obligations are identified: business, reparatory and restitutionary. The first one outsets as functionally incompatible with the problem under study. The second and third ones, on the other hand, show generic functional compliance with the removal of the profit of intervention. Therefore, this paper analyzes the structural compatibility of the civil liability, a reparatory institute, and of unjustified enrichment, a restitutionary institute, with the solution of the problem concerning the profit of intervention, in order to establish if, by which means and to what extent can the profit of intervention be withdrawn from the intervener's assets.

Keywords: Profit of Intervention. Obligations. Civil Liability. Unjustified Enrichment.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS SOBRE AS OBRIGAÇÕES: ANÁLISE FUNCIONAL.....	14
3 O LUCRO DA INTERVENÇÃO À LUZ DA RESPONSABILIDADE CIVIL	23
3.1 RESPONSABILIDADE CIVIL SEM DANO	24
3.2 TERCEIRO MÉTODO DE CÁLCULO	30
3.3 FUNÇÃO PUNITIVA.....	39
4 O LUCRO DA INTERVENÇÃO À LUZ DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA ...	47
4.1 O ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA E O CÓDIGO CIVIL DE 2002.....	47
4.2 REQUISITOS DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA	51
4.2.1 Enriquecimento.....	53
4.2.2 Obtenção à Custa de Outrem	55
4.2.3 Ausência de Justa Causa.....	60
4.3 SUBSIDIARIEDADE	63
4.4 QUANTIFICAÇÃO	70
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	80
REFERÊNCIAS	86

1 INTRODUÇÃO

A ingerência de um sujeito nos bens ou direitos alheios, que pode ocorrer na forma de uso, consumo, alienação, entre outros, pode gerar ao interventor um benefício econômico. Essa vantagem patrimonial, obtida por aquele que, sem autorização, intervém em bens e direitos alheios, é o que se denomina de lucro da intervenção.¹

A conduta interventiva pode, além de produzir lucro, causar danos ao titular do bem ou direito violado, com o que exsurge uma possível obrigação de indenizar. Contudo, quando a intervenção causa um dano cujo valor fica aquém do montante do lucro, ou quando sequer há a produção correlata de um dano, a questão oferece maiores dificuldades.

Em um contexto social de alta competitividade, é problemático que a intervenção não autorizada em bens e direitos alheios possa ser economicamente vantajosa mesmo após a indenização da vítima. Isso porque permitir que o lucro da intervenção permaneça no patrimônio do interventor pode acarretar um cenário de desconsideração para com o elemento volitivo dos indivíduos, já que uma empresa, ou mesmo um particular, analisando friamente os possíveis cenários, possivelmente optará por violar a esfera jurídica alheia ao constatar que a utilização indevida se mostra economicamente mais interessante.

A intervenção pode consistir, por exemplo, no uso não autorizado de um terreno para acomodar algum empreendimento. Porém, diante da difusão das tecnologias de comunicação e da chamada “cultura de celebridades”, os direitos de personalidade têm sido um dos objetos mais frequentes de intervenção, especialmente com o seu uso não autorizado para fins publicitários.

Tal situação foi o que se verificou no caso *Bette Midler v. Ford Motor Co.* A empresa *Ford Motor Company*, nos anos 1980, pretendia produzir comerciais utilizando cantores que haviam popularizado determinadas canções em anos anteriores para divulgar o seu veículo Ford Lincoln Mercury. O objetivo era captar clientes a partir de uma conexão emocional destes com as canções, evocando memórias da época em que estavam na faculdade. Bette Midler, atriz e cantora americana famosa, recusou a oferta.² Diante disso, a empresa, que já havia pago um montante substancial para o proprietário dos direitos autorais da música, contratou uma cantora

¹ COELHO, Francisco Manuel Pereira. **O Enriquecimento e o Dano**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 7.

² CASE TEXT. **Midler v. Ford Motor Co.** 22 jun. 1988. Disponível em: <https://casetext.com/case/midler-v-ford-motor-co>. Acesso em: 13 nov. 2019.

para que imitasse a voz de Bette, e, assim, lançou o comercial.³ Midler processou a empresa, alegando que a companhia havia explorado sem autorização a sua voz, a qual seria atributo da sua personalidade. Ao julgar o caso, o Tribunal californiano concedeu indenização no valor de US\$ 400.000,00 para a cantora⁴, afirmando que⁵

*when a distinctive voice of a professional singer is widely known and is deliberately imitated in order to sell a product, the sellers have appropriated what is not theirs and have committed a tort in California. Midler has made a showing, sufficient to defeat summary judgment, that the defendants here for their own profit in selling their product did appropriate part of her identity.*⁶

Esse caso ficou conhecido, nos países de tradição da *Common Law*, como o *leading case* sobre a temática, visto que o “anúncio elevou as vendas de tal maneira que o lucro obtido superou, em muito, o que seria o custo do cachê da cantora verdadeira”.⁷ Para esses casos, nos anos subsequentes, foi desenvolvido o instituto do *disgorgement of profits*, forma de indenização que, em linhas gerais, compreende a transferência do lucro que o ofensor obteve ao cometer um ilícito para a vítima.⁸

Já nos países de tradição romano-germânica, o primeiro caso notório data do ano de 1995, em que houve violação dos direitos de imagem e da privacidade da princesa monegasca Caroline de Grimaldi. A despeito da sua recusa em conceder entrevista a um jornal, foi publicada uma entrevista falsa, veiculando informações inverídicas. Ao apreciar o caso, o Tribunal Federal de Justiça alemão (*Bundesgerichtshof*), apesar de não ter fixado indenização com base nos lucros do ofensor, reconheceu a necessidade de fixar uma indenização em valor superior ao mero preço de consentimento, isto é, ao valor de mercado do uso da imagem, o que

³ CARBONE, June. Back to the Future: Intellectual Property and the Rediscovery of Property Rights: and Wrongs. *St. Louis University Law Journal*, Saint Louis, v. 46, n. 1, p. 629-654, jan. 2002. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1314825. Acesso em: 13 nov. 2019, p. 643.

⁴ UNIVERSITY OF DENVER. *Midler v. Ford Motor Co.* 1988. Disponível em: <https://www.law.du.edu/documents/sports-and-entertainment-law-journal/case-summaries/1988-midler-v-ford-motor-co.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2019.

⁵ CASE TEXT. *Midler v. Ford Motor Co.* 22 jun. 1988. Disponível em: <https://casetext.com/case/midler-v-ford-motor-co>. Acesso em: 13 nov. 2019.

⁶ Tradução livre: “quando uma voz distinta de uma cantora profissional é amplamente conhecida e deliberadamente imitada para vender um produto, os vendedores se apropriaram daquilo que não é seu e cometeram um delito na Califórnia. Midler demonstrou, de forma suficiente para derrotar o julgamento sumário, que os réus, aqui, para seu próprio lucro na venda do seu produto, se apropriaram de parte de sua identidade”.

⁷ KONDER, Carlos Nelson. Dificuldades de uma abordagem unitária do lucro da intervenção. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, v. 13, n. 4, p. 231-248, out. 2017.

⁸ EDELMAN, James. The measure of Restitution and the Future of restitutionary damages. *Oxford Practitioner Law Series*, 2010. Disponível em: <https://www.propertybar.org.uk/library>. Acesso em: 09 ago. 2019, p. 4.

representou o início do reconhecimento de que arbitrar indenizações limitadas ao dano não se afigura como suficiente para solucionar este tipo de caso.⁹

Essas breves narrativas ajudam a expor o problema da ausência de tratamento adequado do lucro da intervenção. Uma lacuna jurídica, que deixa sem sanção eficaz uma série de violações a interesses que deveriam ser tutelados, pode estimular a prática de atos egoístas e uma busca desenfreada pelo lucro, o que vai de encontro ao primado constitucional da solidariedade, eleito como um dos princípios fundamentais de nosso ordenamento jurídico.¹⁰

Se o século XIX foi reconhecidamente o século do individualismo e do orgulho da potência do indivíduo, da sua criatividade intelectual e do seu esforço particular, o século XX marcou o início de um novo relacionamento interpessoal, caracterizado pela solidariedade social. Essa tendência restou expressa no Art. 3º, I, da Constituição Federal¹¹, que estabelece, dentre outros fins, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. O direito de liberdade da pessoa deve, assim, ser sopesado com o dever de solidariedade social, já que os direitos apenas existem para serem exercidos em contextos sociais.¹²

Ademais, a via consensual representa, em regra, o único modo disponível para a aquisição da propriedade ou do uso de bens ou direitos pertencentes a outra pessoa. A não imposição de uma obrigação de se desfazer do lucro da intervenção poderia representar um mecanismo de expropriação privada de bens e direitos alheios por seu preço de mercado, visto que a mera condenação a pagar uma indenização correspondente ao valor de sua utilização tornaria indiferente ao interventor escolher entre obter o consentimento do titular ou apropriar-se deles deliberadamente.¹³

Nesse sentido, outro princípio importante é o princípio da conservação estática do patrimônio, segundo o qual “o valor dos bens e direitos atribuídos a alguém e dos bens e direitos gerados a partir desses bens e direitos já atribuídos deve permanecer, em princípio, no

⁹ HIBNER, Davi Amaral. **As tutelas dos direitos da personalidade no Código de processo civil**. 2019. 346f. Dissertação (mestrado em: Direito) – Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal Do Espírito Santo, Vitória, 2019. Disponível em: http://repositorio.ufes.br/bitstream/10/11316/1/tese_13451_Disserta%C3%A7%C3%A3o-Vers%C3%A3o%20final.pdf. Acesso em: 10 nov. 2019, p. 124.

¹⁰ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil e Enriquecimento Sem Causa: O Lucro da Intervenção**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 2.

¹¹ Art. 3º: Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;” (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 11 out. 2019).

¹² MORAES, Maria Celina Bodin de. O Princípio da Solidariedade *In*: PEREIRA, A. C. A; MELLO, C. R. D. D. A. (Orgs.). **Estudos em Homenagem a Carlos Alberto Menezes Direito**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 527-541.

¹³ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil e Enriquecimento Sem Causa: O Lucro da Intervenção**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 3.

patrimônio desse alguém”. É somente a partir da existência de uma proteção estática da distribuição dos bens que se pode falar em uma obrigação de indenizar ou de restituir.¹⁴ Com isso, permitir que os lucros da intervenção permaneçam no patrimônio do interventor constitui uma afronta a esse princípio, que é elementar para a interação social, uma vez que o titular deixa de ter controle sobre os bens ou direitos de seu patrimônio.¹⁵

Desse modo, considerando o princípio constitucional da solidariedade e o princípio da conservação estática do patrimônio, tem-se por valiosa a remoção do lucro da intervenção do patrimônio do agente, justificando o estudo sobre o enquadramento dogmático do lucro da intervenção no Direito brasileiro.

Outrossim, essa discussão, que considera a importância de remover o lucro da intervenção do patrimônio do interventor, é extremamente atual e concerne a diversos países no mundo. Em interessante obra, denominada *Disgorgement of Profits: Gain-Based Remedies throughout the World*, da coleção *Ius Comparatum – Global Studies in Comparative Law*, foram reunidos 24 relatórios nacionais de países diferentes em que seus autores relatam se a temática do *disgorgement of profits* apresenta solução em seus países, como ela ocorre e quais áreas abrange. Ao apresentar o questionário, os organizadores referem que há uma ideia universal no sentido de que uma conduta contrária ao direito “*should not pay*”, razão pela qual os lucros ilícitos obtidos pelo ofensor deveriam ser removidos do seu patrimônio. Aduzem que, contudo, infelizmente, a realidade se afigura bastante diferente da retórica:¹⁶

*Infringements of e.g. competition law, unfair commercial practices law, capital market law, intellectual property rights or personal rights by mass media or the breach of fiduciary duties are generally highly profitable for the wrongdoer. Thousand or millions of Euros or dollars of unlawful profits remain with the wrongdoers every year. Thus, in practice tort or in general unlawful conduct often pays.*¹⁷

Ao final dessa obra, é apresentado um relatório geral a partir da análise de todos os relatórios enviados. Assim, os organizadores verificaram que, apesar dos variados esforços para

¹⁴ MICHELON JR., Cláudio. **Direito Restitutivo**: Enriquecimento sem Causa; Pagamento Indevido; Gestão de Negócios. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 29.

¹⁵ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil e Enriquecimento Sem Causa**: O Lucro da Intervenção. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 4.

¹⁶ HOUDIUS, Edwound; JANSSEN, André. **Disgorgement of Profits: Gain-Based Remedies throughout the World**. 1. ed. Suíça: Springer, 2015, p. 3-4.

¹⁷ Tradução livre: “Violações de, e.g., direito da concorrência, normas sobre prática comercial desleal, direito do mercado de capitais, direitos de propriedade intelectual ou direitos pessoais por meios de comunicação de massa ou violação de deveres fiduciários são geralmente altamente lucrativos para o infrator. Milhares de milhões de euros ou dólares de lucros ilegais permanecem com o infrator todos os anos. Assim, na prática, o delito ou a conduta ilegal geralmente compensam”.

prevenir e remover ganhos obtidos em contrariedade ao Direito, a maioria dos autores nacionais criticaram a ineficiência do seu sistema legal. Ainda, aduziram que não há unanimidade sobre o tema, nem mesmo uma uniformização aproximada em âmbito mundial, visto que foram apontados nos relatórios outros remédios que funcionariam como equivalentes funcionais, revelando que o *disgorgement of profits*, instituto de grande aplicação nos países da *Common Law*, não é o único meio para a remoção dos lucros no âmbito do Direito Privado.¹⁸ Nesse contexto, verifica-se que a preocupação com a remoção dos lucros obtidos de forma contrária ao direito é questão atualmente relevante em diversos países, não havendo entendimento predominante quanto ao instituto adequado para solucioná-la.

No Brasil, o tema do lucro da intervenção é relativamente novo na discussão doutrinária, guardando posições conflitantes e entendimentos diversos. Na jurisprudência, ainda recebe tratamento oscilante, sendo poucos os casos que abordam expressamente o assunto. Dessa forma, o tema do lucro da intervenção se revela como de urgente debate no nosso ordenamento jurídico.

O objetivo geral da monografia, portanto, é a análise da possibilidade de enquadramento jurídico do lucro da intervenção no ordenamento jurídico brasileiro, visando a responder as seguintes perguntas: (a) se nosso ordenamento jurídico apresenta instituto apto a solucionar a problemática do lucro da intervenção; em caso de conclusão positiva, (b) a que título tal lucro deve ser removido do patrimônio do interventor; e, por fim, (c) em que medida deve ocorrer essa remoção patrimonial.

Para tanto, divide-se o trabalho em três partes. A primeira parte, em que são traçadas algumas noções introdutórias acerca das funções das obrigações, consiste na base introdutória do trabalho, tendo por objetivo auxiliar na compreensão dos capítulos subsequentes. Assim, em um primeiro momento, após breve exposição histórica das fontes obrigacionais, apresenta-se a análise funcional das obrigações, que permite a identificação de três regimes jurídicos obrigacionais gerais: o negocial, o ressarcitório e o restitutivo. Verifica-se que o primeiro se afigura incompatível funcionalmente com a solução da problemática do lucro da intervenção. Em relação ao segundo e ao terceiro, identificados nos institutos da responsabilidade civil e do enriquecimento sem causa, respectivamente, denota-se que apresentam conformidade funcional genérica em relação à solução da problemática em estudo, já que ambos, em alguma medida, visam à restauração de um equilíbrio preexistente.

¹⁸ HOUDIUS, Edwound; JANSSEN, André. **Disgorgement of Profits: Gain-Based Remedies throughout the World**. 1. ed. Suíça: Springer, 2015, p. 498-500.

Decidir a que título o lucro da intervenção deverá ser removido do patrimônio do interventor, bem como analisar a eficácia de tal enquadramento, é celeuma que decorre da controvérsia acerca dos contornos dos institutos da responsabilidade civil e do enriquecimento sem causa. Em razão disso, nos capítulos 3 e 4, passa-se à verificação de qual desses institutos se afigura como mais adequado para a remoção do lucro da intervenção, conclusão que dependerá da posição adotada sobre os requisitos e funções de cada um desses institutos.

Dessa forma, na segunda parte, investiga-se a possibilidade de resolução dos casos de lucro da intervenção à luz da responsabilidade civil. A sua divisão em três subcapítulos tem por objetivo a análise pormenorizada de cada uma das principais concepções que poderiam respaldar o enquadramento do lucro da intervenção neste âmbito. São elas: a existência de responsabilidade civil sem dano; a utilização de um terceiro método de indenização; a adoção dos *punitive damages* no Brasil.

Na terceira parte, passa-se ao exame da possibilidade de enquadrar o lucro da intervenção no instituto do enriquecimento sem causa. Inicia-se analisando a inédita previsão expressa do enriquecimento sem causa no Código Civil de 2002. Depois, investigam-se individualmente os requisitos da cláusula geral do dever de restituir, prevista no Código Civil, bem como a regra que estabelece a sua subsidiariedade. Por fim, são traçados alguns contornos atinentes à quantificação do objeto da restituição.

Ressalta-se que este trabalho não aborda exaustivamente a responsabilidade civil ou o enriquecimento sem causa, analisando-os apenas nos aspectos que guardam relação com a problemática investigada. De mesmo modo, uma vez que não se tem o propósito de comparar os modelos brasileiro e americano de responsabilidade civil, a discussão sobre *disgorgement of profits* não está incluída no escopo dessa análise.

Por fim, destaca-se que o método utilizado no desenvolvimento desta pesquisa é o hipotético-dedutivo, por meio da revisão legislativa e bibliográfica (nacional e estrangeira, considerando as fontes de nossa legislação), bem como da análise de decisões judiciais relacionadas à matéria, a fim de averiguar como a jurisprudência tem lidado com a questão.

Espera-se, com o panorama apresentado, abarcar as principais questões a respeito do enquadramento jurídico do lucro da intervenção, enriquecendo a discussão, seja demonstrando aspectos de dúvida no tratamento da matéria nos âmbitos doutrinário e judicial, seja apontando algumas posições de enfrentamento do tema. Não se almeja, de outra banda, esgotar o debate sobre esse assunto, que ainda apresenta diversos pontos a serem explorados, ou ostentar qualquer conclusão absoluta acerca de tema tão recente e controverso.

2 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS SOBRE AS OBRIGAÇÕES: ANÁLISE FUNCIONAL

Este capítulo se apresenta como uma base introdutória para o desenvolvimento do restante do trabalho, auxiliando na compreensão dos capítulos subsequentes. Antes de adentrar especificamente na investigação do enquadramento dogmático do lucro da intervenção no ordenamento jurídico brasileiro, é importante traçar algumas noções sobre as obrigações, mormente no que tange às suas funções.

O exame do enquadramento jurídico do lucro da intervenção no Direito brasileiro perpassa pela compreensão dos institutos da responsabilidade civil e do enriquecimento sem causa no âmbito geral das fontes das obrigações. O conceito de fontes das obrigações não se confunde com o de fontes do Direito, pois, ainda que ambas as expressões façam alusão a uma ideia de origem, afastam-se quanto ao objeto sobre o qual se debruçam. O estudo sobre as fontes do Direito visa a responder questionamentos sobre as origens da norma jurídica, isto é, sobre os processos de positivação de regras jurídicas com legítima força obrigatória¹⁹, ao passo que o estudo das fontes de obrigações se restringe a verificar as origens de uma relação jurídica específica: a relação obrigacional²⁰.

Atribui-se às Institutas de Gaio a primeira classificação das fontes das obrigações, segundo a qual toda obrigação derivaria ou de um contrato, ou de um delito (*omnis obligatio vel ex contractu nascitur, vel ex delicto*). Naquela época, a noção de “contrato” era bastante diferente da hodierna (abrangeia o pagamento indevido e a gestão de negócios, por exemplo), visto que somente no período clássico o contrato foi vinculado à noção de convenção. À medida que os conceitos de *contractu* e *delicto* foram sendo restringidos aos atos decorrentes de acordo de vontade e atos dolosos, respectivamente, percebeu-se a insuficiência da estante classificação bipartida²¹. Em decorrência disso, ainda nas Institutas de Gaio, foi acrescentada uma expressão genérica apta a abranger todas as possíveis fontes obrigacionais (*ex variis causam figuris*)²².

Posteriormente, em substituição à classificação anterior, formulou-se uma divisão quadripartite, atribuída a Justiniano, que introduziu duas novas categorias de fontes obrigacionais: os quase-contratos, para fatos lícitos não convencionais, e os quase-delitos, para

¹⁹ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 139-140.

²⁰ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. **Direito das obrigações: Introdução da Constituição das Obrigações**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2002. v. I, p. 169.

²¹ LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito civil: obrigações em geral**. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995. v. II, p. 28-29.

²² ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 18. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 399.

fatos ilícitos não dolosos²³. A preocupação em discriminar de forma taxativa as hipóteses abrangidas pela fonte contratual era ainda mais intensa no que se refere aos quase-contratos, porque a justificativa direta para a produção de efeitos sequer poderia ser encontrada na autonomia privada. Nesse grupo, que abrangia as situações assemelhadas aos contratos, mas desprovidas de consenso de vontades (característica básica dos contratos²⁴), classificavam-se, e.g., o pagamento indevido, a gestão de negócios, as obrigações nascidas da curatela e as obrigações nascidas do direito de vizinhança. Para Rodrigo da Guia Silva, “a doutrina parece ter encontrado precisamente na categoria dos quase-contratos o *locus* mais adequado ao desenvolvimento de hipóteses as mais variadas, que hoje podem reconduzir ao instituto da vedação ao enriquecimento sem causa”²⁵. Contudo, tal categoria foi alvo de diversas críticas, das quais duas se destacam: a impropriedade no uso do termo contrato para fatos em que a característica essencial dos contratos – o acordo de vontades – não está presente e a injustificada resistência a reconhecer a criação de obrigações sem fonte imediata na vontade, que, à época, consistia em verdadeiro dogma²⁶.

A categoria dos quase-delitos, por sua vez, complementava as hipóteses taxativas de delitos na garantia da recomposição patrimonial das vítimas em relação a condutas praticadas por terceiros. Inspirada na culpa, a categoria possuía, como principais hipóteses, o dano por queda de coisa suspensa, o dano por arremesso de objetos sólidos ou líquidos em local indevido e o dano cometido pelo juiz²⁷. Comparativamente com o contexto contemporâneo da responsabilidade civil, percebe-se a evolução do instituto no sentido de redução da relevância antes atribuída ao elemento anímico, tendo o interesse principal sido deslocado da clássica distinção entre delitos e quase-delitos à distinção entre as modalidades subjetiva e objetiva, conforme a dependência ou não de culpa²⁸.

A classificação quadripartida foi amplamente acolhida na Europa continental, especialmente em razão do seu desenvolvimento por Robert Joseph Pothier, que acrescentou

²³ ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 18. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 399.

²⁴ “No Direito justinianeus, o panorama está inteiramente modificado: os juristas bizantinos, em vez de considerarem – como os clássicos – que a obrigação nasce do elemento objetivo (forma ou *datio rei*), e não do acordo de vontade, entendem que é deste que resulta a obrigação – o acordo de vontade, de mero pressuposto de fato dos contratos, passa a ser seu elemento juridicamente relevante” (ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 18. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 469).

²⁵ SILVA, Rodrigo da Guia. **Enriquecimento sem causa**: as obrigações restitórias no direito civil. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 70.

²⁶ VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações em geral**. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2004. v. I, p. 208.

²⁷ RIZZARDO, Arnaldo. **Direitos das Obrigações**. 9. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 12-14.

²⁸ VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações em geral**. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2004. v. I, p. 206-209.

uma quinta fonte: a lei. Para o autor, toda obrigação poderia ser reconduzida às categorias romanas ou à lei de forma imediata, a exemplo do dever alimentar²⁹. Pothier, assim, inova ao considerar a lei como fonte geral das obrigações e, ao mesmo tempo, como fonte imediata das obrigações que não correspondessem a qualquer das categorias intermediadoras. A construção de Pothier influenciou as legislações europeias, notadamente o *Code de Napoléon* de 1804 e o *Codice Civile* italiano de 1865³⁰.

Em oposição a Pothier, Marcel Planiol, dentre tantos outros críticos, sustentava o reconhecimento de apenas duas fontes obrigacionais, o contrato e a lei. Ainda que houvesse uma bipartição entre fonte contratual e não contratual, o autor aduzia que esta não contaria com um relevo meramente residual, mas abarcaria as hipóteses dos quase-contratos, dos delitos e dos quase-delitos³¹. Entretanto, a identificação da lei como base única do surgimento de uma obrigação mostra-se inadequada, visto que a norma jurídica, *per se*, não gera efeitos jurídicos. A identificação de um suporte fático é imprescindível para a incidência da lei, de modo que apenas o fato jurídico pode ser considerado como fonte direta da obrigação³².

Nesse cenário, constata-se que a lei pode ser considerada como fonte mediata de todas as obrigações, mas que a classificação romana, bem como as que dela derivam, permanecem incompletas, por sua incapacidade de abarcar todos os fatos jurídicos (*lato sensu*) capazes de deflagrarem efeitos obrigacionais. Nesse sentido, Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda refere que a classificação das fontes obrigacionais

persistiu incompleta, devido a haver obrigações que não resultam *ex contractu*, nem *quasi ex contractu*, nem *ex delicto*, ou *quasi ex delicto*. Há obrigações que se irradiam de fatos jurídicos, de atos-fatos jurídicos, de atos jurídicos *stricto sensu*, de fatos *stricto sensu* ilícitos, ou de atos-fatos ilícitos; portanto, obrigações que não poderiam caber nas quatro classes³³

Como visto, há muito as fontes obrigacionais são objeto de estudo da doutrina. Atualmente, entretanto, alguns autores questionam a pertinência de tal estudo, considerando que a sua pouca importância prática não justificaria a intensa querela doutrinária travada sobre

²⁹ MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Curso de direito civil: direito das obrigações** (1ª parte). 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 54-55.

³⁰ GOMES, Orlando. **Obrigações**. Revisada, atual. e aumentada, de acordo com o Código Civil de 2002, por Eduardo Brito. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 27-28.

³¹ SILVA, Rodrigo da Guia. **Enriquecimento sem causa: as obrigações restitutórias no direito civil**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 79.

³² SCHILLER, Cristiano O. S. B. O enriquecimento sem causa no contexto da teoria do fato jurídico. **Revista de direito privado**, v. 71, p. 279-291, nov. 2016, p. 286.

³³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado. Parte Especial. Tomo XXII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958, p. 52-53 *apud* SILVA, Rodrigo da Guia. **Enriquecimento sem causa: as obrigações restitutórias no direito civil**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 83.

o tema³⁴. De outra banda, outra parte da doutrina busca conferir ao estudo das fontes das obrigações um escopo contemporâneo, à luz da sua distinção funcional.

A referida controvérsia, infundada desde a época romana, parece guardar intrínseca relação com a concepção tradicional de que deveres entre particulares só surgiriam de hipóteses taxativas de fontes de obrigação, o que causava uma dificuldade na classificação de determinados institutos. À medida que a associação entre as categorias de fontes obrigacionais e o princípio da legalidade deixou de ter expoência, difundiu-se o entendimento da inconveniência da enunciação taxativa das obrigações, possibilitando o abandono das categorias romanas do quase-contrato e do quase-delito³⁵. Tal aspecto pode ser visualizado no renovado panorama normativo do Código Civil de 2002, que consagrou a ampla liberdade negocial e contratual, mormente por seu Art. 425³⁶. Diferentemente do que ocorre nos Direitos Reais, *numerus clausus*, submetidos ao princípio da taxatividade, com a dissociação das fontes das obrigações do princípio da legalidade, novos vínculos pessoais tornam-se passíveis de criação pela autonomia privada³⁷.

Atualmente, diante da superação da taxatividade, a consequência da não correspondência de determinado dever a uma das categorias obrigacionais é simplesmente a não incidência de um regime jurídico geral, já que, para a existência de uma obrigação, basta a sua compatibilidade com o ordenamento jurídico. Em razão disso, embora ainda sejam inúmeras as tentativas de classificação das obrigações de acordo com a identificação de seus fatos geradores^{38,39}, parte da doutrina passou a centrar a análise das obrigações em sua natureza. Nesse novo panorama, a finalidade da identificação da fonte de certa obrigação torna-se importante não para verificar a admissibilidade de seu surgimento, e sim para constatar o regime jurídico aplicável, de acordo com a distinção funcional das espécies de obrigações⁴⁰.

³⁴ CALIXTO, Marcelo Junqueira. Reflexões em torno do conceito de obrigação, seus elementos e suas fontes. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 1-28, p. 27; MENDONÇA, Manoel Ignacio Carvalho de. **Doutrina e prática das obrigações ou tratado geral dos direitos de crédito**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1956, p. 80-81.

³⁵ SILVA, Rodrigo da Guia. **Enriquecimento sem causa: as obrigações restitutórias no direito civil**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 85 e 99.

³⁶ *In verbis*: “Art. 425. É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código” (BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 1 set. 2019).

³⁷ OLIVA, Milena Donato; RENTERÍA, Pablo. Autonomia privada e direitos reais: redimensionamento dos princípios da taxatividade e da tipicidade no direito brasileiro. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 5, n. 2, p. 1-19, 2016, p. 3.

³⁸ OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. **Direito civil: obrigações**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 104-105.

³⁹ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: obrigações**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. v. II, p. 55.

⁴⁰ SILVA, Rodrigo da Guia. **Enriquecimento sem causa: as obrigações restitutórias no direito civil**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 86.

Diferentemente do que ocorre com o direito real de propriedade ou de usufruto, por exemplo, os quais têm, em princípio, o mesmo conteúdo, independentemente da sua origem, a fonte tem importância especial para as obrigações, pois seu conteúdo poderá variar de acordo com a fonte da qual procede⁴¹. Desse modo, a partir de uma análise funcional das obrigações, faz-se possível conferir sentido a uma classificação das fontes de obrigações com base em sua natureza, cuja consequência prática será a identificação do seu regime jurídico específico.

Inicialmente, as obrigações podem ser divididas em não autônomas e em autônomas. As obrigações não autônomas são aquelas que estão vinculadas a relações jurídicas preexistentes à relação obrigacional, e, por isso, não pertencem ao estudo do Direito das Obrigações, a exemplo da obrigação de alimentos (natureza familiar) e da obrigação do pagamento de legados (natureza sucessória). Já as obrigações autônomas são imediatamente criadas entre credor e devedor, sem qualquer projeção de outra relação jurídica específica.⁴²

As obrigações autônomas dividem-se em duas: as voluntariamente criadas, nos limites da autonomia privada, e as originárias da violação de deveres genéricos de respeito a bens e pessoas. O primeiro grupo corresponde às obrigações negociais, derivadas de contratos ou de negócios unilaterais. O segundo grupo, por sua vez, divide-se em obrigações resultantes da violação do dever geral de respeito por pessoas e bens alheios, de que resulta um dano, e em obrigações resultantes da violação do dever geral de não intromissão na esfera jurídica alheia, que tenha por resultado um acréscimo patrimonial. Naquelas, fala-se em obrigações de responsabilidade civil; nessas, em obrigação de restituir o enriquecimento sem causa⁴³.

Tais categorias revelam a divisão fundamental das obrigações, a partir da diversidade de interesses tutelados. Em síntese, as fontes e as funções de cada uma dessas categorias podem ser assim expressas: as obrigações negociais nascem de negócios jurídicos e contam com função distributiva (também denominada como negocial⁴⁴); a responsabilidade civil advém da prática de atos danosos e apresenta função reparatória, ressarcitória, indenizatória; o enriquecimento sem causa surge do aproveitamento indevido de bens ou outros valores de outrem e desempenha função restitutória⁴⁵.

À luz de tais considerações, passa-se à análise das possibilidades de enquadramento jurídico do lucro da intervenção no Direito brasileiro. O lucro da intervenção, como referido,

⁴¹ VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações em geral**. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2004. v. I, p. 203.

⁴² NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 435-436.

⁴³ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 437-439.

⁴⁴ SCHREIBER, Anderson; SILVA, Rodrigo da Guia. Aspectos relevantes para a sistematização do lucro da intervenção no direito brasileiro. **Pensar**, Fortaleza, v. 23, n. 4, p. 1-15, out./dez. 2018.

⁴⁵ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 441-445.

consiste no lucro obtido por aquele que, sem autorização, interfere nos direitos ou bens jurídicos alheios, enriquecendo em razão dessa intromissão⁴⁶.

Desde logo, pode-se afastar a inserção desse fenômeno no regime negocial, considerando que o problema do lucro da intervenção reside justamente na ausência de qualquer título jurídico permissivo da exploração. Contudo, essa incompatibilidade não está baseada apenas na ausência de negócio jurídico prévio, uma vez que o locupletamento ilícito pode ocorrer no âmbito das relações contratuais, mas, nesses casos, sua origem não está no mero inadimplemento, que é apenas o meio pelo qual ocorre a violação de direitos. Tal situação pode ser verificada, por exemplo, quando um contratante utiliza comercialmente a imagem de uma modelo para além dos limites autorizados no contrato e auferir, em razão disso, vultosos benefícios econômicos⁴⁷.

Outra situação em que o contrato pode estar relacionado com a obtenção de lucro pelo inadimplente é o chamado inadimplemento eficiente do contrato (*efficient breach*). Esse fenômeno se caracteriza pela realocação economicamente mais vantajosa dos recursos que seriam destinados ao adimplemento contratual⁴⁸. Mesmo nesses casos, em que o locupletamento aparenta estar em algum nível vinculado ao regime negocial, essa conclusão é refutada em virtude da ausência de supedâneo do proveito financeiro em um acordo de vontades. No Brasil, inclusive, discute-se se o proveito econômico deve ser retirado do patrimônio do contratante no caso de inadimplemento eficiente, já que não haveria violação à lei e que o segundo contrato seria título jurídico legítimo a justificar o incremento patrimonial.⁴⁹ Assim, tem-se que a problemática do lucro da intervenção não pode ser adequadamente enquadrada no regime negocial.

Por outro lado, à primeira vista, a questão poderia ser resolvida tanto no âmbito da responsabilidade civil quanto no âmbito do enriquecimento sem causa. Isso porque tais categorias apresentam algumas semelhanças estruturais, bem como aproximam-se em sua função geral - ambas, em alguma medida, almejam a restauração de um equilíbrio preexistente,

⁴⁶ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa: o lucro da intervenção**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 7.

⁴⁷ TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio Cruz. Considerações acerca da exclusão do lucro ilícito do patrimônio do agente ofensor. **Revista da Faculdade de Direito – RFD-UERJ**. Rio de Janeiro, n. 28, p. 1-24, dez. 2015, p. 19.

⁴⁸ PELA, Juliana Krueger. “Inadimplemento Eficiente” (Efficient Breach) nos Contratos Empresariais. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS**, Porto Alegre, v. 11, n. 2, p. 77-88, dez. 2016. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/69111/39932>. Acesso em: 14 out. 2019, p. 80.

⁴⁹ TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio Cruz. Considerações acerca da exclusão do lucro ilícito do patrimônio do agente ofensor. **Revista da Faculdade de Direito – RFD-UERJ**. Rio de Janeiro, n. 28, p. 1-24, dez. 2015, p. 19.

isto é, da situação anterior ao dano ou ao locupletamento indevido. Porém, a análise funcional dos institutos permite a sua diferenciação a partir de suas funções específicas⁵⁰.

O enriquecimento sem causa e a responsabilidade civil apresentam nítida diferença de foco. De um lado, o enriquecimento sem causa está focado no ofensor, para promover a restauração do seu patrimônio ao estado anterior à ocorrência do fato gerador do enriquecimento injustificado⁵¹. A pretensão independe de dano para a sua configuração e sequer perquire se o ato do agente é culposo ou ilícito⁵².

De outro lado, a responsabilidade civil passou por relevante evolução em sua função. Até a Revolução Industrial, predominava a teoria subjetivista na responsabilidade civil extracontratual, a qual centrava as atenções no autor do dano, que somente responderia caso fosse comprovado o dolo ou a culpa.⁵³ Essa teoria se mostrava insuficiente para a efetiva proteção da vítima, pois em certos casos o ônus probatório de comprovação da culpa era demasiadamente pesado. Desse modo, a partir do final do século XIX, a teoria objetiva introduziu a fundamentação do dever de indenizar com base no risco, prescindindo da análise do elemento psicológico.⁵⁴

Mesmo nos casos de responsabilidade subjetiva, a própria noção de culpa foi alterada, passando à “culpa objetiva” ou “culpa normativa”, apreciada não mais no caso concreto, mas com fulcro em um modelo geral de comportamento⁵⁵. Com o advento da Constituição Federal de 1988, e em razão do corolário da dignidade da pessoa humana (Art. 1º, III, desse diploma⁵⁶), intensificou-se a preocupação com a proteção da vítima do dano injusto, fenômeno que ficou conhecido como “giro conceitual da responsabilidade civil do ato ilícito para o dano injusto”⁵⁷.

⁵⁰ SILVA, Rodrigo da Guia. **Enriquecimento sem causa**: as obrigações restitutórias no direito civil. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 105.

⁵¹ GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Lucros cessantes**: do bom-senso ao postulado normativo da razoabilidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 203-204.

⁵² NANNI, Giovanni Ettore. **Enriquecimento sem causa**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 215.

⁵³ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 223.

⁵⁴ No ponto, Josserand, autor de uma das obras pioneiras no tema, afirma o seguinte: “Ora, no caso, o ônus probatório era singularmente pesado; constituía um considerável *handicap* para aquele sobre cujos ombros caía. Como um operário, que se feriu durante o seu trabalho, pode demonstrar a culpa do patrão? Como um pedestre, colhido por um automóvel, num lugar solitário, à noite, na ausência de testemunhas, pode provar?” (JOSSEAND, Louis. Evolução da responsabilidade civil. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 86, p. 551-556, jun. 1941).

⁵⁵ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 33.

⁵⁶ *In verbis*: Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana; (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 5 set. 2019).

⁵⁷ GOMES, Orlando, Tendências modernas na teoria da responsabilidade civil. In: DI FRANCESCO, J. R. P. (Org.). Estudos em Homenagem ao Professor Silvio Rodrigues. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 293, *apud*

Então, a responsabilidade civil, outrora focada na pessoa do agente que perpetrava o ato ilícito, centra-se na vítima, visando reparar os danos por ela sofridos, a partir da socialização das perdas⁵⁸.

Assim, vê-se que a diferença fundamental entre os dois institutos, decorrente dos seus perfis funcionais, reside no fato de que a pretensão de enriquecimento foca na esfera do enriquecido, para restituir a vantagem indevidamente obtida, ao passo que a pretensão fundada na responsabilidade civil se concentra na esfera jurídica do lesado, focando na reparação do dano injusto causado à vítima⁵⁹.

Apesar da diferenciação funcional acima exposta, para averiguar a possibilidade de enquadramento jurídico do lucro da intervenção no Brasil, persiste a necessidade de um exame pormenorizado da responsabilidade civil e do enriquecimento sem causa, pois, conforme a interpretação conferida a esses institutos e seus pressupostos, a conclusão acerca do enquadramento jurídico do lucro da intervenção no Brasil será diversa. A ilustrar essa divergência, que ocorre tanto em âmbito doutrinário, quanto em âmbito judicial, faz-se referência a dois julgados em que a discussão sobre a utilização indevida da imagem e sobre o lucro auferido com tal ato fora ora realizada à luz na responsabilidade civil, ora à luz do enriquecimento sem causa.

No primeiro caso, uma empresa fabricante de roupas utilizou a imagem de Tim Maia para estampar camisetas, sem a autorização de seus familiares. A ré foi condenada a indenizar os autores, considerando que, “tendo o réu obtido proveito econômico na comercialização do produto, caracterizado está o dano material, que reside no lucro auferido, a ser apurado em liquidação de sentença”⁶⁰. Houve na decisão, portanto, a utilização do lucro auferido através da intervenção como elemento da caracterização do dano material, a ser indenizado com base na responsabilidade civil. No segundo caso, o nome e a imagem da atriz Giovanna Antonelli foram utilizados em campanha publicitária sem a sua autorização, razão pela qual foi reconhecido o dever de restituição pela empresa do lucro que obteve à custa do titular do bem jurídico violado,

SILVA, Rodrigo da Guia. Danos por privação do uso: estudo de responsabilidade civil à luz do paradigma do dano injusto. **Revista de Direito do Consumidor**. v. 107, p. 1-15, set./out. 2016, p. 3.

⁵⁸ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 29-30.

⁵⁹ NANNI, Giovanni Ettore. **Enriquecimento sem causa**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 216.

⁶⁰ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. 4ª Câmara Criminal. **Apelação Criminal n.º 0107626-90.2011.8.19.0001**. Recorrente: Área 21 Comércio De Roupas Ltda. Recorrido: Espólio De Sebastião Rodrigues Maia. Rel. Des. Paulo Maurício Pereira. Julgado em: 15/05/2013. DJe: 20/05/2013.

com base no Art. 884 do Código Civil⁶¹⁶². Aqui, diversamente, foi reconhecido que o lucro da intervenção representava enriquecimento sem causa em favor da empresa, devendo, pois, ser retirado do seu patrimônio.

Nesse contexto, a partir da tripartição funcional das obrigações, passa-se a uma análise mais específica de tais categoriais obrigacionais no ordenamento jurídico brasileiro, a fim de averiguar se a problemática do lucro da intervenção pode ser solucionada à luz da responsabilidade civil ou do enriquecimento sem causa.

⁶¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 1.698.701/RJ**. Recorrente: Giovanna Antonelli. Recorrida: Dermo Formulações Farmácia De Manipulação Ltda.; ME. Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgado em: 02/10/2018. DJe: 08/10/2018.

⁶² BRASIL. **Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 6 set. 2019.

3 O LUCRO DA INTERVENÇÃO À LUZ DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Neste capítulo, será investigada a possibilidade de solucionar casos de lucro da intervenção à luz da Responsabilidade Civil. A sua divisão em três subcapítulos tem por justificativa a análise pormenorizada de cada um dos principais fundamentos que poderiam respaldar o enquadramento do lucro da intervenção nesse âmbito. Inicia-se a exposição desta questão com base em dois exemplos imaginários.

Suponha-se que uma empresa de suplementos alimentares tenha utilizado a imagem de uma atleta para introduzir um novo produto no mercado, mesmo diante da sua recusa em ceder seus direitos de imagem por R\$ 5.000,00 (cinco mil reais). O novo produto é um sucesso de vendas, gerando lucro milionário à empresa. No segundo exemplo, A invadiu o terreno vizinho pertencente a B, que fazia um curso no exterior de dois anos de duração. Durante tal período, A utilizou a propriedade para organizar festas e eventos no local, os quais obtiveram alta rentabilidade. Antes de B retornar, A reparou todos os desgastes do terreno, deixando-o conforme o *status quo ante*. Ainda, A enviou a B montante pecuniário correspondente ao valor de mercado do aluguel da propriedade de acordo com o número de meses que a utilizou.⁶³

No primeiro caso, à luz da responsabilidade civil, a resposta tradicional seria a condenação do infrator pelos danos patrimoniais e extrapatrimoniais sofridos pela vítima. Contudo, esses representariam montante ínfimo se comparado com o lucro gerado pelo ato ilícito. No segundo caso, os danos decorrentes da conduta de A, nas modalidades de prejuízo e de lucros cessantes, já foram neutralizados, de modo que ao proprietário não caberia a percepção de qualquer indenização suplementar.

O instituto ressarcitório se relaciona com a noção de desvio de conduta, ou seja, atinge as condutas praticadas de forma contrária ao direito e danosas a outrem.⁶⁴ O lucro obtido através da intervenção, portanto, só poderia ser retirado do patrimônio do interventor de forma indireta, isto é, por meio da reparação dos danos, respeitados os seus limites. Assim, em uma primeira leitura, a responsabilidade civil não se mostra o *locus* adequado para solucionar a problemática do lucro da intervenção, já que nem sempre o lucro obtido através da intervenção na esfera jurídica alheia corresponde a um dano, pressuposto da responsabilidade civil, de modo que os

⁶³ O segundo exemplo foi inspirado em exemplo apresentado pela doutrina de Sérgio Savi (SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil e Enriquecimento Sem Causa: O Lucro da Intervenção**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 138).

⁶⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 14.

contornos do instituto reparatório não acarretariam sanção eficaz para a solução do tema aqui explorado.

Nada obstante, há uma corrente, defendida, no Brasil, especialmente por Nelson Rosenvald, que propugna que a solução ao lucro da intervenção reside na responsabilidade civil, apontando, como um de seus argumentos, que a restituição de lucros ilícitos seria uma terceira forma de reparação de danos.⁶⁵ Outrossim, a compatibilidade dos *punitive damages* com o nosso ordenamento jurídico também é vista como uma porta de entrada para o lucro da intervenção na responsabilidade civil, pois permite que o valor da indenização supere o valor do dano sofrido pela vítima. Por fim, a própria ideia de que estaria surgindo uma responsabilidade civil que não tem o dano como um de seus pressupostos contribuiria para o enquadramento do lucro da intervenção no âmbito desse instituto.

Contudo, como se verá, o instituto da responsabilidade civil no Brasil se mostra inadequado para a solução da problemática do lucro da intervenção. Tal conclusão é obtida a partir da refutação das três principais concepções que conduzem ao enquadramento do lucro da intervenção na responsabilidade civil: a) a existência de responsabilidade civil sem dano; b) a utilização de um terceiro método de indenização; c) a adoção dos *punitive damages*.

3.1 RESPONSABILIDADE CIVIL SEM DANO

Por vezes, a intromissão na esfera jurídica alheia, mesmo gerando lucro elevado, não acarreta qualquer pretensão indenizatória para o titular do direito ou dos bens, como no caso supra referido, em que a propriedade vizinha foi utilizada para promoção de eventos e festas, sem que a casa, contudo, ostentasse qualquer prejuízo quando do retorno do seu proprietário. Hipótese semelhante é a do proprietário de um cavalo que recusa que ele participe de uma corrida por medo de que ocorra alguma lesão. Desobedecendo-o, o jóquei corre com o cavalo, que não sofre qualquer lesão, e ganha o prêmio. Com isso, o interventor obtém uma vantagem, sem causar qualquer dano ao proprietário do direito violado.⁶⁶

⁶⁵ Na literatura alemã, a ideia de incluir o lucro na obrigação de indenizar já fora defendida por KOHLER, no início do século XX, e, na doutrina moderna, acentuou-se a concepção de que, ao lado da tradicional função reparatória, estariam as funções sancionatória e preventiva da responsabilidade civil, como se verifica na doutrina de STARK, SACCO e NEUNER (COELHO, Francisco Manuel Pereira. **O Enriquecimento e o Dano**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 28-30). É à semelhança dessa ampliação da noção das funções do instituto da responsabilidade civil que, atualmente, desenvolvem-se as concepções que defendem a aplicação dos *punitive damages* e a existência de uma responsabilidade civil sem danos.

⁶⁶ KONDER, Carlos Nelson. Dificuldades de uma abordagem unitária do lucro da intervenção. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, v. 13, n. 4, p. 231-248, out. 2017.

Analisando o lucro da intervenção nesses casos, à luz da responsabilidade civil, vê-se que esse instituto não é apto a retirar o locupletamento do patrimônio do interventor, porquanto o dano é um dos pressupostos reparatórios. O dano é elemento central da determinação do dever de indenizar, pois, sem uma consequência concreta, lesiva ao patrimônio econômico ou moral, não haverá a imposição do dever de reparar. Em outras palavras, a simples violação de uma regra jurídica não enseja a imposição do dever de indenizar se não sobrevier à vítima algum prejuízo.⁶⁷

Como destaca Caio Mário da Silva Pereira, o dano adquiriu papel central na responsabilidade civil na atualidade, porque “a consagração constitucional dos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social, associada ao acelerado desenvolvimento tecnológico, deslocou a ênfase da conduta do agente para o dano ressarcível”, fenômeno que gerou a tipologia de novos danos, relacionados com o incremento de riscos e do potencial danoso gerado pelas novas invenções.⁶⁸

No plano legal brasileiro, o Art. 927 do Código Civil considera expressamente o dano como determinante da responsabilização: “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. O Art. 186 do mesmo diploma, a seu turno, fala em “violar direito e causar dano a outrem”. No mesmo sentido, o Art. 927, parágrafo único, do Código Civil, dispõe que “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, [...] quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”⁶⁹.

Ademais, o Art. 944 do Código Civil⁷⁰ traz a positivação do princípio da reparação integral, já consagrado em nosso sistema de responsabilidade civil, ao estabelecer que a indenização se mede pela extensão do dano. A extensão desse princípio é sintetizada pela doutrina francesa como abrangendo *tout le dommage, mais rien que le dommage* (todo o dano, mas não mais que o dano)⁷¹. O princípio da reparação integral do dano tem por objetivo colocar o lesado, na medida do possível, em uma situação equivalente à que se encontrava antes da ocorrência do fato danoso. Isso evidencia uma diferença entre a responsabilidade civil e a responsabilidade penal, pois somente na primeira há a primazia da extensão dos danos sofridos

⁶⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 101.

⁶⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 11. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016, p. 51.

⁶⁹ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 11 set. 2019.

⁷⁰ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 11 set. 2019.

⁷¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 101.

pela vítima sobre o grau de culpa do ofensor como critério a pautar a fixação da indenização pelo juiz.⁷²

A centralidade do dano como pressuposto da responsabilidade civil se coaduna com a função do instituto. Conforme visto na análise funcional, a responsabilidade civil tem por foco a tutela da vítima, por meio da reparação dos danos por ela sofridos. Diante disso, tem-se que os casos em que o interventor obtém vantagem à custa alheia, sem, contudo, causar-lhe qualquer dano, escapariam do âmbito de tutela e de interesse da responsabilidade civil.

No entanto, apesar de o dano ser um requisito tradicionalmente reconhecido, hodiernamente, parte da doutrina defende a existência de uma “responsabilidade civil sem dano”. Revolucionária, a ideia de uma responsabilidade civil sem danos rompe com a lógica e a estrutura tradicionais do instituto.

A revisão de tal pressuposto iniciou-se na França, no início do século XX, com um movimento pela possibilidade de disciplinar através da responsabilidade civil eventos anteriores ao dano, superando, assim, os limites relativos ao instituto. Tal ideia ganhou adeptos em vários países.⁷³

A partir disso, desenvolveu-se a “responsabilidade civil sem dano”, que estaria focada na prevenção de danos, e não apenas em sua reparação.⁷⁴ O fundamento de tal mudança residiria no fato de que o exponencial crescimento de danos e sua potencialidade de afetar de forma cada vez mais insidiosa a vida humana demandaria uma disciplina *ex ante*, para evitar a própria ocorrência dos eventos danosos, abandonando, assim, a mera reparação dos danos, que seria insuficiente. Nas últimas décadas, o paradigma preventivo ganhou força, pois, além das novas formas de danos, houve a insurgência dos princípios preventivo e precautório no Direito Administrativo e, posteriormente, em outros ramos do Direito.⁷⁵

No Brasil, expressão do crescimento de tal concepção é a Carta do Recife, originada em um encontro dos grupos de pesquisa em Direito Civil Constitucional da Universidade Federal de Pernambuco, Universidade Federal do Paraná e Universidade do Estado do Rio de Janeiro, com participação de professores de outras universidades, realizada sob a coordenação

⁷² SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da Reparação Integral**: Indenização no Código Civil. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 49.

⁷³ CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. **Responsabilidade Civil Sem Dano**: Uma Análise Crítica: Limites epistêmicos a uma Responsabilidade Civil Preventiva ou Simples Conduta. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 1.

⁷⁴ ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. Notas da Responsabilidade Civil Sem Dano. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, v. 6, p. 89-103, jan. 2016, p. 91.

⁷⁵ CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. **Responsabilidade Civil Sem Dano**: Uma Análise Crítica: Limites epistêmicos a uma Responsabilidade Civil Preventiva ou Simples Conduta. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 1 e 11.

dos Professores Paulo Luiz Neto Lôbo, Luiz Edson Fachin e Gustavo Tepedino. Seu terceiro ponto foi assim redigido: “3. Análise crítica do dano da contemporaneidade impõe caminho de reflexão sobre a eventual possibilidade de se cogitar da responsabilidade civil sem dano”.⁷⁶

Ainda que não haja um conceito unívoco entre os autores em relação ao que se denomina responsabilidade civil sem dano, é possível afirmar que a ideia central que os une é a tendência de identificar em tal âmbito instrumentos de uma gestão preventiva direta dos danos. Em um entendimento ainda mais radical, há quem admita uma responsabilização baseada na simples ameaça de dano, isto é, na mera conduta.⁷⁷

A literatura jurídica aponta as hipóteses de dano ambiental futuro ou de danos às futuras gerações como alguns dos usos para a responsabilidade civil sem dano. Pablo Malheiros Frota sugere como exemplo o caso em que o proprietário de uma casa, pretendendo construir uma edificação com uso de amianto, sofreria os efeitos da tutela preventiva. Assim, a teoria traz uma ampliação da própria noção de responsabilidade civil.⁷⁸

Se, de um lado, por vezes é necessário reformar o sistema de responsabilidade civil em razão dos novos desafios que a sociedade vai apresentando, mormente decorrentes dos riscos de massa, de outro, também é importante considerar os impactos epistemológicos da pretendida revisão.⁷⁹ O problema da responsabilidade civil sem dano, para além de abarcar o debate sobre a possibilidade de suprimir-lhe um de seus elementos constitutivos, envolve uma questão de eficácia, uma vez que as regras de responsabilidade civil têm sempre o mesmo efeito - reparar o dano sofrido -, de modo que o que tal teoria propõe é uma responsabilidade civil cuja eficácia seja distinta da de reparação.⁸⁰

A proposta de uma responsabilidade civil sem dano encontra eco no Direito dos Delitos Romano e em outros ordenamentos jurídicos históricos, como os decorrentes das invasões bárbaras, já que nesses ordenamentos havia indeterminação dos conceitos de ilicitude

⁷⁶ ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. Notas da Responsabilidade Civil Sem Dano. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, v. 6, p. 89-103, jan. 2016, p. 91.

⁷⁷ CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. **Responsabilidade Civil Sem Dano: Uma Análise Crítica: Limites epistêmicos a uma Responsabilidade Civil Preventiva ou Simples Conduta**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 271.

⁷⁸ FROTA, Pablo Malheiros. **Imputação sem nexos causal e a responsabilidade por danos**. 2013. 275f. ho(doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/31777/R%20-%20T%20-%20PABLO%20MALHEIROS%20DA%20CUNHA%20FROTA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 29 set. 2019, p. 209-211.

⁷⁹ CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. **Responsabilidade Civil Sem Dano: Uma Análise Crítica: Limites epistêmicos a uma Responsabilidade Civil Preventiva ou Simples Conduta**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 13.

⁸⁰ ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. Notas da Responsabilidade Civil Sem Dano. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, v. 6, p. 89-103, jan. 2016, p. 92.

penal e civil, o que permitia a existência de tipos baseados na mera conduta. Segundo Bruno Leonardo Câmara Carrá, “a referência histórica sugere que somente nos momentos mais arcaicos ou de involução do conhecimento jurídico é que existia a ambivalência, a simbiose entre as noções jurídicas de dano e ilicitude”.⁸¹

O fim do sistema unitário de ilicitude decorreu da percepção de que os delitos apresentavam, conforme a sua gravidade, formas distintas de repressão. Quando atingiam interesses do Estado ou do seu povo, os autores eram submetidos ao jugo do Poder Público, ao passo que, quando prejudicavam particulares de modo isolado, cabia a esses a ação para restabelecer o *status quo ante*. Retornar ao estado da arte em que dano e ilicitude não se distinguem, como pretendem os defensores da teoria da responsabilidade civil sem dano, representaria um retrocesso de todo o desenvolvimento jurídico ocorrido nesse campo. Ademais, a sanção mais branda da responsabilidade civil em relação à penal gera diferentes limitações principiológicas e estruturais que permitem a adoção de cláusulas gerais, diferentemente do que ocorre na esfera penal. Isso denota a sua vocação para, ao contrário da responsabilidade penal ou moral, abarcar somente os casos em que haja produção de dano, o qual serve para fixar suas fronteiras.⁸²

Além disso, o fenômeno da ilicitude não está limitado ao campo da responsabilidade civil; trata-se de erro conceitual e histórico circunscrever a ilicitude a seus exclusivos domínios, já que outros efeitos podem decorrer do ilícito que não a indenização, dando origem, por exemplo, a ações cominatórias e à defesa da posse. Se a responsabilidade civil passasse a ser responsável por deveres anteriores ao dano, com função preventiva, o direito de vizinhança, v.g., tornar-se-ia parte do seu ramo. Há, com isso, na teoria da responsabilidade civil sem dano, uma confusão entre antecedente e consequente, remetendo à responsabilidade civil eficácias que lhe são estranhas.⁸³

A utilização de métodos preventivos não é uma novidade. No Direito Administrativo, a noção de prevenção já está bastante arraigada, a exemplo dos poderes regulamentar e de polícia, bem como da autoexecutoriedade dos atos administrativos, que consistem em mecanismos de regulação de condutas com o fulcro de impedir diretamente a prática de ilícitos

⁸¹ CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. **Responsabilidade Civil Sem Dano: Uma Análise Crítica: Limites epistêmicos a uma Responsabilidade Civil Preventiva ou Simples Conduta**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 12-13.

⁸² CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. **Responsabilidade Civil Sem Dano: Uma Análise Crítica: Limites epistêmicos a uma Responsabilidade Civil Preventiva ou Simples Conduta**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 117 e 274

⁸³ ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. Notas da Responsabilidade Civil Sem Dano. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, v. 6, p. 89-103, jan. 2016, p. 93.

e a possível causação de danos. No entanto, é necessário refutar essa tendência de deslocar para a responsabilidade civil medidas diretas de prevenção advindas de outros ramos do Direito que delas já se ocupam há algum tempo, como o Direito Processual, o Administrativo e mesmo o Civil em algumas situações.⁸⁴

A gestão de danos não precisa ficar adstrita à responsabilidade civil, que se vocacionou, historicamente, para a repressão do dano, apenas. Admitir a atuação da responsabilidade civil de forma independente do dano acarretaria uma expansão extraordinária do seu campo e uma incorporação de consequências que são estranhas à sua função e à sua estruturação.⁸⁵ Podendo a gestão dos danos, ou dos ilícitos, ser perpetrada por meio de várias técnicas, mais adequada é uma atuação coordenada e conjugada entre os ramos do Direito, cabendo à responsabilidade civil a parte reparatória e a outros ramos a disciplina preventiva direta dos danos. Além disso, a partir da ampliação do conceito de dano ressarcível, cuja percepção atual é mais ampla e dinâmica que nos dois últimos séculos, a responsabilidade civil já modificou-se para atender aos novos danos e ao desenvolvimento social, sem perder suas características ontológicas.⁸⁶

Outrossim, conforme supra referido, o direito positivo brasileiro, mormente em seus Arts. 186 e 927 do Código Civil⁸⁷, explicita a finalidade ressarcitória da responsabilidade civil. Assim, aceitar o surgimento de uma obrigação de indenizar sem a exigência de um dano material ou extrapatrimonial significaria negar vigência às disposições legais.⁸⁸

Nesse contexto, tem-se que o dano subsiste enquanto requisito da responsabilidade civil, não sendo a teoria da “responsabilidade civil sem dano” compatível com a função predominantemente reparatória da responsabilidade civil. Assim, considerando que, amiúde, os casos de lucro da intervenção não apresentam a causação de dano ou, quando esse se mostra presente, o locupletamento decorrente da intervenção extrapola de sobremaneira o dano, a responsabilidade civil não se mostra o *locus* adequado para deslindar a problemática do lucro da intervenção.

⁸⁴ CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. **Responsabilidade Civil Sem Dano: Uma Análise Crítica: Limites epistêmicos a uma Responsabilidade Civil Preventiva ou Simples Conduta**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 82.

⁸⁵ ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. Notas da Responsabilidade Civil Sem Dano. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, v. 6, p. 89-103, jan. 2016, p. 93.

⁸⁶ CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. **Responsabilidade Civil Sem Dano: Uma Análise Crítica: Limites epistêmicos a uma Responsabilidade Civil Preventiva ou Simples Conduta**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 14 e 271.

⁸⁷ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 10 set. 2019.

⁸⁸ STOCO, Rui. Responsabilidade Civil Sem Dano: Falácia e Contradição. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 975, p. 173-184, jan. 2017, p. 178.

3.2 TERCEIRO MÉTODO DE CÁLCULO

Uma segunda forma de enquadrar o lucro da intervenção na responsabilidade civil apontada pela doutrina é considera-lo como um terceiro método de cálculo da indenização, ao lado dos critérios tradicionais do dano real, ou empobrecimento, e do dano patrimonial.

O conceito patrimonial de dano corresponde à diferença entre a situação real e a situação hipotética do lesado, sendo apurado a partir de uma avaliação concreta, subjetiva e dinâmica. O conceito de dano real, por sua vez, refere-se ao valor objetivo do prejuízo sofrido. Sobre o terceiro método, refere Francisco Manuel Pereira Coelho:⁸⁹

A expressão faz carreira na mais recente doutrina alemã (...). O ‘terceiro método’ de cálculo do dano permitiria ao lesado exigir ao lesante a restituição do lucro obtido por este, e seria assim distinto, quer do ‘primeiro método’ (indenização do dano concreto, de acordo com a ‘diferença’ no patrimônio do lesado), quer do ‘segundo método’ (indenização do dano ‘real’, no sentido definido supra).⁹⁰

Rosenvald, em raciocínio semelhante, sustenta que a tutela reparatória no Brasil é prestada de duas formas: reparação em espécie (*in natura*) e ressarcimento correspondente ao valor pecuniário da lesão, com base no Art. 948 do Código Civil. Nessas duas formas de tutela, desconsidera-se possível beneficiamento do lesante a partir da alteração econômica. Ao seu lado, a “restituição de lucros ilícitos será uma terceira forma da reparação de danos - restaurando o equilíbrio patrimonial rompido pela lesão de uma forma mais efetiva que o ressarcimento”.⁹¹

Essa linha de entendimento, que enquadra o lucro da intervenção no âmbito da responsabilidade civil, parece refletir-se diretamente no Art. 210, II, da Lei de Propriedade Industrial (Lei 9.279/96):⁹²

Art. 210. Os lucros cessantes serão determinados pelo critério mais favorável ao prejudicado, dentre os seguintes:

I - os benefícios que o prejudicado teria auferido se a violação não tivesse ocorrido; ou

II - os benefícios que foram auferidos pelo autor da violação do direito; ou

⁸⁹ COELHO, Francisco Manuel Pereira. **O Enriquecimento e o Dano**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 35.

⁹⁰ COELHO, Francisco Manuel Pereira. **O Enriquecimento e o Dano**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 28.

⁹¹ ROSENVALD, Nelson. **Você conhece o Disgorgement?** 11 set. 2015. Disponível em: <https://www.nelsonrosenvald.info/single-post/2015/11/10/Voc%C3%AA-conhece-o-Disgorgement>. Acesso em: 15 out. 2019.

⁹² SCHREIBER, Anderson; SILVA, Rodrigo da Guia. Aspectos relevantes para a sistematização do lucro da intervenção no Direito brasileiro. **Pensar**, Fortaleza, v. 23, n. 4, p. 1-15, out. 2018, p. 4.

III - a remuneração que o autor da violação teria pago ao titular do direito violado pela concessão de uma licença que lhe permitisse legalmente explorar o bem.⁹³

O inciso II desse artigo contém a única hipótese em que houve expressa consagração normativa da proposição teórica que considera o lucro obtido pelo interventor no cálculo da indenização à vítima pelo dano causado. Com isso, para os casos em que haja exploração não autorizada de direitos relativos à propriedade industrial, como patentes de invenção, modelos de utilidade e desenhos industriais, excepcionou-se o Art. 402 do Código Civil⁹⁴.

Entretanto, tal inclusão legislativa é bastante criticável, já que incorpora critério de cálculo da indenização que não está relacionado diretamente com o dano, mas com os benefícios auferidos pelo autor da violação do direito. A justificativa para tal inclusão seria a grande dificuldade em casos de violação da propriedade industrial de mensurar os lucros cessantes, o que fez com que opções legislativas semelhantes tenham sido adotadas nos ordenamentos espanhol e alemão.⁹⁵

Gisele Sampaio da Cruz Guedez, ao analisar tal norma, define a utilização do lucro da intervenção como parâmetro para o cálculo dos lucros cessantes como uma “ficção atécnica” adotada pelo legislador brasileiro, a fim de superar a dificuldade probatória dos lucros cessantes nas hipóteses de violação da propriedade industrial. Ademais, assevera que essa forma de determinação do *quantum debeatur* é incompatível com a fórmula de equivalência patrimonial:⁹⁶

Já a doutrina, como foi visto, manifesta um enorme estranhamento, especialmente por conta da sua incompatibilidade com a fórmula da equivalência que deve, tanto quanto possível, orientar a reparação por dano patrimonial e também assim a dos lucros cessantes, ainda que por estimativa. A função dos lucros cessantes na responsabilidade civil é flagrantemente reparatória, não sendo, portanto, recomendável introduzir na aferição desta faceta do dano patrimonial critérios que sequer são afeitos à responsabilidade civil, sob pena de a reparação dos lucros cessantes se transformar numa verdadeira caixa de Pandora, que, embora incite a curiosidade, é sempre preferível não tocar.

⁹³ BRASIL. **Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996**. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9279.htm. Acesso em: 21 set. 2019.

⁹⁴ “Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.” (BRASIL. **Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996**. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9279.htm. Acesso em: 21 set. 2019).

⁹⁵ SCHREIBER, Anderson; SILVA, Rodrigo da Guia. Aspectos relevantes para a sistematização do lucro da intervenção no Direito brasileiro. **Pensar**, Fortaleza, v. 23, n. 4, p. 1-15, out. 2018, p. 4.

⁹⁶ GUEDES, Gisele Sampaio Da Cruz. **Lucro Cessantes**: do bom-senso ao postulado normativo da razoabilidade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 221.

Com efeito, tem-se que o método de aferição dos lucros cessantes previsto no Art. 210, II, da Lei 9.279/96⁹⁷ apresenta uma ficção jurídica, porquanto pressupõe que a vítima teria obtido ganho semelhante aos benefícios obtidos pelo interventor, apesar de suas organizações produtivas (no processo produtivo, no estabelecimento do preço, no marketing) não corresponderem. Tal ficção, além disso, desvirtua a natureza jurídica dos lucros cessantes, pois a verba quantificada com base nesse critério apresenta nítido caráter restitutivo.⁹⁸

Ao considerar o lucro da intervenção como critério de quantificação dos lucros cessantes, há um alargamento do conceito de dano, mas, qualquer que seja a concepção de dano adotada, o certo é que ele deve ser determinado a partir da esfera do lesado, e não do lesante⁹⁹. Assim, o terceiro método de cálculo não se afigura condizente estrutural e funcionalmente com a responsabilidade civil, de modo que, em princípio, o lucro da intervenção só pode ser utilizado como parâmetro para o cálculo de lucros cessantes nos casos em que o legislador dessa forma expressamente estabelecer.

Segundo Sérgio Savi, mesmo diante de casos de violação a direitos de propriedade industrial, o triplo método de cálculo dos lucros cessantes deve ser fracionado, conforme o remédio adequado a cada situação. Quando o pedido de “indenização dos lucros cessantes” estiver baseado nos lucros do interventor, apesar da terminologia, devem-se observar as regras do enriquecimento sem causa, uma vez que se trata de uma restituição.¹⁰⁰

Para além disso, cumpre ressaltar a tendência jurisprudencial brasileira de associar o lucro da intervenção aos lucros cessantes. Expressão emblemática dessa confusão é a decisão da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça no Resp. 1.335.624/RJ, de relatoria do Min. Ricardo Villas Bôas Cueva.¹⁰¹

A situação fática remonta à veiculação pela Coca-Cola Industrias Ltda. de propaganda de seu principal produto – o refrigerante Coca-Cola – em que os ex-jogadores de futebol Bebeto, Biro-Biro e Dario vestiam short verde e camisa de futebol amarela, figurando, ainda, o número 07 em destaque no verso da camisa de Bebeto. Irresignada com a veiculação de tal campanha

⁹⁷ BRASIL. **Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996**. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9279.htm. Acesso em: 22 set. 2019.

⁹⁸ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil e Enriquecimento Sem Causa: O Lucro da Intervenção**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 87.

⁹⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 178-179.

¹⁰⁰ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil e Enriquecimento Sem Causa: O Lucro da Intervenção**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 88.

¹⁰¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 1.335.624/RJ**. Recorrente: Coca-Cola Indústrias LTDA. Recorrida: Confederação Brasileira de Futebol - CBF. Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgado em: 05/12/2013. DJe: 18/03/2014.

publicitária sem a sua autorização, a Confederação Brasileira de Futebol (CBF) ajuizou ação de fazer e de não fazer cumulada com pedido indenizatório, sob o argumento de que seria a titular dos direitos de uso, gozo, posse e propriedade dos uniformes, símbolos e emblemas da seleção brasileira de futebol. Ressaltou que, além de a empresa utilizar uma “cópia disfarçada” do uniforme utilizado pela seleção na Copa do Mundo de 1994, a peça publicitária foi veiculada nos momentos que antecediam os intervalos e que sucediam o término dos jogos da seleção brasileira na Copa das Confederações de 2009 e na Copa do Mundo de 2010.

A ação fora julgada parcialmente procedente em primeira instância, tendo sido determinado que a ré se abstinhasse de veicular tal propaganda por qualquer meio, ao que sobreveio interposição de recurso por ambas as partes. A ré pugnou pela total improcedência dos pedidos, ao passo que a CBF requereu indenização por danos morais e materiais, a serem apurados em liquidação de sentença, e, ao final, a devolução do lucro do enriquecimento ilícito.¹⁰²

Em segunda instância, a 15ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, por unanimidade, negou provimento ao recurso da Coca-Cola Indústrias Ltda. e deu provimento ao recurso da CBF, a fim de condenar a ré a pagar à autora lucros cessantes, com fulcro no uso indevido de uniforme e de distintivo de propriedade da autora da ação em propaganda veiculada pela ré visando a obtenção de lucro. Em relação ao *quantum* indenizatório, foi estabelecido que o mesmo deveria corresponder ao que a autora “poderia ter ganhado, caso tivesse autorizado o uso de seu uniforme e distintivo, tendo-se em conta o que suas demais patrocinadoras lhe pagaram e considerando apenas o período em que efetivamente houve divulgação da propaganda”. Ressalte-se que não houve expressa manifestação do Tribunal sobre o pedido de devolução do lucro com enriquecimento ilícito.¹⁰³

A Coca-Cola Indústrias Ltda. interpôs Recurso Especial, o qual foi desprovido por unanimidade pela Terceira Turma do Tribunal de Justiça, na compreensão de que a campanha publicitária não se limitou a utilizar as cores da bandeira nacional, de domínio público, mas o fez em um contexto que inequivocamente remete à seleção brasileira de futebol, cuja titularidade dos direitos de imagem é da CBF. No tocante aos lucros cessantes, o Relator asseverou que esses não eram meramente presumidos, mas de “evidente prejuízo, pois, segundo

¹⁰² RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. **Apelação cível nº 0383190-62.2009.8.19.0001**. Apelante: Coca-Cola Indústrias LTDA e outros. Apelada: os mesmos. Relator: Desembargador Celso Ferreira Filho. Julgado em: 07/06/2011. DJe: 13/06/2011.

¹⁰³ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. **Apelação cível nº 0383190-62.2009.8.19.0001**. Apelante: Coca-Cola Indústrias LTDA e outros. Apelada: os mesmos. Relator: Desembargador Celso Ferreira Filho. Julgado em: 07/06/2011. DJe: 13/06/2011.

a prática comercial usual, somente patrocinadores oficiais obtêm autorização para a utilização da imagem da seleção brasileira de futebol”.

No entanto, a conclusão do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a CBF sofreu “evidente prejuízo”, na modalidade de lucros cessantes, pelo mero uso desautorizado da imagem da seleção brasileira de futebol, não se afigura adequada, visto que os lucros cessantes, apesar de não demandarem certeza absoluta, devem ser provados pela demonstração de uma probabilidade objetiva. No caso, entretanto, a CBF não comprovou ou sequer alegou ter deixado de celebrar um ou mais contratos com terceiros em decorrência da conduta da ré.¹⁰⁴

Tais decisões, assim como os argumentos levantados pelas partes, revelam a tendência de utilizar lucros cessantes para resolver questões que envolvam intervenção em bens ou direitos alheios. Assim, na espécie, vislumbrou-se, na exploração desautorizada dos direitos de imagem titularizados pela CBF, um dano que corresponderia à perda da remuneração que usualmente lhe seria devida, tendo por base os demais contratos celebrados entre a CBF e os patrocinadores oficiais.

Diante disso, tem-se que a frequente aproximação feita entre o lucro da intervenção e os lucros cessantes, decorrente seja de uma dificuldade de analisar funcionalmente as obrigações, seja de uma imprecisão conceitual, gera uma distorção obrigacional. Isso porque resolver a problemática do lucro da intervenção por intermédio dos lucros cessantes equivale a admitir a existência fictícia de um contrato entre o interventor e o proprietário dos direitos violados. Nesse sentido, Luís Manuel De Menezes Leitão leciona o seguinte:¹⁰⁵

A concepção de que a não obtenção da remuneração corrente no mercado constituiria um lucro cessante do titular do direito industrial representa uma ficção conceitual, já que, não tendo sido celebrado qualquer contrato, o titular não deixou de adquirir nenhuma remuneração em consequência da lesão, não tendo assim sofrido danos.

De fato, a concessão, no caso de uma intervenção em direitos alheios, de uma indenização por lucros cessantes equivalente ao valor de mercado do bem jurídico usurpado promove o pagamento da mesma contrapartida que teria sido obtida pelo titular dos direitos caso o interventor tivesse optado por obter o seu consentimento, isto é, tivesse obtido autorização de exploração do bem por via lícita. Logo, do ponto de vista econômico, será mais

¹⁰⁴ SILVA, Rodrigo da Guia. Contornos do enriquecimento sem causa e da responsabilidade civil: estudo a partir da diferença entre lucro da intervenção e lucro cessantes. **Civilistica.com**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 2, p. 1-25, 2016. Disponível em: <http://civilistica.com/contornos-do-enriquecimento-sem-causa/>. Acesso em: 14 set. 2019, p. 21.

¹⁰⁵ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. **O enriquecimento sem causa no Direito Civil**: Estudo dogmático da configuração unitária do instituto, face à contraposição entre as diferentes categorias do enriquecimento sem causa. 1. ed. Almedina: Coimbra, 2005, p. 708.

vantajoso violar direito alheio e aguardar a reação do seu titular, bem como eventual processo judicial, com suas inerentes incertezas, do que oferecer contrapartida *ab initio*, já que o montante condenatório, fundado nos lucros cessantes, a ela corresponderá.

No direito americano, tal fenômeno ficou conhecido como *contractual bypass*, expressão traduzida como “curto circuito do contrato”, para designar a perda generalizada da eficácia das vias negociais de aquisição de direitos. A indenização ao titular do direito no mesmo valor que este receberia usualmente pela sua negociação no mercado corresponde a uma espécie de expropriação em benefício privado realizada a preço de mercado e representa uma diminuição da relevância da manifestação de vontade como requisito do negócio jurídico, privando os titulares de bens e direitos do controle sobre a exploração do seu patrimônio.¹⁰⁶

Tal situação pode ser vislumbrada no caso envolvendo a atriz Maitê Proença, cujas fotografias em estado de nudez, originárias de contrato com a Revista Playboy, foram veiculadas no jornal Zero Hora sem a sua autorização (Apelação Cível n. 70004439865¹⁰⁷; Recurso Especial n.º 764.735/RS¹⁰⁸). Embora o montante indenizatório tenha sido reduzido na Superior Instância, interessa ressaltar a fórmula de cálculo utilizada nas instâncias ordinárias. O arbitramento da indenização teve por base perícia que arbitrou o “valor médio de uma única foto de modelo/atriz, da magnitude artística da primeira autora, em torno de 25% do valor total de ensaio fotográfico de onde a foto fora ilicitamente extraída”. Assim, em primeiro grau, a indenização correspondeu a 25% do valor do contrato da atriz com a Playboy, sendo, em segundo grau, reduzida a 15% do valor contratual (porcentagem apontada como mínima na perícia). Esse entendimento, entretanto, não reflete a melhor solução, pois a indenização corresponde a provável preço que a empresa teria pagado ao contratar a atriz para posar nua em uma fotografia, legitimando a usurpação de bens jurídicos a preço de mercado e podendo não retirar de forma cabal o lucro da intervenção do patrimônio do interventor.

Outrossim, a associação do lucro da intervenção aos lucros cessantes se mostra incorreta do ponto de vista conceitual. O lucro cessante é a espécie de dano referente a bem ou interesse futuro, ainda não pertencente ao lesado, que consiste, portanto, na perda do ganho esperável, na frustração da expectativa do lucro ou na diminuição potencial do patrimônio da

¹⁰⁶ HIGA, Flávio da Costa. **Responsabilidade Civil Punitiva**: Os "Punitive Damages" no Direito Brasileiro. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 436.

¹⁰⁷ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação cível nº 70004439865**. Apelante: Maitê Proença Gallo. Apelada: Zero Hora Editora Jornalística S.A. Relator: Desembargador Jose Conrado Kurtz De Souza. Julgado em: 07/06/2011.

¹⁰⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 764.735**. Recorrente: RBS Zero Hora Editora Jornalística S/A. Recorrido: Maitê Proença Gallo e outros. Relator: Ministro Honildo Amaral de Mello Castro. Julgado em: 05/11/2009. DJe: 22/02/2010.

vítima, não devendo, contudo, ser confundido com lucro imaginário, hipotético ou remoto.¹⁰⁹ Conforme se depreende do Art. 402 do Código Civil¹¹⁰, os lucros cessantes correspondem ao que “a vítima razoavelmente deixou de lucrar”. Há, portanto, um critério de razoabilidade que deve ser observado.

Além disso, o mero descumprimento contratual ou a ocorrência do ilícito não são suficientes para a configuração do lucro cessante, sendo necessário que esteja evidenciada a probabilidade objetiva de obtenção de lucro pela utilização ou exploração dos bens, isto é, deve-se comprovar que tais lucros resultariam do “curso normal das coisas”.¹¹¹ No mesmo sentido, pode-se afirmar que o fato gerador da indenização por lucros cessantes é a interrupção do desenvolvimento normal dos acontecimentos que, em seu curso ordinário, geraria um proveito econômico para o lesado. Assim, para verificar o dano indenizável, deve-se averiguar qual teria sido a evolução patrimonial provável da vítima, caso o evento não tivesse ocorrido, observando-se, sempre, as circunstâncias particulares da situação analisada.¹¹²

De outra banda, o lucro da intervenção não tem o seu curso causal interrompido, frustrando um resultado econômico hipotético, mas é, em verdade, gerado pela própria ação do interventor. Enquanto o interventor é responsável pela geração de lucros, o ofensor impede a produção de ganhos financeiros. Dessa forma, a associação do lucro da intervenção aos lucros cessantes é inadequada, já que os lucros cessantes representam uma expectativa de ganho, cuja produção foi obstaculizada por um fato externo criado pelo ofensor, ao passo que o lucro da intervenção apresenta existência concreta, cuja produção decorreu justamente da ação do interventor.

Ademais, tais conceitos também se afastam na medida em que, em muitos casos, o interventor explora bens ou direitos alheios de maneira que o próprio titular jamais teria cogitado. Nesses casos, a ação do interventor evidentemente não interrompeu desenvolvimento ordinário que geraria proveitos econômicos. Ao contrário, se a intervenção não tivesse ocorrido, aquele lucro jamais teria sido criado.¹¹³

¹⁰⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 104.

¹¹⁰ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 20 set. 2019.

¹¹¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Responsabilidade Civil por Descumprimento de Contrato Pressupostos e Quantum Indenizatório Adequado. **Revista dos Tribunais - Online**, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 291-310, out. 2012, p. 298.

¹¹² THOMPSON FLORES LENZ, Carlos Eduardo. Considerações sobre a indenização por lucros cessantes. **Revista do Ministério Público**, Porto Alegre, n. 34, p. 90-93, 1995, p. 93.

¹¹³ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil e Enriquecimento Sem Causa: O Lucro da Intervenção**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 11.

Essa hipótese é bem ilustrada por um caso americano que pode ser assim resumido: um senhor descobriu em sua propriedade a entrada de uma caverna que continha numerosas estalactites e estalagmites, bem como um rio subterrâneo, tendo-a convertido em uma atração turística. Entretanto, posteriormente, descobriu-se que um terço da caverna estava sob a propriedade vizinha. Diante disso, acionado o Tribunal norte-americano, o interventor foi condenado a pagar ao titular do prédio vizinho um terço do lucro líquido obtido.¹¹⁴

Júlio Manuel Vieira Gomes, ao analisar o caso, destaca que, no continente, esse resultado não poderia ter sido obtido através da responsabilidade civil, já que o proprietário não parece ter sofrido qualquer dano. Em relação aos lucros cessantes, esse também parece não ser o instrumento adequado a solucionar o caso, visto que, se não fosse a ingerência não autorizada sobre o bem, o dono lindeiro jamais teria obtido qualquer proveito pela exploração turística da caverna.¹¹⁵ A indenização por lucros cessantes considera não a mera possibilidade, mas a probabilidade razoável de obter o benefício econômico. Logo, não sendo razoável afirmar que a ação do interventor o impediu de ganhar benefício econômico, não há que se falar em indenização por lucros cessantes.

Além disso, podem-se vislumbrar situações em que o titular do direito jamais teria concordado a exploração de seus bens ou direitos do modo como realizado pelo interventor. Tal circunstância resta bastante evidente no caso do cantor Caetano Veloso, que, a convite de amigos, aceitou participar do evento “*Heineken Concerts – A Música Brasileira Convida*”, mas fez questão de incluir no contrato cláusula em que expressamente vedava a vinculação publicitária de sua imagem, pois preocupava-se com a associação de sua imagem a fabricantes de bebidas alcoólicas. Nada obstante, a empresa divulgou em jornal seis páginas de material publicitário promovendo a cerveja, sendo que uma delas estampava a imagem do artista. Diante disso, Caetano ajuizou ação indenizatória, postulando danos morais e lucros cessantes. Contudo, na espécie em comento, notadamente não se pode cogitar a ocorrência de lucros cessantes, uma vez que o artista afirmou categoricamente na inicial da ação que, independentemente do preço, jamais teria cedido o uso de sua imagem para tais fins.¹¹⁶

¹¹⁴ COURT LISTENER. **Edwards v. Lee's Administrator**, 96 S.W.2d 1028. 5 jun. 1936. Disponível em: <https://www.courtlistener.com/opinion/3445641/edwards-v-lees-administrator/>. Acesso em: 22 set. 2019.

¹¹⁵ VIEIRA GOMES, Júlio Manuel. O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas de enriquecimento sem causa. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1998, p. 782-783 *apud* SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil e Enriquecimento Sem Causa: O Lucro da Intervenção**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 11.

¹¹⁶ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil e Enriquecimento Sem Causa: O Lucro da Intervenção**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 13.

Por fim, a resolução do lucro da intervenção no âmbito da responsabilidade civil, por intermédio de sua associação com os lucros cessantes, também se mostra inadequada do ponto de vista funcional, na medida em que se utiliza o locupletamento do interventor como critério de cálculo do dano, que corresponde à esfera jurídica da vítima, e não do ofensor. Para a adequada delimitação do *quantum* indenizatório, deve-se ater aos critérios próprios da responsabilidade civil.¹¹⁷

Nesse diapasão, os limites e objetivos da responsabilidade civil foram muito bem delineados no voto do Min. Ruy Rosado de Aguiar, nos autos do caso que ficou conhecido como “Heróis do Tri” (Resp. 100764/RJ), em que o acórdão recorrido foi reformado precisamente no ponto em que utilizava o lucro do ofensor como critério para a fixação da indenização.¹¹⁸

A indenização limitada ao lucro que uma das partes teve com o negócio (...) não se presta para definir o dano que cada um deles sofreu com a utilização da fotografia. Ocorre que o prejuízo sofrido pela vítima do ato ilícito não corresponde ao lucro do negócio, que pode ter fracassado e alcançar salvo negativo, mas nem por isso desaparece a infração e o dever de indenizar. O lucro é algo que se acrescenta ao patrimônio do infrator, enquanto que o dano é uma diminuição no patrimônio do lesado, e os seus quantitativos podem não ser idênticos, mesmo porque os danos extrapatrimoniais não têm direta vinculação com o preço das coisas.

Diante do exposto, tem-se que a tentativa de enquadrar o lucro da intervenção na responsabilidade civil, a partir da formulação teórica do terceiro método de indenização, não deve prosperar, pois, apesar da frequente aproximação em decisões judiciais, o conceito de lucros cessantes não é compatível com o de lucro da intervenção. Assim, a utilização do lucro obtido pelo ofensor como critério para o cálculo dos lucros cessantes deve ser excepcional, aplicando-o apenas quando assim for expressamente determinado pelo legislador, a exemplo do Art. 210, II, da Lei de Propriedade Industrial¹¹⁹.

¹¹⁷ Essa confusão conceitual entre a responsabilidade civil e o enriquecimento sem causa apresenta como possível origem a função genérica dos institutos e apresenta-se na prática também nos casos de definição do *quantum debeatur* dos danos morais, quando os tribunais pátrios invocam indiscriminadamente a vedação ao enriquecimento sem causa como suposto limite à definição da indenização. Contudo, esse raciocínio apresenta dois equívocos: a um, a decisão judicial é, em tese, causa justificadora do enriquecimento, de modo que não haveria que se falar em enriquecimento *sem causa*; a dois, uma alusão tão genérica apenas remete à noção geral de *Suum Cuique Tribuere*, sem corresponder a qualquer configuração dogmática das obrigações restitutórias (SILVA, Rodrigo da Guia. **Enriquecimento sem causa**: As obrigações restitutórias no direito civil. 1. ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018, p. 104).

¹¹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 100.764/RJ**. Recorrentes: Amildo de Abreu Chirol e outros. Recorridos: Confederação Brasileira de Futebol e Editora Abril S/A. Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Julgado em: 24/11/1997. DJe: 16/03/1998.

¹¹⁹ BRASIL. **Lei n.º 9.279, de 14 de maio de 1996**. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9279.htm. Acesso em: 27 set. 2019.

3.3 FUNÇÃO PUNITIVA

A remoção do lucro da intervenção do patrimônio do interventor não apresenta necessariamente caráter punitivo, visto que a restituição está limitada ao lucro obtido na intervenção; há, com isso, apenas uma neutralização econômica do patrimônio do interventor, pois a verba apenas possuiria natureza punitiva quando excedesse os benefícios obtidos com a intervenção. A origem do equívoco em associar a restituição a uma punição aparenta residir no fato de que ambas são tratadas no direito inglês no rótulo genérico de “*non-compensatory damages*” (indenizações não compensatórias) e, centrando-se o debate principalmente nos *punitive damages*, há uma imprópria associação entre restituição e punição.¹²⁰

De qualquer forma, ainda que a restituição do lucro da intervenção não esteja necessariamente relacionada com uma função punitiva da responsabilidade civil, faz-se importante a análise da compatibilidade dos *punitive damages*¹²¹ com o nosso ordenamento jurídico. Isso porque, diante da limitação da reparação à extensão do dano, o reconhecimento de uma função punitiva representaria uma abertura para que a problemática do lucro da intervenção seja resolvida no âmbito da responsabilidade civil.

A incorporação de uma função punitiva tem inspiração nos *punitive damages* dos países de sistema *common law*. O seu surgimento, na era moderna, deu-se na Inglaterra¹²², na segunda metade do século XVIII, mas foi nos Estados Unidos da América que teve o seu maior desenvolvimento, tornando-se o foco de grandes discussões desde a década de 80.¹²³

Os *punitive damages* se contrapõem aos *compensatory damages* e apresentam duas finalidades: retributiva (*punishment*) e desestímulo (*deterrence*). Esse remédio, caracterizado por sua não limitação ao prejuízo, é utilizado para punir uma malícia ou uma conduta arbitrária, evitando a reiteração de condutas similares no futuro daquele agente, bem como desestimulando

¹²⁰ ROSENVALD, Nelson. **A Responsabilidade Civil pelo Ilícito Lucrativo**: O disgorgement e a indenização retributória. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 67.

¹²¹ Em relação à nomenclatura, para a análise do instituto opta-se por manter o termo em sua grafia original americana (*punitive damages*), diante das imprecisões que as traduções normalmente realizadas apresentam. Adotar a tradução dita literal “danos punitivos” não parece ser a melhor solução, visto que *damages* (forma plural de *damage*, dano) significa a indenização ou a compensação determinada judicialmente em razão de condutas ilegais. O termo “indenização punitiva”, a seu passo, apresenta contradição terminológica insanável, uma vez que punir é diferente e incompatível com o conceito de indenizar. Assim, por falta de expressão compatível na língua portuguesa e por ser tal *celeuma* secundária nesse momento, o termo deve permanecer em sua grafia original. (HIGA, Flávio da Costa. **Responsabilidade Civil Punitiva**: Os “Punitive Damages” no Direito Brasileiro. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 276-280).

¹²² Enquanto nos Estados Unidos da América e no Canadá utiliza-se a expressão *punitive damages*, outras jurisdições, como a da Austrália e a da Inglaterra adotam *exemplary damages*. (ROSENVALD, Nelson. **As Funções da Responsabilidade Civil**: A Reparação e a Pena Civil. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 144).

¹²³ HIGA, Flávio da Costa. **Responsabilidade Civil Punitiva**: Os “Punitive Damages” no Direito Brasileiro. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 50 e 74.

a adoção do comportamento de maneira geral, de forma a cumprir, com isso, seus objetivos de punição e de dissuasão.¹²⁴

O esquema ressarcitório jamais funciona perfeitamente, pois há inúmeros fatores que possibilitam que o ofensor escape à responsabilização civil, como empecilhos probatórios, demora na solução do processo, desestímulo econômico para reivindicar recompensas baixas. Considerando essas mazelas do sistema, o ofensor, por vezes, tenciona descumprir a lei e causar prejuízos, já que há a possibilidade de lucrar com o ilícito. A ineficácia de uma sanção que não fosse capaz de dissuadir os indivíduos a reiterar na prática delituosa já era apontada inclusive pelos filósofos utilitaristas do século XVIII.¹²⁵

Exemplo dessa atitude é o célebre caso norte-americano *Richard Grimshaw vs. Ford Motor Co*, julgado em 1981. A questão fática reside em um acidente automobilístico sofrido por dois indivíduos em razão de um defeito apresentado pelo automóvel *Pinto*, da referida empresa, que causou a morte de uma das vítimas e gravíssimas lesões corporais à outra. Diante disso, acionado o sistema judiciário, sobreveio a condenação da ré ao pagamento de US\$ 559.680,00 a título de *compensatory damages* e de US\$ 3.500.000,00 a título de *punitive damages*.¹²⁶

A punição da *Ford* decorreu da comprovação de que os seus engenheiros tinham conhecimento do defeito apresentado pelo veículo e de suas possíveis consequências, mas, considerando que a linha de produção já estava pronta, optaram por não realizar os reparos necessários. Assim, a despeito dos testes de segurança terem denunciado a existência de um defeito que poderia causar a explosão do veículo, a empresa colocou o produto no mercado, porquanto comparou os potenciais lucros de venda com as eventuais reparações que pagaria aos consumidores, concluindo que o lucro “compensava”.¹²⁷

Quando o proveito econômico dos atos ilícitos é superior às indenizações arbitradas, a responsabilidade civil se revela impotente a coibir tais atos por meio de sua função ressarcitória. Em verdade, de acordo com a responsabilidade civil tradicional, é aceitável a permanência do lucro obtido por meio de um ilícito no patrimônio do ofensor, já que o locupletamento não necessariamente corresponde ao prejuízo do lesado. Nesse cenário, a utilização dos *punitive*

¹²⁴ ROSENVALD, Nelson. **As Funções da Responsabilidade Civil: A Reparação e a Pena Civil**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 142-144.

¹²⁵ HIGA, Flávio da Costa. **Responsabilidade Civil Punitiva: Os "Punitive Damages" no Direito Brasileiro**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 433.

¹²⁶ GATTAZ, Luciana de Godoy Penteadó. Punitive Damages no Direito Brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 964, n. 1, p. 1-16, fev. 2016, p. 12.

¹²⁷ ROSENVALD, Nelson. **As Funções da Responsabilidade Civil: A Reparação e a Pena Civil**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 89.

damages é bastante sedutora, inclusive para casos de lucro da intervenção, pois representa um método de dissuasão ao ofensor que lucra com a prática do ilícito.¹²⁸

No Brasil, embora não haja qualquer previsão legislativa específica, parte da doutrina¹²⁹ e da jurisprudência aceitam o reconhecimento do caráter punitivo no âmbito da indenização por danos morais, ainda que, por vezes, isso ocorra de forma velada, considerando a flexibilidade que essa espécie de indenização apresenta quando do seu arbitramento. Assim, tem-se que a jurisprudência brasileira não acolheu os *punitive damages* como título autônomo, mas faz uso de critérios de quantificação dos danos morais que possuem natureza eminentemente punitiva (grau de culpa do ofensor, capacidade econômica das partes), bem como justifica altas indenizações com base na finalidade de prevenção de novas práticas e de incremento do caráter pedagógico da condenação.¹³⁰

Contudo, tendo os danos morais propósito reparatório, essa fusão em um mesmo montante de verbas de natureza indenizatória e punitiva se afigura inadequada, visto que a indenização, baseada no princípio da reparação integral, deveria se restringir a compensar o dano em sua extensão, alijando do cálculo os elementos que a ele forem estranhos. Essa limitação poderia ser contornada com o argumento de que a indenização pecuniária de um dano extrapatrimonial, não tendo caráter propriamente ressarcitório ou compensatório, mas satisfatório, estaria fora do âmbito de aplicação do princípio da reparação integral. Entretanto, atualmente, prevalece uma concepção positiva ou substantiva dos direitos extrapatrimoniais, ligando-os a bens jurídicos vinculados aos direitos de personalidade, com o que a indenização à lesão deve ser arbitrada de forma a estabelecer uma razoável equivalência com os interesses lesados, sem incluir elementos estranhos ao dano quando do seu arbitramento.¹³¹

Desse modo, critérios punitivos se afiguram incompatíveis com o princípio da reparação integral do dano, uma vez que a punição é configurada justamente a partir do momento em que a condenação excede o prejuízo. Diante dessa diferença em suas naturezas, a inclusão, no valor global da indenização, de uma parcela punitiva não destacada viola a ampla defesa e o contraditório, já que as partes não têm conhecimento da porcentagem que cada uma

¹²⁸ HIGA, Flávio da Costa. **Responsabilidade Civil Punitiva: Os "Punitive Damages" no Direito Brasileiro**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 434.

¹²⁹ Defendem, entre outros, o caráter punitivo da indenização por danos morais Caio Mário da Silva Pereira, Carlos Edson do Rêgo Monteiro Filho, Antônio Jeová Santos, Silvio Rodrigues, Carlos Alberto Bittar, Youssef Said Cahali, Sérgio Severo e Sérgio Cavalieri Filho (SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil e Enriquecimento Sem Causa: O Lucro da Intervenção**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 76).

¹³⁰ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil e Enriquecimento Sem Causa: O Lucro da Intervenção**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 77-81.

¹³¹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da Reparação Integral: Indenização no Código Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 74-75.

das verbas representa, o que prejudica a sua argumentação defensiva a partir dos critérios que deveriam ser considerados em seus arbitramentos, bem como inviabiliza discussão sobre a legalidade e conveniência da punição.¹³² Nessa linha, Flávio da Costa Higa critica o tratamento dispensado à figura dos danos morais:¹³³

Enquanto o caráter pungente da condenação estiver promiscuamente amalgamado nos danos morais, ele será mero adorno retórico a justificar, juntamente com diversos outros, uma importância arbitrariamente estimada, ou castigará de forma kafkiana o ofensor, sem que a ele seja permitido saber, naquele valor único, em que medida está compensando o ofendido e quando está sendo penalizado, tornando hercúlea a missão de recorrer de duas condenações com estruturas, funções e pressupostos de imputação totalmente diversos, mas embutidos numa única importância.

Em relação especificamente à adequação dos *punitive damages* ao ordenamento jurídico brasileiro, uma das principais discussões é saber se a sua imposição depende de previsão legal. O princípio da legalidade está previsto no Art. 5.º, XXXIX, da Carta Magna, que dispõe que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”¹³⁴. Há quem defenda que essa previsão constitucional se aplicaria apenas à esfera penal, em face da ausência de privação de liberdade e de estigma na esfera cível, assim como em razão da adoção dos vocábulos “crime” e “pena”. No entanto, tais argumentos não se sustentam, visto que as condenações cíveis também podem gerar estigma (a exemplo do empregado que tem uma dispensa por justa causa ratificada pela Justiça do Trabalho) e que, embora esse tal estigmatização possa ser inferior à decorrente de uma condenação penal, isso não redundaria na permissão de que as punições cíveis possam ser aplicadas totalmente à margem da legalidade. Depois, “pena” não existe apenas no âmbito criminal; interpretando esse dispositivo de maneira a restringir a existência de “pena” apenas a esse ramo do Direito, seria necessário concluir, *a contrario sensu*, que as sanções administrativas não estariam submetidas à garantia constitucional.¹³⁵

Desse modo, tem-se que o princípio da legalidade incide sobre as condenações cíveis punitivas, com seus básicos desdobramentos da anterioridade e da irretroatividade da lei. Assim, uma vez que não prevista em lei, utilizar a função punitiva na responsabilidade civil

¹³² SCHREIBER, Anderson. Arbitramento do dano moral no novo Código Civil. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 10, p. 16-38, 2002, p. 3-24.

¹³³ HIGA, Flávio da Costa. **Responsabilidade Civil Punitiva: Os "Punitive Damages" no Direito Brasileiro**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 301-302.

¹³⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 set. 2019.

¹³⁵ HIGA, Flávio da Costa. **Responsabilidade Civil Punitiva: Os "Punitive Damages" no Direito Brasileiro**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 289-290

sem prévia cominação legal seria uma ofensa ao princípio da legalidade, consagrado pela fórmula *nullum crimen, nulla poena sine lege*.¹³⁶

No plano infraconstitucional, o Art. 12 do Código Civil¹³⁷ prevê, para além da reparação pelo equivalente pecuniário, a possibilidade de criação de normas que estabeleçam outras sanções, mas, em sua parte derradeira, estabelece que tais sanções devem ser previstas por lei.¹³⁸ Há quem vislumbre, para uma abordagem compatível dos *punitive damages* com a reserva legal, o parágrafo único do Art. 944 do Código Civil¹³⁹ como norma autorizadora das condenações punitivas.

O Art. 944, em seu *caput*, prevê a restituição integral do dano, ao passo que, no parágrafo único, estabelece que, havendo desproporção excessiva entre a gravidade da culpa e o dano, ao juiz é conferida a possibilidade de redução equitativa da indenização.¹⁴⁰ Com isso, o parágrafo único cria uma exceção ao princípio da restituição integral do dano, deixando a vítima inocente suportar parte dos prejuízos.¹⁴¹

A introdução dessa regra provocou debate acerca da possibilidade de utilizá-la para introduzir a função punitiva na responsabilidade civil, a partir de sua bilateralização. Poder-se-ia fazer uso dessa regra para possibilitar o julgador de utilizar a equidade para majorar a indenização nos casos de culpa grave ou dolo do ofensor, ou, ainda, para considerar não só os danos sofridos pela vítima, mas também os lucros do ofensor quando da fixação da “indenização”?¹⁴²

Judith Martins-Costa, ao analisar essa regra, à época do Projeto de Código Civil, reconhece que ela “atenua o princípio da identidade entre o dano e o quantum da reparação”, bem como que há uma tendência em diversos ordenamentos de agregar as funções

¹³⁶ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil e Enriquecimento Sem Causa: O Lucro da Intervenção**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 82.

¹³⁷ *In verbis*: “Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.” (BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 28 set. 2019).

¹³⁸ ROSENVALD, Nelson. **As Funções da Responsabilidade Civil: A Reparação e a Pena Civil**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 206.

¹³⁹ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 28 set. 2019.

¹⁴⁰ *In verbis*: “Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano. Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.” (BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 28 set. 2019).

¹⁴¹ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil e Enriquecimento Sem Causa: O Lucro da Intervenção**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 67.

¹⁴² SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil e Enriquecimento Sem Causa: O Lucro da Intervenção**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 68-69.

compensatória, punitiva e pedagógica.¹⁴³ Em sentido semelhante, André Gustavo Corrêa de Andrade refere que tal norma é representativa do conflito do legislador entre a tradição jurídica e a “repersonalização” do Direito Privado, pois

a exceção trazida à regra da reparação integral constitui uma inclinação, ainda que inconsciente, em direção às finalidades preventiva e punitiva da responsabilidade civil, uma vez que se reconhece que a imposição do dever de indenizar parcialmente a vítima pode constituir medida suficiente para o causador do dano cuja culpa seja menos grave.¹⁴⁴

Vieira Gomes, por sua vez, analisando o sistema português, que apresenta norma semelhante¹⁴⁵, sustenta que a doutrina dominante está equivocada ao compreender que a equidade somente poderia ser utilizada desfavoravelmente ao lesado. Aduz que, quando da análise de um caso em que o autor do ilícito lucrou valor superior ao dano causado, essa mesma doutrina “encolhe, resignadamente, os ombros e repete, como se de uma evidência se tratasse, o dogma de que a obrigação de indenizar não pode converter-se numa fonte de enriquecimento para o lesado”.¹⁴⁶

A despeito de tais considerações, refuta-se a interpretação ampliativa do Art. 944, parágrafo único, do Código Civil¹⁴⁷. Isso porque o referido dispositivo autoriza de forma clara apenas a redução equitativa de indenização. Ademais, a correlação entre o caput e o parágrafo único do Art. 944 do Código Civil é de regra-exceção, de modo que a exceção, conforme as regras hermenêuticas, comporta interpretação restritiva.¹⁴⁸ Em adição a isso, o Enunciado n. 46

¹⁴³ MARTINS-COSTA, Judith. Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza de sua reparação. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, v. 19, p. 181-207, 2001, p. 206-207.

¹⁴⁴ CORREA DE ANDRADE, André Gustavo. **Dano moral e indenização punitiva**. 2003. 288f. Dissertação (mestrado em Direito) – Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2003. Disponível em: http://www.estacio.br/mestrado/direito/dissertacao/trabalhos/andre_andrade.pdf. Acesso em: 29 set. 2019, p. 192.

¹⁴⁵ O Art. 494 do Código Civil português possibilita a redução da indenização nos seguintes termos:
ARTIGO 494º
(Limitação da indemnização no caso de mera culpa)
Quando a responsabilidade se fundar na mera culpa, poderá a indemnização ser fixada, equitativamente, em montante inferior ao que corresponderia aos danos causados, desde que o grau de culpabilidade do agente, a situação económica deste e do lesado e as demais circunstâncias do caso o justifiquem.
(PORTUGAL. Código Civil Português. **Decreto-Lei 47344, de 25 de novembro de 1966**. Disponível em: http://www.Superior Tribunal de Justiça.pt/ficheiros/fpSuperior Tribunal de Justiça/ptlp/portugal_codigocivil.pdf . Acesso em: 29 set. 2019).

¹⁴⁶ VIEIRA GOMES, Júlio Manuel. O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas de enriquecimento sem causa. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1998, p. 793-795. *apud* SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil e Enriquecimento Sem Causa: O Lucro da Intervenção**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 73.

¹⁴⁷ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 29 set. 2019.

¹⁴⁸ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil e Enriquecimento Sem Causa: O Lucro da Intervenção**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 74.

da I Jornada de Direito Civil reconhece que tal norma deve ser interpretada restritivamente, por representar exceção à reparação integral do dano.¹⁴⁹

Ademais, cumpre ressaltar que todos os dispositivos do Projeto do Código de Defesa do Consumidor que visavam à inclusão de pena civil¹⁵⁰ sofreram veto presidencial, não derrubado pelo Congresso Nacional quando da promulgação do referido diploma.¹⁵¹ À semelhança, também não obteve êxito a proposta constante do Projeto de Lei n. 6.960/2002, de autoria do então Deputado Federal Ricardo Fiúza, que consistia em transformar o atual parágrafo único do Art. 944 do Código Civil em § 1º, e em inserir um § 2º, com a seguinte redação: “§ 2º. A reparação do dano moral deve constituir-se em compensação ao lesado e adequado desestímulo ao lesante”.¹⁵²

Nesse contexto, tem-se que não houve uma incorporação dos *punitive damages* no Direito brasileiro, visto que não há dispositivo legal em nosso ordenamento jurídico que o fundamente, medida que se mostra imprescindível, em razão da legalidade constitucionalmente exigida para a aplicação de penas civis. O Art. 944, parágrafo único, do Código Civil¹⁵³, conforme analisado, não se afigura como abertura à aplicação de uma função punitiva da responsabilidade civil, porquanto sua interpretação deve ser restritiva.

Em relação à possível incorporação dos lucros obtidos a partir da violação de direito alheio nos critérios de cálculo dos danos morais, essa solução também se afigura inadequada,

¹⁴⁹ Enunciado n. 46 da I Jornada de Direito Civil: “A possibilidade de redução do montante da indenização em face do grau de culpa do agente, estabelecida no parágrafo único do Art. 944 do novo Código Civil, deve ser interpretada restritivamente, por representar uma exceção ao princípio da reparação integral do dano[,] não se aplicando às hipóteses de responsabilidade objetiva.” (Alterado pelo Enunciado 380 - IV Jornada) (CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Centro de Estudos Judiciários. **Jornada de Direito Civil**. 2003. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/i-jornada-de-direito-civil.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2019).

¹⁵⁰ Refere-se os Arts. 16, 45 e 52, §3.º, *verbis*: “Art. 16 - Se comprovada a alta periculosidade do produto ou do serviço que provocou o dano, ou grave imprudência, negligência ou imperícia do fornecedor, será devida multa civil de até um milhão de vezes o Bônus do Tesouro Nacional - BTN, ou índice equivalente que venha substituí-lo, na ação proposta por qualquer dos legitimados à defesa do consumidor em juízo, a critério do juiz, de acordo com a gravidade e proporção do dano, bem como a situação econômica do responsável”; “Art. 45 - As infrações ao disposto neste Capítulo, além de perdas e danos, indenização por danos morais, perda dos juros e outras sanções cabíveis, ficam sujeitas à multa de natureza civil, proporcional à gravidade da infração e à condição econômica do infrator, cominada pelo juiz na ação proposta por qualquer dos legitimados à defesa do consumidor em juízo”; “Art. 52 - § 3º - O fornecedor ficará sujeito a multa civil e perda dos juros, além de outras sanções cabíveis, se descumprir o disposto neste artigo”.

¹⁵¹ SILVA, Rodrigo da Guia. Contornos do enriquecimento sem causa e da responsabilidade civil: estudo a partir da diferença entre lucro da intervenção e lucro cessantes. **Civilística.com**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 2, p. 1-25, 2016. Disponível em: <http://civilistica.com/contornos-do-enriquecimento-sem-causa/>. Acesso em: 30 set. 2019, p. 9.

¹⁵² ROSENVALD, Nelson. **As Funções da Responsabilidade Civil: A Reparação e a Pena Civil**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 207.

¹⁵³ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 30 set. 2019.

devendo-se ter cautela na incorporação de institutos estrangeiros, como os *punitive damages*. Assim, apesar da grande celeuma envolvendo o possível acolhimento dos *punitive damages* no Direito brasileiro, de *lege data*, a função específica da responsabilidade civil permanece sendo a ressarcitória, com foco no dano e na tutela da vítima.

Por fim, destaca-se que, ainda que fosse aceita a incorporação dos *punitive damages* ao nosso ordenamento jurídico, criando-se, assim, uma abertura para que o lucro da intervenção seja considerado quando do cálculo das indenizações ou das penas civis, a responsabilidade civil permaneceria imprópria a solucionar a problemática de forma adequada, em razão das diferenças que os permeiam.¹⁵⁴ Os *punitive damages* são concedidos em uma condenação autônoma, com justificativa própria, mas de forma cumulativa com a reparação dos danos; julgada improcedente a pretensão compensatória, não poderá ser julgada procedente a pretensão punitiva. Já a pretensão de restituição dos ganhos do interventor independe da compensação de eventuais danos do ofendido, prescindindo inclusive da sua ocorrência. Ademais, enquanto o segundo depende apenas da existência de ganhos econômicos cuja remoção seja devida, sendo a eles limitado, o primeiro depende de comportamento ultrajante do ofensor que seja considerado como merecedor de desestímulo especial e geral, e seu valor pode ultrapassar os ganhos ilicitamente obtidos.¹⁵⁵

Em vista dos argumentos apresentados, conclui-se que à possibilidade de enquadramento do lucro da intervenção no âmbito da responsabilidade civil deve ser dada resposta negativa. A um, porque o dano é elemento central à configuração do dever de indenizar, não se mostrando viável a teoria da “responsabilidade civil sem dano”. A dois, porque, os conceitos de lucro da intervenção e de lucros cessantes não são compatíveis, a despeito da sua frequente aproximação em decisões judiciais e da proposta doutrinária de adoção do chamado “terceiro método de cálculo da indenização”. A três, porque não se verifica incorporação legislativa dos *punitive damages*, devendo o arbitramento de danos morais ficar restrito a critérios próprios da responsabilidade civil, centrados na extensão do dano. Desse modo, tem-se que a responsabilidade civil não é o *locus* adequado à resolução da problemática do lucro da intervenção.

¹⁵⁴ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil e Enriquecimento Sem Causa: O Lucro da Intervenção**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 82.

¹⁵⁵ ROSENVALD, Nelson. **A Responsabilidade Civil pelo Ilícito Lucrativo: O disgorgement e a indenização restitutória**. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 243-245

4 O LUCRO DA INTERVENÇÃO À LUZ DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA

A segunda fonte indicada na análise funcional das obrigações como possivelmente adequada ao enquadramento do lucro da intervenção foi o enriquecimento sem causa. Assim, após verificar as funções e limites da responsabilidade civil e apurar a existência de empecilhos à resolução da problemática nesse âmbito, passa-se ao exame do enriquecimento sem causa.

Conforme referido no primeiro capítulo, a responsabilidade civil e o enriquecimento sem causa apresentam função genérica semelhante, pois cuidam de um equilíbrio que se rompeu, reestabelecendo a distribuição justa da riqueza. Por esse motivo, imaginou-se inicialmente uma possível compatibilidade de ambos com a remoção do lucro da intervenção. Contudo, em suas funções específicas, o enriquecimento sem causa apresenta maior coadunação com a resolução da problemática, visto que tanto o lucro da intervenção, quanto o enriquecimento sem causa têm por foco a esfera patrimonial do ofensor. O enriquecimento sem causa apresenta como função específica justamente a remoção do enriquecimento injustificado, ao passo que a responsabilidade civil, centrada na reparação do dano, apenas promove a remoção do locupletamento ilícito de maneira incidental e eventual.

O instituto do enriquecimento sem causa ainda ocupa posição marginal em nosso sistema jurídico, e uma percepção equivocada (por transportar conceitos da responsabilidade civil e dos contratos, institutos mais desenvolvidos em nossa doutrina, ao invés de utilizar os requisitos desenvolvidos especificamente para a configuração desse remédio restitutivo) ou demasiadamente rígida dos seus requisitos, além de limitar a utilidade dessa ferramenta, impediria o enquadramento do lucro da intervenção também nesse âmbito. Assim, para além da compatibilidade funcional, o êxito dessa disposição depende da leitura conferida aos requisitos e à subsidiariedade do enriquecimento sem causa no ordenamento jurídico brasileiro.

4.1 O ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA E O CÓDIGO CIVIL DE 2002

Sob a égide do Código Civil de 1916¹⁵⁶, o Brasil carecia de uma estrutura legislativa concernente ao enriquecimento sem causa, o que não significa que, durante o século XIX, esse preceito jurídico já não fosse conhecido. A ausência de previsão expressa decorreu de opção do seu codificador original, Clóvis Beviláqua, bastante influenciado pelo Código napoleônico, que previa apenas o pagamento indevido como uma figura implícita do enriquecimento sem

¹⁵⁶ BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1 de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm. Acesso em: 03 out. 2019.

causa.¹⁵⁷ Dentre os fundamentos do codificador, estavam a baixa homogeneidade das figuras englobadas pelo enriquecimento sem causa, não justificando um tratamento legal uno, e a existência de regras restitutórias específicas, as quais acreditava serem suficientes para regular os tipos mais relevantes de enriquecimento sem causa. Assim, Beviláqua não vislumbrava a necessidade de estabelecer uma previsão geral residual.¹⁵⁸

Na mesma linha, Jorge Americano propugnava que o conceito de enriquecimento poderia ser vislumbrado por todo o sistema legal, mas não seria necessária a criação de uma teoria autônoma. Ainda, não identificava a possibilidade de sua corporificação como instituto, ante as regras peculiares capazes de abranger todos os casos.¹⁵⁹

Apesar dessa ausência de previsão, a vedação ao enriquecimento sem causa era reconhecida como princípio geral de direito e norteou a elaboração de diversas regras do Código.¹⁶⁰ Aos poucos, porém, a doutrina nacional passou a aceitar o enriquecimento sem causa como fonte de obrigações, atenta aos desenvolvimentos na doutrina francesa e italiana. Agostinho Alvim, um dos autores mais importantes desse período evolutivo, sustentava ser possível o ajuizamento de uma ação autônoma de enriquecimento, mesmo na ausência de texto expresso. Defendia, ainda, que a casuística do Código de 1916 não era suficiente para resolver todos os casos; sem uma regra geral, restaria irremediada, por exemplo, a utilização lucrativa de bens alheios sem a ciência do seu proprietário ou a prestação de serviços médicos a uma pessoa inconsciente e, portanto, incapaz de contratar.¹⁶¹

A falta de uma previsão geral do enriquecimento sem causa gerou impactos negativos no desenvolvimento de outros institutos, que eram utilizados de forma pouco técnica. Exemplificativamente, uma das soluções adotadas pelo Judiciário foi o alargamento progressivo, mas exagerado, do conceito de pagamento indevido, na tentativa de abarcar mais situações fáticas que demandavam uma resposta restitutória. Outro mecanismo adotado foi a introdução de normas de enriquecimento sob outro nome, a exemplo da criação legislativa do

¹⁵⁷ NANNI, Giovanni Ettore. **Enriquecimento sem causa**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 85.

¹⁵⁸ MICHELON, Claudio. Native Sources and Comparative Resources: Unjustified Enrichment in Brazil after the 2002 Civil Code. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 9, n. 1, p. 243-276, out. 2016, p. 245.

¹⁵⁹ NANNI, Giovanni Ettore. **Enriquecimento sem causa**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 86.

¹⁶⁰ CERVEIRA, Fernanda Pessoa. Enriquecimento sem causa: da legislação civil atual ao novo Código Civil. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 11, n. 44, p. 141-67, out./dez. 2002, p. 142.

¹⁶¹ HILDEBRAND, Lucas Fajardo Nunes. **Pressupostos da Obrigação de Restituir o Enriquecimento sem Causa no Código Civil Brasileiro**. 2010. 209f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-01082011-154849/pt-br.php>. Acesso em: 10 set. 2019, p. 16-24.

Art. 210 da Lei 9.279/96¹⁶², que previa o dever de devolver os lucros obtidos na violação de certos direitos de propriedade intelectual como uma subespécie de lucros cessantes.¹⁶³

Após Alvim, a doutrina deixou de se preocupar tanto em refutar as ideias de Beviláqua, passando a consolidar a compreensão do enriquecimento sem causa como fonte de obrigações.¹⁶⁴ No entanto, a carência de previsão legal dificultava a aplicação do enriquecimento sem causa enquanto fonte obrigacional autônoma, bem como o estabelecimento de seus requisitos. Assim, nos anos 90, já estava claro para muitos autores a necessidade de uma previsão geral expressa, visto que a falta de estrutura dogmática ocasionava confusão entre o instituto do enriquecimento sem causa e outros aspectos do Direito das Obrigações.¹⁶⁵

A aclamada previsão geral expressa do enriquecimento sem causa foi incluída no Código Civil de 2002¹⁶⁶, que possui capítulo específico ao tratamento do enriquecimento sem causa (Arts. 884 a 886). Tal positivação representou um grande avanço e está em conformidade com a ideia de socialidade do novo Código, uma vez que permite a repressão de situações de iniquidade com ferramentas mais apropriadas do que construções teóricas com pouca base legal e invocações diretas de princípios gerais do direito.¹⁶⁷

Assim, tem-se que a inovação trazida pelo novo código não foi a existência da vedação ao enriquecimento sem causa, que, como visto, há muito vem sendo aplicada¹⁶⁸, e sim a criação de condições para que o instituto evolua de maneira mais ordenada e sistemática. Ao abandonar a técnica casuística do Código Civil de 1916¹⁶⁹, adotou-se a técnica legislativa das cláusulas gerais. As cláusulas gerais, de um lado, adotam expressões vagas o suficiente para abrangerem

¹⁶² BRASIL. **Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996**. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9279.htm. Acesso em: 05 out. 2019.

¹⁶³ MICHELON, Claudio. Native Sources and Comparative Resources: Unjustified Enrichment in Brazil after the 2002 Civil Code. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 9, n. 1, p. 243-276, out. 2016, p. 245.

¹⁶⁴ HILDEBRAND, Lucas Fajardo Nunes. **Pressupostos da Obrigação de Restituir o Enriquecimento sem Causa no Código Civil Brasileiro**. 2010. 209f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-01082011-154849/pt-br.php>. Acesso em: 10 set. 2019, p. 34.

¹⁶⁵ MICHELON, Claudio. Native Sources and Comparative Resources: Unjustified Enrichment in Brazil after the 2002 Civil Code. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 9, n. 1, p. 243-276, out. 2016, p. 246.

¹⁶⁶ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 05 out. 2019.

¹⁶⁷ CERVEIRA, Fernanda Pessoa. Enriquecimento sem causa: da legislação civil atual ao novo Código Civil. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 11, n. 44, p. 141-67, out./dez. 2002, p. 142.

¹⁶⁸ Mesmo antes da entrada em vigor do novo Código, por exemplo, a jurisprudência inclinou-se ao entendimento de que o coproprietário que utiliza com exclusividade a coisa deve restituir aos demais coproprietários o valor correspondente a suas parcelas. (MICHELON JR., Cláudio. **Direito Restitutivo: Enriquecimento sem Causa; Pagamento Indevido; Gestão de Negócios**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 36).

¹⁶⁹ BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1 de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm. Acesso em: 05 out. 2019.

grande carga interpretativa; de outro, estabelecem pontos focais em torno dos quais a atividade interpretativa pode ocorrer. Com isso, a determinação do seu conteúdo normativo e sua adaptação às novas situações sociais desponta como tarefa não só judicial, mas também doutrinária.¹⁷⁰

De outra banda, cumpre ressaltar que o Código Civil de 2002 representa incontestável reconhecimento legislativo do enriquecimento sem causa como fonte de obrigações. Assim como o Código Civil de 1916, o Código atual não contém dispositivo que indique quais são as fontes das obrigações. No entanto, o Livro I da Parte Especial, que trata do direito das obrigações, divide-se em Títulos, nos quais, a partir do V, aborda justamente as fontes de obrigações, como o contrato, os atos unilaterais, os títulos de crédito e a responsabilidade civil. O enriquecimento sem causa foi disciplinado no Título VII, junto com a promessa de recompensa, a gestão de negócios e o pagamento indevido.¹⁷¹

A decisão de agrupar os três mais importantes institutos de obrigação restitutória (enriquecimento sem causa, pagamento indevido e gestão de negócios) sob o mesmo Título, no Capítulo das obrigações, conforme afirma Cláudio Michelin, decorre da remissão a um princípio comum, qual seja, a conservação estática dos patrimônios. Nesse sentido, a configuração desse Título representa o reconhecimento pelo codificador brasileiro de uma fonte obrigacional autônoma, que é *tetrium genus* em relação à declaração de vontade e à responsabilidade civil.¹⁷² A relação que é estabelecida entre o enriquecido e aquele à custa de quem ocorreu o enriquecimento, com base nos Arts. 884 e 885 do Código Civil¹⁷³, é vinculativa e define a exigibilidade de uma prestação de conteúdo econômico, cujo inadimplemento acarreta a sujeição do patrimônio do devedor, sendo, portanto, inegável fonte obrigacional.¹⁷⁴

Os remédios restitutórios, com a nova disposição do Código, passam por uma reestruturação da categoria. A partir da análise funcional das obrigações, com a tripartição das

¹⁷⁰ MICHELON JR., Cláudio. **Direito Restitutivo**: Enriquecimento sem Causa; Pagamento Indevido; Gestão de Negócios. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 35-37.

¹⁷¹ HILDEBRAND, Lucas Fajardo Nunes. **Pressupostos da Obrigação de Restituir o Enriquecimento sem Causa no Código Civil Brasileiro**. 2010. 209f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-01082011-154849/pt-br.php>. Acesso em: 10 set. 2019, p. 64.

¹⁷² MICHELON JR., Cláudio. **Direito Restitutivo**: Enriquecimento sem Causa; Pagamento Indevido; Gestão de Negócios. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 17.

¹⁷³ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 11 out. 2019.

¹⁷⁴ HILDEBRAND, Lucas Fajardo Nunes. **Pressupostos da Obrigação de Restituir o Enriquecimento sem Causa no Código Civil Brasileiro**. 2010. 209f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-01082011-154849/pt-br.php>. Acesso em: 10 set. 2019, p. 65.

obrigações em três perfis funcionais, é estabelecido o reconhecimento de uma configuração unitária do instituto do enriquecimento sem causa, a justificar um tratamento uniforme e sistemático, ainda que não necessariamente idêntico.¹⁷⁵

Outrossim, a fim de evitar confusões, importa distinguir as manifestações do enriquecimento sem causa como princípio e como instituto. Enquanto o primeiro, bastante amplo, é corolário da ideia de que ninguém deve se enriquecer a expensas de outrem sem causa que o justifique, sendo base de numerosas normas jurídicas, como a de anulação contratual, o segundo, objeto do presente estudo, corresponde à noção de fonte obrigacional de vedação do enriquecimento sem causa, que identifica um regime jurídico autônomo.¹⁷⁶

Assim, tem-se que o enriquecimento sem causa compõe o Direito Restitutivo, campo de estudo das obrigações restitutórias. Essas, com base na sua classificação a partir da análise funcional das obrigações, são qualificadas à luz da fonte obrigacional de vedação do enriquecimento sem causa e podem decorrer tanto da cláusula geral do dever de restituir como das previsões legais específicas. O regime de vedação do enriquecimento sem causa, portanto, não se esgota na cláusula geral do Art. 884 do Código Civil, assim como a responsabilidade civil não se esgota nas cláusulas gerais dos Arts. 186 e 927 do referido diploma.¹⁷⁷¹⁷⁸

A seguir, passa-se à verificação da compatibilidade entre a remoção do lucro da intervenção e as disposições legais sobre o enriquecimento sem causa. Inexistindo previsão específica para essa hipótese, analisar-se-á o enquadramento a partir dos requisitos atinentes à cláusula geral do dever de restituir, positivada no Art. 884 do Código Civil.¹⁷⁹

4.2 REQUISITOS DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA

O Art. 884 do Código Civil, cláusula geral de vedação ao enriquecimento sem causa, possui a seguinte redação: “aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários”¹⁸⁰.

¹⁷⁵ SCHREIBER, Anderson; SILVA, Rodrigo da Guia. Aspectos relevantes para a sistematização do lucro da intervenção no direito brasileiro. *Pensar*, Fortaleza, v. 23, n. 4, p. 1-15, out. 2018, p. 8.

¹⁷⁶ SILVA, Rodrigo da Guia. **Enriquecimento sem causa**: As obrigações restitutórias no direito civil. 1. ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018, p. 96-97.

¹⁷⁷ SILVA, Rodrigo da Guia. **Enriquecimento sem causa**: As obrigações restitutórias no direito civil. 1. ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018, p. 96-97.

¹⁷⁸ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 11 out. 2019.

¹⁷⁹ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 11 out. 2019.

¹⁸⁰ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 11 out. 2019.

Desse modo, o pedido de restituição apresenta como requisitos (a) a ocorrência de um enriquecimento que (b) tenha sido obtido à custa de outrem e (c) a inexistência de uma causa justificativa para o enriquecimento.

Quanto à exigência desses três requisitos, praticamente não existem divergências doutrinárias. O conteúdo de cada um desses requisitos, por outro lado, é objeto de discussões, razão pela qual será feita uma análise das questões a eles atinentes.¹⁸¹

Além disso, verifica-se que ao enriquecimento sem causa pode ser conferido um tratamento unitário, em que não se faz distinção das suas espécies, ou um tratamento compartilhado, ante a percepção da impossibilidade de definir um conceito único a todas as espécies de enriquecimento sem causa. A concisão da previsão no ordenamento jurídico brasileiro, a princípio, poderia induzir à adoção do tratamento unitário do enriquecimento sem causa. No entanto, a possibilidade de reduzir as diferentes hipóteses a uma regra geral não implica que esse denominador comum deva ser interpretado igualmente em todas as situações, o que permite conferir maior funcionalidade e operabilidade ao instituto. Ademais, em razão de haver pretensões de restituição fundadas em prestação e outras não fundadas em prestação, a conceituação única afigura-se difícil, de modo que o paradigma da divisão do instituto corresponde à opção mais aceita atualmente na teoria do enriquecimento sem causa.¹⁸²

Leitão, autor de bastante prestígio no campo do enriquecimento sem causa, proferiu conferência na II Jornada de Direito Civil, realizada pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, em que, a despeito de considerar a dicção do Art. 884 do Código Civil¹⁸³ excessivamente genérica, sugeriu a adoção de construção tipológica inspirada no ordenamento jurídico alemão, distinguindo as seguintes categorias: enriquecimento por prestação, enriquecimento por intervenção, enriquecimento por despesas realizadas no benefício de outrem e enriquecimento por desconsideração de um patrimônio intermédio. No Brasil, a última espécie mostra-se mais próxima ao regime do pagamento indevido, razão pela qual não deve ser considerada como um dos tipos de enriquecimento sem causa. A divisão do

¹⁸¹ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil e Enriquecimento Sem Causa**: O Lucro da Intervenção. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 56.

¹⁸² HILDEBRAND, Lucas Fajardo Nunes. **Pressupostos da Obrigação de Restituir o Enriquecimento sem Causa no Código Civil Brasileiro**. 2010. 209f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-01082011-154849/pt-br.php>. Acesso em: 10 set. 2019, p. 192-193.

¹⁸³ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 12 out. 2019.

instituto em tipos diversos foi implementada na doutrina nacional, como se verifica, por exemplo, nas obras de Giovanni Ettore Nanni e Cláudio Michelin.¹⁸⁴

Assim, tem-se que o enriquecimento sem causa pode ser dividido em três tipos principais: o enriquecimento por prestação, o enriquecimento por intervenção e o enriquecimento por despesas efetuadas por outrem. Embora haja inúmeras similitudes, cada espécie apresenta suas idiossincrasias. Com isso, não havendo absoluta identidade entre os conteúdos dos pressupostos da obrigação restitutória, a análise a seguir realizada centrar-se-á no conteúdo atinente ao enriquecimento por intervenção.

4.2.1 Enriquecimento

O primeiro aspecto inafastável que deve estar presente para deflagrar o dever de restituir é o enriquecimento. Sem a ocorrência de um incremento patrimonial, isto é, de uma vantagem patrimonial - seja pela obtenção de um direito ou de uma situação jurídica protegida que implica vantagem econômica, seja pela extinção de uma dívida, seja pela aquisição de vantagens transitórias de valor pecuniário -, não há que se falar em obrigação de restituir.¹⁸⁵

Em nossa legislação, não há a consagração expressa de critérios que ajudem a definir o enriquecimento que não consista em coisa determinada, como ocorre nos casos de lucro da intervenção, cuja vantagem patrimonial advém da ingerência do enriquecido sobre os bens e direitos alheios. Usualmente, considera-se que o enriquecimento pode consistir não só no incremento do ativo, mas também na diminuição do passivo ou na poupança de despesas.¹⁸⁶

A grande questão atinente ao enriquecimento é a determinação do valor a ele correspondente, que pode variar conforme a concepção adotada. Tradicionalmente, divide-se enriquecimento real de enriquecimento patrimonial, havendo divergências sobre qual deve ser adotado nos casos de enriquecimento sem causa ou, mais especificamente, no enriquecimento por intervenção.

O enriquecimento real refere-se ao valor objetivo das vantagens reais obtidas. Há uma avaliação abstrata, estática e impessoal do patrimônio do enriquecido. Já o enriquecimento

¹⁸⁴ HILDEBRAND, Lucas Fajardo Nunes. **Pressupostos da Obrigação de Restituir o Enriquecimento sem Causa no Código Civil Brasileiro**. 2010. 209f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-01082011-154849/pt-br.php>. Acesso em: 10 set. 2019, p. 88-90.

¹⁸⁵ MICHELON JR., Cláudio. **Direito Restitutivo**: Enriquecimento sem Causa; Pagamento Indevido; Gestão de Negócios. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 184-185.

¹⁸⁶ SILVA, Rodrigo da Guia. **Enriquecimento sem causa**: As obrigações restitutórias no direito civil. 1. ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018, p. 144-146.

patrimonial corresponde ao saldo entre a situação real do patrimônio do enriquecido (aquela em que ele se encontra) e a situação hipotética (aquela em que se encontraria se não tivesse ocorrido o fato produtivo do enriquecimento). Faz-se uma verificação concreta, dinâmica, e subjetiva do enriquecimento. Para essa concepção, a noção de enriquecimento está relacionada com a influência que a aquisição da vantagem gerou no patrimônio do enriquecido.¹⁸⁷

O critério real afastar-se-ia, assim, de reflexões sobre a repercussão concreta da vantagem no patrimônio do enriquecido, ao passo que o critério patrimonial se apartaria da investigação abstrata do valor objetivo da vantagem obtida.¹⁸⁸ Conforme a posição adotada, o enriquecimento pode variar de forma significativa:¹⁸⁹

Se, por exemplo, A usa ou consome coisas de B ou este presta àquele um determinado serviço, o enriquecimento em sentido *real* corresponderá ao *valor objectivo do próprio uso ou consumo ou da própria prestação*; para apurar o enriquecimento no sentido *patrimonial*, porém, haverá que saber que *efeito* ou *influência* teve *concretamente* sobre o patrimônio do enriquecido aquele uso ou consumo ou a prestação efectuada, e, como tal *efeito* ou *influência* é aleatório, contingente, o enriquecimento patrimonial pode ir muito além ou ficar muito aquém do enriquecimento *real*. (...) no exemplo apontado, que teria feito A se não tivesse usado ou consumido os bens de B ou recebido a prestação de *facere* deste? Talvez A tivesse então usado ou consumido outros bens ou serviços e tivesse de os *pagar*, fazendo para isso determinadas despesas, que assim poupou: na efectiva *poupança de despesas* estará então o seu enriquecimento.

Caso a noção real de enriquecimento fosse adotada a todos os casos, a remoção do lucro da intervenção seria inviável, já que o lucro que extrapolasse o valor objetivo do bem ou direito alheio explorado não seria enquadrado como enriquecimento. Porém, para a doutrina majoritária, a posição a ser adotada, como regra, é o enriquecimento patrimonial, pois este permite a plena realização da função específica do enriquecimento sem causa, que consiste em remover o enriquecimento do patrimônio do beneficiado.¹⁹⁰

Essa, segundo Rodrigo Guia da Silva, é a resposta correta para um falso problema, pois a classificação tradicional incorre em vícios de impropriedade terminológica e de inadequação de conteúdo. Quanto à terminologia, “patrimonial” e “real” não são qualificações decorrentes de uma mesma classificação; sabe-se que a patrimonialidade se opõe à extrapatrimonialidade e que a realidade se contrapõe à virtualidade. Em relação ao conteúdo,

¹⁸⁷ COELHO, Francisco Manuel Pereira. **O Enriquecimento e o Dano**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 36-38.

¹⁸⁸ SILVA, Rodrigo da Guia. **Enriquecimento sem causa**: As obrigações restitutórias no direito civil. 1. ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018, p. 147-148.

¹⁸⁹ COELHO, Francisco Manuel Pereira. **O Enriquecimento e o Dano**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 26-27.

¹⁹⁰ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil e Enriquecimento Sem Causa**: O Lucro da Intervenção. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 59.

percebe-se que ambas as qualificações tradicionais dizem respeito a atribuições patrimoniais. Desse modo, a verdadeira questão seria perquirir se a vantagem relevante é aquela efetivamente verificada (real) ou aquela que o enriquecido hipoteticamente poderia vir a auferir (virtual).¹⁹¹

O Art. 884 do Código Civil¹⁹² refere-se ao que foi “indevidamente auferido”, o que parece remeter à vantagem efetivamente percebida, e não hipoteticamente. Com isso, para perquirir a vantagem patrimonial indevidamente auferida, deve-se considerar as atribuições patrimoniais reais, efetivamente verificadas, cujo conteúdo não se esgota no valor médio – ou objetivo – do bem. Somente uma noção de enriquecimento que considere as condições patrimoniais concretas do enriquecido permitirá revelar a exata medida do enriquecimento, abrangendo, assim, todo o incremento patrimonial obtido pelo enriquecido. Dessa forma, e tendo em vista o perfil funcional do instituto, a verificação da extensão da vantagem patrimonial indevidamente auferida deve abranger tanto o critério tradicional real quanto o patrimonial do enriquecimento.¹⁹³

Advirta-se, entretanto, que a determinação do enriquecimento não significa a restituição de todo esse montante. Isso porque a conclusão sobre a existência e a quantificação do dever de restituir não se esgota no requisito do enriquecimento, que pode, no caso concreto, ser reputado justo (impedindo a deflagração do dever de restituir) ou decorrente de contribuição causal relevante (justificando a redução do valor a ser restituído).¹⁹⁴

4.2.2 Obtenção à Custa de Outrem

O segundo requisito para a configuração do enriquecimento sem causa é que este seja obtido “à custa de outrem”. Para o problema do lucro da intervenção, a obtenção à custa de outrem desponta como o requisito mais importante a ser investigado, visto que é elemento central da sua própria caracterização.

Amiúde, lê-se este requisito como uma exigência de que, paralelamente ao enriquecimento, haja um empobrecimento no patrimônio da outra pessoa. Tal concepção tem origem na “Teoria Unitária do Deslocamento Patrimonial”, desenvolvida por Savigny, segundo

¹⁹¹ SILVA, Rodrigo da Guia. **Enriquecimento sem causa**: As obrigações restitutórias no direito civil. 1. ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018, p. 151-152.

¹⁹² BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 13 out. 2019.

¹⁹³ SILVA, Rodrigo da Guia. **Enriquecimento sem causa**: As obrigações restitutórias no direito civil. 1. ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018, p. 153-155.

¹⁹⁴ SILVA, Rodrigo da Guia. **Enriquecimento sem causa**: As obrigações restitutórias no direito civil. 1. ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018, p. 157-158.

a qual, para todas as pretensões restitutórias, seria necessária a verificação de uma deslocação patrimonial direta entre o enriquecido e o empobrecido. Exigir-se-ia, com isso, que aquilo que produz o enriquecimento tenha pertencido anteriormente ao patrimônio de outra pessoa. O conceito unitário de deslocação patrimonial, portanto, consiste na transmissão de um bem de uma pessoa a outra que seja efetuada diretamente mediante a deslocação de valor entre dois patrimônios.¹⁹⁵

A partir dessa teoria, parte da doutrina passou a compreender a expressão “à custa de outrem” como uma exigência de que haja um “deslocamento patrimonial” entre patrimônios, gerando, em um, enriquecimento, e, no outro, empobrecimento. Essa compreensão é bastante forte em países como Itália e França. No entanto, além de inexistir qualquer regra nesse sentido em nosso ordenamento jurídico, essa interpretação não é condizente com a função restitutória, a qual se preocupa em extrair do patrimônio do enriquecido o acréscimo patrimonial injustificado, e não em solucionar eventual dano verificado no patrimônio do titular do direito.¹⁹⁶

Michelon destaca que, ao referir-se ao enriquecimento obtido “à custa de outrem”, a legislação brasileira se aproxima mais da previsão alemã (*auf dessen Kosten*) do que da italiana, que condiciona o direito à restituição à ocorrência de um dano (*a danno di un'altra persona*), ainda que esse conceito seja interpretado ampliativamente. A expressão consagrada em nosso ordenamento jurídico é, pois, mais ampla, vez que não exige a ocorrência de qualquer dano efetivo ao titular do direito.¹⁹⁷

Em hipóteses de pagamento indevido ou de realização de despesas diretas pelo empobrecido em favor do enriquecido desprovidas de causa jurídica, o empobrecimento é facilmente visualizado. Contudo, em outras situações, como na prestação de serviços, na economia de despesas e na exploração de direitos alheios, a obtenção de vantagem não apresenta correlativo empobrecimento. Assim, o empobrecimento não pode ser utilizado como fundamento para negar o uso da ação de enriquecimento, pois não é requisito à configuração do instituto em todas as suas modalidades.¹⁹⁸ Os exemplos colacionados por João de Matos

¹⁹⁵ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. **Direito das Obrigações**: Introdução da Constituição das Obrigações. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 383-384.

¹⁹⁶ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil e Enriquecimento Sem Causa**: O Lucro da Intervenção. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 96.

¹⁹⁷ MICHELON JR., Cláudio. **Direito Restitutivo**: Enriquecimento sem Causa; Pagamento Indevido; Gestão de Negócios. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 197-198.

¹⁹⁸ NANNI, Giovanni Ettore. **Enriquecimento sem causa**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 253-254.

Antunes Varela evidenciam a incompatibilidade da exigência do empobrecimento com casos de intervenção em bens alheios:¹⁹⁹

Admitamos que o dono da casa onde outrem se instalou indevidamente (por julgá-la própria) a não teria arrendado em quaisquer circunstâncias; que o dono do cavalo ou do automóvel com que o amigo, utilizando abusivamente do animal ou o veículo, ganhou avultado prêmio numa competição desportiva, não estaria disposto a concorrer tal prova; que o dono de obra editada, sem a sua autorização, por terceiro, não estaria inclinado a publicá-la etc.

Em nenhum desses casos se pode rigorosamente falar numa diminuição do patrimônio do dono da coisa e nem sequer na privação de um aumento dele, uma vez que o titular não estava disposto a usar ou fruir a coisa nos termos em que fez o intrometido.

E, todavia, não pode duvidar-se de que a vantagem patrimonial do beneficiado foi obtida à custa do dono da coisa.

É curioso notar que foi precisamente a problemática do lucro da intervenção que gerou a crise da teoria unitária do deslocamento patrimonial. Fritz Schulz, em sua obra “*System der Rechte auf den Eingriffserwerb*”, publicada em 1909, introduziu a questão dos lucros gerados a partir de intervenção em bens ou direitos alheios e propôs uma nova teoria que permitiria a aplicação do instituto a essas situações. Ainda que a sua “Teoria da Ilícitude” tenha sido posteriormente superada pela doutrina da divisão do instituto, a doutrina de Schulz teve como um dos seus méritos incitar a discussão sobre a aplicação do enriquecimento sem causa aos casos de lucro da intervenção.²⁰⁰

Ao longo do tempo, a teoria do deslocamento patrimonial foi perdendo relevância, passando-se a considerar que o empobrecimento seria prescindível e que a expressão “à custa de outrem” designaria um locupletamento obtido a partir de bens jurídicos pertencentes a pessoa diversa. A teoria adotada hodiernamente, portanto, não é a da deslocação patrimonial, mas a da destinação jurídica dos bens²⁰¹, segundo a qual “tudo quanto estes bens sejam capazes de render ou produzir pertence, em princípio, de acordo com o conteúdo da destinação ou afectação (*Zuweisungsgelt*) de tais direitos, ao respectivo titular”²⁰².

Todo enriquecimento, por um imperativo lógico, pode ter apenas três origens: origem fortuita, o patrimônio do enriquecido ou um patrimônio alheio. As vantagens patrimoniais de causa fortuita, em regra, não acarretam qualquer reação negativa do ordenamento (caso da

¹⁹⁹ VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações em geral**. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2004. v. I, p. 490-491.

²⁰⁰ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil e Enriquecimento Sem Causa: O Lucro da Intervenção**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 103-104.

²⁰¹ TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio Cruz. Considerações acerca da exclusão do lucro ilícito do patrimônio do agente ofensor. **Revista da Faculdade de Direito – RFD-UERJ**. Rio de Janeiro, n. 28, p. 1-24, dez. 2015.

²⁰² VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações em geral**. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2004. v. I, p. 492.

aquisição imobiliária por acessão na modalidade formação de ilhas, v.g.). De mesmo modo, os acréscimos patrimoniais obtidos a partir da exploração do patrimônio do próprio enriquecido não geram, *a priori*, maiores dúvidas quanto à sua legitimidade, como nos casos de percepção de frutos e de acessão na modalidade plantação. Já a terceira origem demanda mais cuidado, visto que, embora seja da essência do regime negocial a obtenção de vantagens à custa do patrimônio alheio, algumas situações são relevantes em matéria de enriquecimento sem causa, em razão da relevância atribuída pelo ordenamento jurídico à destinação dos bens e direitos distribuídos na sociedade. Não se trata de aferir, em abstrato, a justiça na distribuição dos bens, e sim de reconhecer a tendência de que as vantagens geradas pelos bens sejam atribuídas ao seu titular.²⁰³

No âmbito do enriquecimento por intervenção, a teoria do conteúdo da destinação reputa que a obtenção do enriquecimento se dá à custa de outrem quando ele decorre de uma ingerência no conteúdo da destinação de um direito alheio, o que infringe a ordem jurídica dos bens. O relevo central desse requisito para os casos de lucro da intervenção advém justamente do fato de que nem todos os que se beneficiam de uma aquisição patrimonial devem restituir o enriquecimento a quem por ela seja prejudicado, visto que é preciso apurar qual é a afetação do conteúdo da destinação dessa determinada posição jurídica. A identificação dessa afetação, ressalte-se, não se identifica com qualquer dano patrimonial, que pode não existir, como ocorre nas hipóteses de utilização de bens alheios.²⁰⁴

Com isso, decorrendo o lucro da intervenção da ingerência de bens alheios, o requisito da obtenção à custa de outrem, nesses casos, não deve ser interpretado como correspondente a um empobrecimento ou a um deslocamento patrimonial. Na verdade, a significação desse requisito relaciona-se com o conteúdo da destinação do bem, que, não sendo atribuído ao interventor, dá azo à pretensão restitutória. A destinação de um bem a seu titular é da essência de um direito absoluto. Ernst Von Caemmerer, sobre a teoria do conteúdo da destinação, explica:²⁰⁵

Ao proprietário da coisa pertence o *uti, fruti, abuti*, a ele cabe usá-la e tirar proveito dela, consumi-la e vendê-la, aproveitá-la ou explorá-la. Portanto, se alguém usa ou explora uma coisa alheia, se consome, se trabalha ou incorpora nos seus bens de modo que ela desaparece como coisa autónoma, se, sob a protecção de uma aparência

²⁰³ SILVA, Rodrigo da Guia. **Enriquecimento sem causa**: As obrigações restitutórias no direito civil. 1. ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018, p. 168-169

²⁰⁴ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. **Direito das Obrigações**: Introdução da Constituição das Obrigações. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 426-427.

²⁰⁵ CAEMMERER, Ernst Von. *Bereicherung und unerlaubte Handlung*: Festschrift für Rabel. 1. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 1954, p. 333-401 *apud* COELHO, Francisco Manuel Pereira. **O Enriquecimento e o Dano**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 56.

juridicamente tutelada, dispõe eficazmente e assim tira proveito dela, obtém alguma coisa que, segundo o conteúdo de destinação da propriedade, é devida ao proprietário.

A premissa dessa concepção é que as atribuições patrimoniais realizadas por meio de posições jurídicas ativas, como os direitos subjetivos, conferem ao seu titular o monopólio de exploração dos seus respectivos objetos. Em relação a quais posições jurídicas geram esse monopólio e qual a sua extensão, no entanto, não há consenso.²⁰⁶

De modo geral, afirma-se que todos os chamados direitos absolutos, especialmente o de propriedade e os direitos reais limitados, necessariamente conferem o monopólio de utilização do objeto, assim como o direito sobre marcas. Em relação à concorrência desleal, a questão é mais tormentosa, porquanto não há a atribuição de direito subjetivo ou qualquer outra posição jurídica a uma parcela do mercado ou a qualquer concorrente. Por isso, como regra geral, no direito estrangeiro, entende-se que o enriquecimento derivado da prática concorrencial desleal não deve ser distribuído aos competidores, pois não se pode afirmar que a obtenção se deu à custa de outrem. No entanto, são identificadas algumas exceções, como a denominada “concorrência por exploração”, já que nesses casos haveria uma posição jurídica de vantagem especificamente atribuída ao titular de um direito. Essa seria a hipótese, por exemplo, da utilização de um segredo industrial, da pirataria de um projeto ou da violação de pactos de não concorrência.²⁰⁷

Ainda, no que tange aos direitos de personalidade, aqueles considerados disponíveis, como a imagem, podem dar ensejo a uma pretensão restitutória. Já os direitos indisponíveis de personalidade (a honra, *v.g.*) não podem ser objeto de exploração econômica e, portanto, não ensejam qualquer direito a restituição.²⁰⁸

À luz de tais considerações, é possível afirmar que a expressão “à custa de outrem” contida no Art. 884 do Código Civil²⁰⁹ não traz a necessidade de que haja um correlativo empobrecimento ou mesmo um deslocamento patrimonial, os quais não possuem qualquer amparo legal, não se coadunam com a função específica do instituto restitutivo e não estão

²⁰⁶ HILDEBRAND, Lucas Fajardo Nunes. **Pressupostos da Obrigação de Restituir o Enriquecimento sem Causa no Código Civil Brasileiro**. 2010. 209f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-01082011-154849/pt-br.php>. Acesso em: 10 set. 2019, p. 73.

²⁰⁷ MICHELON JR., Cláudio. **Direito Restitutivo**: Enriquecimento sem Causa; Pagamento Indevido; Gestão de Negócios. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 199-203.

²⁰⁸ MICHELON JR., Cláudio. **Direito Restitutivo**: Enriquecimento sem Causa; Pagamento Indevido; Gestão de Negócios. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 204-205.

²⁰⁹ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 10 out. 2019.

presentes em algumas das modalidades de enriquecimento sem causa. Assim, atualmente, tem-se que o conteúdo de tal requisito encontra amparo na teoria do conteúdo da destinação dos bens, de modo que o enriquecimento será reputado como obtido à custa de outrem quando as vantagens patrimoniais geradas por um bem não refletirem em proveito do seu titular.

4.2.3 Ausência de Justa Causa

O último requisito para configuração do dever de restituir é a ausência de justa causa do enriquecimento obtido à custa de outrem. A atenção da cláusula geral restringe-se às vantagens patrimoniais injustificadas, visto que desfazer transferências ou atribuições patrimoniais amparadas de título jurídico idôneo seria uma afronta à coerência interna do ordenamento jurídico. Em um contrato de compra e venda, por exemplo, pode-se afirmar que há a obtenção de um enriquecimento (aquisição da propriedade da coisa) à custa de outrem (a coisa integrava patrimônio alheio), mas essa situação escapa ao enriquecimento sem causa em razão da análise da justificação do enriquecimento, que estava amparado no exercício legítimo da autonomia de vontade por meio de um contrato.²¹⁰

Inicialmente, cumpre destacar que “enriquecimento sem causa” e “enriquecimento ilícito” não são expressões sinônimas. Embora uma situação concreta possa preencher tanto os pressupostos da responsabilidade civil quanto os requisitos do enriquecimento sem causa, a caracterização deste independe da ilicitude. Para determinação da obrigação de restituição, não é necessário, portanto, que haja a caracterização de fato ilícito, bastando que esse fato seja reprovável pelo sistema jurídico, em razão da inexistência de uma causa justificativa da atribuição patrimonial. Quando os princípios do sistema jurídico não justifiquem a deslocação patrimonial, o enriquecimento será apenas “ajurídico”, no sentido de substancialmente ilegítimo ou injusto, mas não formalmente antijurídico.²¹¹

Superado tal aspecto, tem-se que a palavra “causa” é utilizada em variadas acepções na terminologia jurídica, mormente para referir causa como elemento do negócio jurídico. A causa de que dispõe a cláusula geral do dever de restituir é distinta da causa do negócio jurídico, sendo o conceito de “causa de atribuição patrimonial” aquele utilizado no âmbito do enriquecimento sem causa. Isso porque, enquanto a identificação da causa do negócio jurídico

²¹⁰ SILVA, Rodrigo da Guia. **Enriquecimento sem causa**: As obrigações restitutórias no direito civil. 1. ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018, p. 172-173.

²¹¹ ALMEIDA COSTA, M. J. **Direito das Obrigações**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 432-433 *apud* SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil e Enriquecimento Sem Causa**: O Lucro da Intervenção. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 62.

visa a apurar a sua característica negocial, para, com isso, determinar a justificativa de sua existência e sua aptidão a produzir efeitos, a causa de atribuição é uma investigação mais geral sobre a existência de razão que justifique a atribuição a um sujeito de direito de uma posição jurídica ativa (um direito subjetivo, por exemplo) sobre um determinado bem.²¹²

Em outras palavras, a causa de atribuição exigida pode ser entendida como o motivo jurídico (a justificação) do aporte de um bem a determinado patrimônio, podendo o título jurídico idôneo consistir em um negócio jurídico, um dispositivo legal, uma decisão judicial. Com isso, o enriquecimento não terá causa quando, segundo a lei, não deveria pertencer ao enriquecido, mas a outrem.²¹³ No ponto, ensina Orlando Gomes:²¹⁴

Indispensável, afinal, que o enriquecimento se dê sem uma causa que o justifique, quer porque falte, quer porque seja reprovada pelo Direito. Este último requisito não é de caracterização fácil, em virtude da confusa sinonímia da palavra causa. Não possui, no particular, o significado que tem como um dos requisitos dos contratos, mas sentido próprio, restrito, que melhor se define acrescentando-lhe a qualificação própria, como fazem os alemães. Trata-se, com efeito, de *causa de atribuição patrimonial*. Para saber se houve enriquecimento sem causa, indagará o intérprete se a vantagem patrimonial obtida é atribuída por uma razão justa, por um título legítimo, por um motivo lícito.

O problema central, portanto, consiste em saber quais causas tem o condão de justificar uma determinada atribuição patrimonial. Essa justificativa, evidentemente, não deve ser econômica ou ética, como idealmente seria convidativo, mas jurídica.²¹⁵

Tradicionalmente, associa-se a noção de justa causa à de justo título, no sentido de título jurídico idôneo. No desenvolvimento histórico da matéria, foram enunciadas duas grandes categorias de títulos jurídicos legitimadores de atribuição patrimonial: a lei (Art. 1.220 do Código Civil²¹⁶, v.g.) e os negócios jurídicos (contrato de compra e venda, v.g.).²¹⁷ Atualmente, a doutrina majoritária entende que o enriquecimento pode ser considerado como justificado não apenas quando dotado de título jurídico legítimo, mas também quando não há contrariedade

²¹² MICHELON JR., Cláudio. **Direito Restitutivo**: Enriquecimento sem Causa; Pagamento Indevido; Gestão de Negócios. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 211-212.

²¹³ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil e Enriquecimento Sem Causa**: O Lucro da Intervenção. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 61-62.

²¹⁴ GOMES, Orlando. **Obrigações**. Revisada, atual. e aumentada, de acordo com o Código Civil de 2002, por Eduardo Brito. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 258.

²¹⁵ NANNI, Giovanni Ettore. **Enriquecimento sem causa**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 267.

²¹⁶ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 18 out. 2019.

²¹⁷ SILVA, Rodrigo da Guia. **Enriquecimento sem causa**: As obrigações restitutórias no direito civil. 1. ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018, p. 175-176.

para com o ordenamento jurídico como um todo, em atenção aos princípios que norteiam o sistema.²¹⁸

A ampliação do seu conteúdo decorre de uma leitura à luz do desenvolvimento da metodologia civil-constitucional, buscando a realização dos valores constitucionais em vista das peculiaridades do caso concreto. Assim, além da verificação da ausência de causa com base nos títulos jurídicos, deve-se verificar se o enriquecimento incorre em juízo de reprovabilidade à luz da tábua axiológica constitucional. Carecendo de justo título, em sentido estrito, a posição jurídica do enriquecido ainda poderá ser resguardada, caso se entenda, em atenção ao caso concreto, que ela promove os princípios e valores do ordenamento jurídico.²¹⁹

Tecendo comentários acerca da matéria, Michelin aponta que há três situações de enriquecimento: não decorrente de iniciativa dos sujeitos, por iniciativa do enriquecido e por enriquecimento imposto. Nas situações em que a incidência do dever de restituir decorre da iniciativa do enriquecido, cujos casos típicos são os de enriquecimento por intromissão nos direitos alheios, é comum que a mera ausência de negócio jurídico ou de norma cogente seja suficiente para configurar a ausência de causa.²²⁰

Com isso, tem-se que o requisito da ausência de justa causa, no âmbito do enriquecimento por intromissão, não se mostra tão complexo quanto em outras situações de enriquecimento. De todo modo, considerando a ressignificação desse requisito à luz da legalidade constitucional, além de verificar a ausência de norma jurídica ou de norma cogente, deve-se apurar a sua justificação à luz da tábua axiológica constitucional, a fim de reputar por ausente qualquer justa causa. Trata-se, portanto, de cláusula geral aberta, que deixa propositadamente ao julgador a verificação da justificação ou não dos incrementos patrimoniais questionados, pois somente diante do caso concreto e dos elementos de prova poderá ser feito

²¹⁸ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil e Enriquecimento Sem Causa: O Lucro da Intervenção**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 62.

²¹⁹ O autor exemplifica tal análise: “Pense-se, por exemplo, na família de trabalhadores sem-terra que invade propriedade rural alheia descumpridora da função social (nos moldes enunciados pelo Art. 186 da Constituição Federal)⁵⁸ e, sem causar qualquer prejuízo ao bem, lá reside por dois meses. Soaria um efetivo contrassenso impor-se-lhes a obrigação de restituir o enriquecimento sem causa (pela poupança de despesas) caso, simultaneamente, fosse possível concluir que a propriedade rural definitivamente não cumpria sua função social.” (SILVA, Rodrigo da Guia. Contornos do enriquecimento sem causa e da responsabilidade civil: estudo a partir da diferença entre lucro da intervenção e lucro cessantes. **Civilistica.com**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 2, p. 1-25, jan. 2016. Disponível em: <http://civilistica.com/contornos-do-enriquecimento-sem-causa/>. Acesso em: 14 out. 2019, p. 17).

²²⁰ MICHELON JR., Cláudio. **Direito Restitutivo: Enriquecimento sem Causa; Pagamento Indevido; Gestão de Negócios**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 225.

o juízo sobre a existência ou a inexistência de justificação para aquele determinado incremento no patrimônio do enriquecido.²²¹

Outrossim, ante o exposto, compreende-se que esses três requisitos da cláusula geral do dever de restituir estão inter-relacionados. Para a deflagração do dever de restituir, faz-se necessária a existência de vantagem patrimonial (enriquecimento) obtida a partir de patrimônio alheio (obtenção à custa de outrem), sem uma justificação legítima (sem justa causa). Ainda, a partir do conteúdo de cada requisito analisado, pode-se concluir pela compatibilidade entre os casos em que há lucro da intervenção e os requisitos da cláusula geral de vedação ao enriquecimento sem causa, uma vez que o interventor obtém lucro (enriquecimento) a partir da exploração de bens e direitos alheios (à custa de outrem) sem a autorização do seu titular (sem justa causa).

4.3 SUBSIDIARIEDADE

Verificados os requisitos da cláusula geral do dever de restituir, antes de concluir se o lucro da intervenção pode ser enquadrado no enriquecimento sem causa, cumpre analisar o Art. 886 do Código Civil, que contém a previsão de um elemento que, mesmo não sendo formador do dever de restituir, influi na aplicação do enriquecimento sem causa e, conseqüentemente, na eficácia de um possível enquadramento da problemática do lucro da intervenção nesse âmbito. Conforme dispõe o Art. 886 do Código Civil, “não caberá a restituição por enriquecimento, se a lei conferir ao lesado outros meios para se ressarcir do prejuízo sofrido”²²². Trata-se da regra que prevê a subsidiariedade da cláusula geral de vedação do enriquecimento sem causa.

A discussão acerca do conteúdo dessa regra importa ao assunto do lucro da intervenção, visto que, nos casos em que há enriquecimento obtido por intervenção em bens alheios, o mesmo ato pode preencher simultaneamente os requisitos para o exercício de pretensão indenizatória fundada na responsabilidade civil. Nessa situação, em que o ato do ofensor, além de lhe gerar lucros, causa danos ao titular do direito, o lesado tem à sua disposição pretensão fundada na responsabilidade civil. A viabilidade de manejar também uma pretensão

²²¹ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil e Enriquecimento Sem Causa: O Lucro da Intervenção**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 63.

²²² BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 20 out. 2019.

restitutória a fim de retirar o enriquecimento que exceda aos danos depende da leitura conferida à regra da subsidiariedade.²²³

Parte da doutrina critica a subsidiariedade, afirmando, inclusive, que tal regra não teria razão de ser, consistindo em mera causalidade histórica. A aplicação da subsidiariedade teve origem no sistema francês, em que, considerando os ditames da Escola da Exegese e os princípios de hierarquia das fontes, se pretendia impossibilitar que um instituto de origem jurisprudencial tivesse aptidão para modificar institutos previstos e disciplinados pelo legislador. Outros ordenamentos jurídicos, quando da positivação do enriquecimento sem causa, também previram expressamente a sua subsidiariedade.²²⁴

Nesses ordenamentos jurídicos, em que há previsão expressa do enriquecimento sem causa como fonte autônoma, como é o caso do Brasil, a razão original da regra de subsidiariedade não mais subsiste. Por isso, afirma-se em parte da doutrina que a subsidiariedade não seria uma característica natural do enriquecimento sem causa, bem como que os seus objetivos poderiam ser atingidos por meio do requisito da ausência de justa causa.²²⁵

No entanto, essas críticas, mesmo somadas às acusações de que a regra teria caráter supérfluo e baixa utilidade, não possuem conotação jurídico-constitucional idônea a retirá-la do nosso ordenamento jurídico, pois a subsidiariedade foi inequivocamente adotada pelo legislador. Assim, admitida a sua existência, cumpre-nos apenas verificar quais as perspectivas contemporâneas de atuação desse atributo.²²⁶

Uma classificação útil à presente análise é a distinção entre subsidiariedade em abstrato e em concreto. Com base na subsidiariedade em abstrato, a mera existência de outra ação, abstratamente disponível, obsta o recurso ao enriquecimento sem causa. Na subsidiariedade em concreto, a seu turno, nega-se a aplicação do enriquecimento sem causa apenas se houver outro instrumento jurídico apto a sanar o enriquecimento ocorrido.²²⁷

A adoção da primeira concepção, além de restringir demasiadamente os casos em que o enriquecimento sem causa pode atuar como fonte autônoma de obrigações, decorre de uma

²²³ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil e Enriquecimento Sem Causa: O Lucro da Intervenção**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 117.

²²⁴ NANNI, Giovanni Ettore. **Enriquecimento sem causa**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 274.

²²⁵ HILDEBRAND, Lucas Fajardo Nunes. **Pressupostos da Obrigação de Restituir o Enriquecimento sem Causa no Código Civil Brasileiro**. 2010. 209f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-01082011-154849/pt-br.php>. Acesso em: 10 set. 2019, p. 168.

²²⁶ SILVA, Rodrigo da Guia. **Enriquecimento sem causa: As obrigações restitutórias no direito civil**. 1. ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018, p. 198-199.

²²⁷ NANNI, Giovanni Ettore. **Enriquecimento sem causa**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 276.

interpretação literal do Art. 886 do Código Civil²²⁸. Soluções meramente formais, entretanto, são incompatíveis com o espírito do diploma civil atual, que se mostra aberto à influência da cultura e objetiva atender à exigência de concreção das normas. Diante disso, afastar a aplicação do instituto do enriquecimento sem causa nos casos em que o remédio alternativo seja incapaz de eliminar efetivamente o enriquecimento seria incorrer justamente no formalismo que se procurou evitar.²²⁹

Quando um ato gerar, além de lucros, danos ao titular do direito, este poderá postular indenização com base na responsabilidade civil. Com fulcro na leitura que considera a subsidiariedade em abstrato, o ofendido não poderia se valer também da ação de enriquecimento sem causa, ainda que o lucro obtido superasse o *quantum* do prejuízo.²³⁰

Por essas razões, a melhor posição a ser adotada é aquela que não considera a subsidiariedade como absoluta, permitindo que seja realizada uma análise em concreto, o que confere maior aplicabilidade à norma. Dessa forma, a regra subsidiária poderá ser aplicada aos casos em haja um remédio alternativo previsto no ordenamento jurídico que não esgote o recurso normativo da situação de fato, isto é, que não seja concretamente suficiente para instrumentalizar a restituição do enriquecimento sem causa.²³¹

Tal conclusão encontra amparo na interpretação teleológica do Art. 886 do Código Civil²³², a partir da qual se tem que a razão subjacente à regra consiste na necessidade de evitar que a cláusula geral do enriquecimento sem causa incida concorrentemente ao suporte fático de outra fonte obrigacional, notadamente a responsabilidade civil²³³, desde que, como visto, a remoção indireta do enriquecimento tenha sido efetiva.

Quanto às proposições teóricas alternativistas, segundo as quais, preenchidos os requisitos da responsabilidade civil e do enriquecimento sem causa, o lesado poderia eleger o instituto que lhe fosse mais conveniente, estas devem ser rejeitadas. Como já referido, a

²²⁸ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 21 out. 2019.

²²⁹ MICHELON JR., Cláudio. **Direito Restitutivo: Enriquecimento sem Causa; Pagamento Indevido; Gestão de Negócios**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 258-259.

²³⁰ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil e Enriquecimento Sem Causa: O Lucro da Intervenção**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 117.

²³¹ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil e Enriquecimento Sem Causa: O Lucro da Intervenção**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 120.

²³² BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 22 out. 2019.

²³³ MICHELON JR., Cláudio. **Direito Restitutivo: Enriquecimento sem Causa; Pagamento Indevido; Gestão de Negócios**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 260.

despeito de todas as críticas que possam ser feitas, a regra da subsidiariedade foi positivada no Direito brasileiro, de modo que não pode ser desconsiderada.²³⁴

Outrossim, considerando as diferentes funções dos institutos da responsabilidade civil e do enriquecimento sem causa, a subsidiariedade deste em relação àquele não é integral. Assim, a ação de enriquecimento sem causa não poderá ser obstada nos casos em que o enriquecimento for superior ao dano, mas o seu pedido deve restringir-se à remoção daquela parcela que não tenha sido indiretamente removida no âmbito indenizatório. Nos casos de lucro da intervenção, portanto, a ação de responsabilidade civil não pode ser considerada como “outro meio”, porquanto, nessa ação, o titular do direito apenas poderá obter compensação pelos danos sofridos, enquanto na ação de enriquecimento sem causa o objeto será a restituição dos lucros obtidos.²³⁵

Isso não significa que, em todos os casos em que a remoção não for eficaz, será possível recorrer à regra subsidiária. Existem impedimentos de direito que impossibilitam a utilização do remédio alternativo, mas não acarretam, em contrapartida, o recurso à regra subsidiária, tolerando-se, em tais casos, o enriquecimento. Isso porque os princípios que subjazem a certos impedimentos por vezes se sobrepõem ao da conservação estática dos patrimônios, que funda o enriquecimento sem causa. As regras que excluem a efetividade dos remédios alternativos têm, portanto, base em princípios fundantes do direito privado, de modo que a aplicação da regra da subsidiariedade será decidida no fórum dos princípios subjacentes. Nesse sentido, explica Michelin:²³⁶

Prazos prescricionais (seja sobre prescrição extintiva, seja sobre prescrição aquisitiva) ou regras sobre caducidade (culposa ou não) de direitos podem ser fundadas em vários princípios justificadores diferentes. Assim, regras que estabelecem prazos de prescrição extintiva respondem, entre outras, às necessidades de certeza e segurança do direito. A regra que estabelece a perda de um direito de anulação nos casos em que o devedor pratica atos incompatíveis com a intenção de anular o negócio é fundada no imperativo da boa-fé objetiva, que manda preservar as relações de lealdade e confiança no tráfico de bens jurídicos. Outros exemplos poderiam ser trazidos à colação, mas desde já é possível constatar que muitas dessas regras limitativas (ou erradicadoras) de remédios alternativos para proceder à restituição do enriquecimento sem causa são resultantes da incidência de outros princípios fundantes do direito privado, como a boa-fé. Esses princípios funcionariam como princípios limitadores do princípio do enriquecimento sem causa, que, como já foi ressaltado, é o princípio da conservação estática dos patrimônios.

²³⁴ SILVA, Rodrigo da Guia. **Enriquecimento sem causa**: As obrigações restitutórias no direito civil. 1. ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018, p. 210-211.

²³⁵ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil e Enriquecimento Sem Causa**: O Lucro da Intervenção. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 119.

²³⁶ MICHELON JR., Cláudio. **Direito Restitutivo**: Enriquecimento sem Causa; Pagamento Indevido; Gestão de Negócios. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 262-263.

Quanto aos obstáculos de fato, estes não impedem a restituição com base no enriquecimento sem causa. Essa questão restou sedimentada no Enunciado 36 da I Jornada de Direito Civil: “o Art. 886 do novo Código Civil não exclui o direito à restituição do que foi objeto de enriquecimento sem causa nos casos em que os meios alternativos conferidos ao lesado encontram obstáculos de fato”.²³⁷

Para Nanni, tais aspectos se mostram relevantes, pois zelam para que a ação *de in rem verso* não subverta disposições imperativas e não mascare uma fraude à lei, evitando, assim, que essa ação se torne “uma panaceia, ou seja, um remédio para todos os males”. Deve-se buscar um meio temo entre a subsidiariedade abstrata, apegada exclusivamente à mera existência de outra ação disponível, e a fraude à lei, por descon sideração de outro preceito material. Diante disso, a solução seria examinar concretamente a situação: se, por exemplo, o interessado dispunha de outro meio que deixou de ser exercido por sua inércia, é nesse momento que a subsidiariedade ganha corpo e impede que as regras de prescrição ou decadência sejam desconsideradas.²³⁸

Ilustrativamente, essa questão foi enfrentada no julgamento do Resp. 1.497.769/RN. O caso versava, em suma, sobre a irrisignação do adquirente que, anos após a compra de um imóvel, verificou que a sua área era inferior àquela constante da escritura pública. O autor pleiteava, em razão disso, restituição proporcional do valor, com base na vedação ao enriquecimento sem causa. A 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça concluiu pela improcedência do recurso, porquanto a hipótese configurava venda *ad corpus*, para a qual há previsão específica legislativa, de modo que a cláusula geral do Art. 884 do Código Civil²³⁹ não poderia ser utilizada. Ainda, o Relator referiu que, mesmo que o autor não mais dispusesse da ação específica, em razão de prescrição, não se poderia utilizar o prazo prescricional da cláusula geral, já que isso representaria uma violação da lei.²⁴⁰

Além disso, há que se ressaltar que, diante de um conflito aparente entre a cláusula geral do enriquecimento sem causa e a disciplina específica de certa obrigação restitutória, deve prevalecer a hipótese específica, em atenção ao secular princípio da especialidade. Dessa forma, evita-se que a cláusula geral seja usada em hipóteses para as quais o legislador houver conferido

²³⁷ O estudo desses obstáculos escapa do âmbito da presente monografia, visto que concernem, principalmente, à discussão sobre enriquecimento indireto. Para ver mais, NANNI, Giovanni Ettore. **Enriquecimento sem causa**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 245-252.

²³⁸ NANNI, Giovanni Ettore. **Enriquecimento sem causa**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 278-283.

²³⁹ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 25 out. 2019.

²⁴⁰ BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. **Recurso Especial n.º 1.497.769/RN**. Recorrente: Kerubino Procópio Lélío De Moura. Recorrida: Joventina Simões Oliveira. Relator Ministro Luís Felipe Salomão. Julgado em: 05/05/2016. DJe: 07/06/2016.

soluções e critérios específicos. Exemplificativamente, não caberia a reivindicação pelo possuidor de má-fé de benfeitorias que não as necessárias com base na cláusula geral de vedação ao enriquecimento sem causa²⁴¹, diante da previsão específica do Art. 1.222 do Código Civil.²⁴²

Nesse contexto, entende-se que a regra de subsidiariedade do enriquecimento sem causa prevista no Art. 886 do Código Civil²⁴³ não prejudica o enquadramento do lucro da intervenção no âmbito do enriquecimento sem causa. Isso porque a análise não é feita de forma abstrata, mas concreta em relação à situação em julgamento.²⁴⁴ Quando houver um conflito aparente entre a cláusula geral de vedação do enriquecimento sem causa e a disciplina específica de certa obrigação restitutória, o critério da especialidade deve prevalecer, impedindo o recurso à regra subsidiária. De outra banda, quando a cláusula geral do enriquecimento sem causa possa incidir concorrentemente ao suporte fático de outra fonte obrigacional, a regra subsidiária poderá ser utilizada, desde que o meio alternativo não seja concretamente suficiente para instrumentalizar a restituição do enriquecimento sem causa. Logo, nos casos em que o enriquecimento por intromissão superar o prejuízo indenizado, além da responsabilidade civil, o ofendido poderá manejar ação de enriquecimento sem causa, a fim de restituir o lucro da intervenção.

Investigados os contornos dos requisitos do enriquecimento sem causa previstos no Art. 884 do Código Civil e da regra de subsidiariedade prevista no Art. 886 do mesmo diploma²⁴⁵, pode-se concluir pela possibilidade de solucionar a problemática do lucro na intervenção nesse âmbito. Isso porque a leitura contemporânea realizada sobre os pressupostos do enriquecimento sem causa permite que o lucro da intervenção seja solucionado neste âmbito.

Primeiro, em relação ao critério do enriquecimento, verificou-se que tal conceito não está adstrito a uma concepção real no seu sentido tradicional, o que impediria a remoção do lucro que extrapolasse o valor objetivo do bem ou direito alheio explorado. Como visto, para perquirir a vantagem patrimonial indevidamente auferida, deve-se utilizar também o conceito patrimonial de enriquecimento, para, assim, considerar todas as atribuições patrimoniais

²⁴¹ SILVA, Rodrigo da Guia. **Enriquecimento sem causa**: As obrigações restitutórias no direito civil. 1. ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018, p. 208-210.

²⁴² *In verbis*: “Art. 1.220. Ao possuidor de má-fé serão ressarcidas somente as benfeitorias necessárias; não lhe assiste o direito de retenção pela importância destas, nem o de levantar as voluptuárias.” (BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 25 out. 2019).

²⁴³ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 25 out. 2019.

²⁴⁴ NANNI, Giovanni Ettore. **Enriquecimento sem causa**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 279.

²⁴⁵ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 25 out. 2019.

efetivamente auferidas, cujo conteúdo não se esgota no valor médio, ou objetivo, do bem ou direito.

Segundo, no que tange ao requisito da obtenção à custa de outrem, mostrou-se relevante a superação da teoria do deslocamento patrimonial, segundo a qual a pretensão restitutória dependeria de uma deslocação patrimonial direta entre o enriquecido e o empobrecido. A adoção dessa concepção poderia impedir a remoção do lucro da intervenção, visto que, nesses casos, não há uma correlação necessária entre a produção de um enriquecimento e de um dano, ou, em outros termos, de um empobrecimento. Atualmente, entretanto, prevalece a teoria da destinação jurídica dos bens, a qual torna compatível a remoção do lucro da intervenção com o enriquecimento sem causa, já que, nos casos de enriquecimento por intromissão, está presente a ingerência indevida no conteúdo da destinação dos bens ou direitos alheios.

Terceiro, quanto ao requisito da ausência de justa causa, analisou-se que este consiste não apenas na ausência de título jurídico idôneo, mas também decorre da ausência de contrariedade para com o ordenamento jurídico como um todo, em atenção aos princípios que norteiam o sistema. Esse requisito, porém, não apresentou maiores problemas interpretativos ao enquadramento dos casos de lucro da intervenção, nos quais é comum que a mera ausência de negócio jurídico ou de norma cogente seja suficiente para configurar a ausência de causa. É justamente em razão da falta de autorização conferida pelo titular do bem ou direito que o locupletamento se afigura indevido.

Por fim, quanto à regra de subsidiariedade, uma leitura absoluta, no sentido de que a existência de qualquer “outro meio” seria impeditiva da utilização de ação fundada na vedação ao enriquecimento sem causa, impediria a remoção do lucro da intervenção nos casos em que também tivesse ocorrido dano, ainda que esse fosse menor que o enriquecimento. No entanto, entende-se que, a partir de uma análise concreta da subsidiariedade, é possível que a vítima maneje tanto ação reparatória, quanto restitutória, desde que o valor do enriquecimento por intromissão supere o montante do prejuízo indenizado.

Nesse contexto, tem-se que os casos de lucro da intervenção podem ser devidamente resolvidos no âmbito do enriquecimento sem causa, em razão de sua compatibilidade funcional e estrutural. Assim, ao final, passa-se a analisar quais seriam os contornos do objeto da restituição.

4.4 QUANTIFICAÇÃO

Estabelecido o dever de restituir o lucro obtido a partir da intromissão em bens e direitos alheios, deve-se quantificar o objeto da restituição. Nos casos de enriquecimento por prestação, em que há um correspondente empobrecimento do titular do direito, a delimitação do objeto da restituição não apresenta maiores controvérsias. Se, por exemplo, um contrato de prestação de serviços pago antecipadamente for declarado nulo, a restituição corresponderá ao valor pago pelos serviços não prestados. De outra banda, nas hipóteses em que a correlação entre enriquecimento e empobrecimento não existe, como é frequente nos casos de lucro da intervenção, a delimitação do objeto da restituição se mostra complexa.²⁴⁶

Segundo a doutrina clássica do enriquecimento sem causa, o objeto da restituição está sujeito à teoria do duplo limite, que estabelece que o valor da obrigação restitutória está limitado ao montante do empobrecimento ou do enriquecimento, correspondendo àquele que for inferior. O fundamento desse duplo limite residia na ideia de que, se o enriquecimento for superior ao empobrecimento, a restituição no valor correspondente ao enriquecimento geraria um enriquecimento do empobrecido; se o empobrecimento for superior ao enriquecimento, a restituição do valor do empobrecimento inverteria a situação, fazendo com que o enriquecido fosse empobrecido.²⁴⁷

Contudo, a utilização dessa teoria, que por muito tempo predominou na doutrina, mostra-se indevida. A um, porque confunde os perfis funcionais do enriquecimento sem causa, inclinado para a remoção do enriquecimento, com o da responsabilidade civil - esta, sim, voltada à reparação de danos.²⁴⁸ A dois, porque, consoante já asseverado, o empobrecimento não subsiste como um dos requisitos da cláusula geral do dever de restituir. Assim, não estando o empobrecimento presente em todas as modalidades de enriquecimento, como ocorre nos casos de enriquecimento por intromissão²⁴⁹, o objeto da restituição não deve a ele estar atrelado.

Excluído o limite do empobrecimento, tem-se que o enriquecimento é a base para a quantificação, devendo ser verificados os critérios para a sua quantificação. Conforme já

²⁴⁶ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil e Enriquecimento Sem Causa: O Lucro da Intervenção**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 126-127

²⁴⁷ HILDEBRAND, Lucas Fajardo Nunes. **Pressupostos da Obrigação de Restituir o Enriquecimento sem Causa no Código Civil Brasileiro**. 2010. 209f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-01082011-154849/pt-br.php>. Acesso em: 10 set. 2019, p. 80.

²⁴⁸ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil e Enriquecimento Sem Causa: O Lucro da Intervenção**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 126

²⁴⁹ Cf. Capítulo 4, item 4.2.2 desta monografia.

analisado, a concepção de enriquecimento não está restrita ao valor objetivo do bem ou direito, podendo englobar todos as vantagens patrimoniais obtidas em razão da intromissão.²⁵⁰ Porém, a extensão desse *quantum* a ser restituído carece de critérios legais específicos à cláusula geral de enriquecimento sem causa.

A despeito disso, pode-se apontar como um dos critérios de cálculo a boa-fé ou a má-fé subjetiva do interventor, embora não haja expressiva coincidência doutrinária no ponto. Nos casos em que o intromissor tenha agido de boa-fé, a exemplo do caso da caverna supra referido, em que o indivíduo que a explorava o fazia parcialmente em terreno alheio, sem que ele próprio disso tivesse conhecimento, alguns autores sugerem que a restituição fique restrita ao enriquecimento objetivo. Essa avaliação não decorreria necessariamente de uma prova da ciência da antijuridicidade, podendo ser observada à luz de um “dever saber” mais objetivo.²⁵¹

Por outro lado, Paolo Gallo sustenta que a melhor solução é dividir os lucros de forma proporcional entre o interventor e a vítima, levando em considerações todos os fatores que geraram o lucro, salvo em determinadas situações. Como exemplos das exceções, em que haveria a imposição de uma obrigação de restituir o lucro na integralidade, esse autor cita o registro de uma patente de invenção por alguém que gozava da confiança do inventor e a utilização desautorizada da imagem de uma pessoa famosa por uma empresa.²⁵²

Rodrigo da Guia Silva, por sua vez, defende a utilização dos critérios subjetivos de má-fé e boa-fé em analogia às previsões legais de hipóteses específicas restitutórias em que se considera esse critério, como se vê, por exemplo, nas normas que disciplinam os efeitos da posse em relação às benfeitorias. Apesar de tal utilização analógica ter o mérito de promover a concretização da cláusula geral do dever de restituir, em conformidade com critérios expressamente adotados pelo legislador em espécies específicas de restituição, o autor reconhece que essa proposição teórica apresenta riscos subjacentes, pois a expansão imoderada da relevância da má-fé subjetiva poderia consagrar propósitos punitivos no interior do enriquecimento sem causa. Assim, alternativamente, aponta que o critério subjetivo do interventor pode ser considerado como mais um indício da justiça ou injustiça do enriquecimento.²⁵³

²⁵⁰ Cf. Capítulo 3, item 4.2.1 desta monografia.

²⁵¹ KONDER, Carlos Nelson. Dificuldades de uma abordagem unitária do lucro da intervenção. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, v. 13, n. 4, p. 231-248, out. 2017, p. 238.

²⁵² SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil e Enriquecimento Sem Causa: O Lucro da Intervenção**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 127

²⁵³ SILVA, Rodrigo da Guia. **Enriquecimento sem causa: As obrigações restitutórias no direito civil**. 1. ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018, p. 330.

A título de exemplo, vale mencionar o *Restatement Third of Restitution and Unjust Enrichment*. Trata-se de documento elaborado por juristas do American Law Institute (ALI), organização independente de juízes, advogados e acadêmicos que visa a modernizar e a desenvolver o Direito norte-americano. Em suas regras relacionadas ao objeto da restituição, o *Restatement* dispõe que o seu valor dependerá da culpabilidade da conduta do réu. Um interventor consciente, ao violar os direitos de propriedade intelectual ou outros bens imateriais, deverá restituir todos os lucros decorrentes da intervenção. Por outro lado, aquele que não age de má-fé deverá responder apenas pelo valor objetivo do enriquecimento, calculado de acordo com o *royalty* ou o preço razoável de licença.²⁵⁴

Para além disso, o pressuposto de “obtenção à custa de outrem” também desempenha papel central na definição do *quantum debeatur*.²⁵⁵ Como analisado anteriormente²⁵⁶, o direito de propriedade, os direitos sobre bens imateriais e os próprios direitos de personalidade reservam para o seu titular o respectivo aproveitamento econômico. Desse modo, toda a utilidade desses bens está reservada ao seu titular.²⁵⁷ De outro lado, há que se considerar que o interventor, em alguns casos, contribui para a produção de lucros, o que, para alguns autores, deve ser protegido, já que a produção de novas riquezas tem uma função social, que deve ser encorajada.²⁵⁸

Diante desses dois aspectos, a solução mais adequada parece ser a sua conjugação, a partir do que se considera como obtido à custa de outrem. Entre outros critérios já aventados na doutrina, destaca-se o do nexo de causalidade entre o enriquecimento e o patrimônio alheio explorado. Originalmente, a doutrina alemã baseava-se na teoria da equivalência dos antecedentes (ou teoria da *conditio sine qua non*), concluindo pela restituição do lucro obtido pelo interventor em sua totalidade. No entanto, em semelhança ao que ocorre na responsabilidade civil, essa teoria não prevaleceu, pois redundaria na restituição de toda e qualquer vantagem obtida pelo interventor a partir daquele bem ou direito, ainda que em remota posição de uma extensa cadeia causal. Diante disso, preponderaram as proposições que

²⁵⁴ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil e Enriquecimento Sem Causa: O Lucro da Intervenção**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 134.

²⁵⁵ SCHREIBER, Anderson; SILVA, Rodrigo da Guia. Aspectos relevantes para a sistematização do lucro da intervenção no direito brasileiro. **Pensar**, Fortaleza, v. 23, n. 4, p. 1-15, out.2018, p. 12.

²⁵⁶ Cf. Capítulo 4, item 4.2.2., desta monografia

²⁵⁷ NANNI, Giovanni Ettore. **Enriquecimento sem causa**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 292.

²⁵⁸ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil e Enriquecimento Sem Causa: O Lucro da Intervenção**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 128.

perquirem o grau de contribuição causal da conduta própria do interventor e do direito ou bem explorado na cadeia de produção do lucro da intervenção.²⁵⁹

No mesmo sentido, Michelin aduz que a determinação desse valor a ser restituído conforme o grau de contribuição para o resultado final é complexa, mas que alguns parâmetros podem ser estabelecidos:²⁶⁰

Em primeiro lugar, o conteúdo da destinação econômica de um bem (para além do próprio valor de troca do bem) não pode ser estabelecido em abstrato. Ao proprietário são deixadas diversas opções sobre como integrar o bem em um processo produtivo (e a mesma opção, nos limites da lei, de integrá-lo ou não em um processo produtivo). Essas diversas formas de integração do bem a critérios produtivos podem revelar diferentes conteúdos de destinação econômica do bem. Por essa razão, o conteúdo da destinação não pode ser determinado abstratamente, mas apenas em um processo produtivo concreto. Ou seja: a pergunta a ser feita pelo aplicador da lei não é “qual o conteúdo de destinação econômica de folhas de papel?”, mas “qual a contribuição econômica dessas folhas de papel no processo produtivo em que foram efetivamente inseridas?”. (...) Somente por meio da análise econômica da contribuição relativa dos diversos bens empregados no processo produtivo poderá o julgador chegar a uma correta conclusão sobre qual parcela do lucro foi efetivamente obtida “à custa” dos bens de “outrem”.

Com isso, tenta-se harmonizar a repressão da intervenção em bens e direitos alheios com a promoção do valor social do trabalho, alcançando ao final aquilo que se reputa por obtido à custa de outrem.²⁶¹ Restitui-se, portanto, apenas a parte que seja imputável economicamente aos bens jurídicos alheios, já que a produção de riquezas que decorra da conduta própria do interventor não pode ser reputada como obtida a partir do patrimônio alheio. Essa solução, ressalte-se, não exclui a consideração do critério subjetivo.²⁶²

Ilustrativamente, destaca-se caso norte-americano em que, a despeito das regras do *Restatement*, esse entendimento prevaleceu, por refletir uma solução mais justa ao caso concreto:²⁶³

A e B negociaram um contrato para que B pudesse explorar no cinema a peça teatral escrita por A. O preço que vinha sendo negociado para aquisição daqueles direitos autorais era de US\$ 30.000,00 (trinta mil dólares norte-americanos), mas as negociações foram interrompidas antes que as partes chegassem a um consenso. Mesmo assim, B utilizou parte da peça escrita por A no filme que produziu, o qual

²⁵⁹ SILVA, Rodrigo da Guia. **Enriquecimento sem causa**: As obrigações restitutórias no direito civil. 1. ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018, p. 327-328.

²⁶⁰ MICHELON JR., Cláudio. **Direito Restitutivo**: Enriquecimento sem Causa; Pagamento Indevido; Gestão de Negócios. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 247-248.

²⁶¹ SILVA, Rodrigo da Guia. **Enriquecimento sem causa**: As obrigações restitutórias no direito civil. 1. ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018, p. 328.

²⁶² SCHREIBER, Anderson; SILVA, Rodrigo da Guia. Aspectos relevantes para a sistematização do lucro da intervenção no direito brasileiro. **Pensar**, Fortaleza, v. 23, n. 4, p. 1-15, out. 2018, p. 12.

²⁶³ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil e Enriquecimento Sem Causa**: O Lucro da Intervenção. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 136.

gerou lucro líquido de US\$ 587.604,00 (quinhentos e oitenta e sete mil, seiscentos e quatro dólares norte-americanos) para aquele.

O tribunal de primeira instância entendeu que B “roubou” conscientemente a peça e que isso constituiu plágio deliberado. Por entender-se vinculado a um precedente jurisprudencial, o juiz de primeira instância condenou B a restituir todo o lucro obtido com a produção cinematográfica, apesar de acreditar, pessoalmente, que o resultado seria punitivo e injusto.

Em segunda instância, a decisão foi reformada para determinar a partilha dos lucros obtidos, levando em consideração a contribuição de cada um para a sua obtenção, do interventor com o desenvolvimento do filme e os investimentos correlatos e do titular dos direitos autorais, com a criação da peça. Assim, o tribunal decidiu que A deveria receber 20% (vinte por cento) dos lucros totais obtidos pelo interventor, tendo a suprema corte americana confirmado esta decisão de segunda instância.

A comprovação da extensão da contribuição do interventor é delicada, mas não pode ser rejeitada de plano. Trata-se, conforme Carlos Nelson Konder, de ônus a ser imposto ao interventor. Nesse sentido, a partir das provas por ele produzidas, o julgador terá certa discricionariedade na avaliação, dentro das balizas dos enriquecimentos real e patrimonial.²⁶⁴

Outrossim, outra questão relevante é a possibilidade de cumulação entre as obrigações restitutória e reparatória. As parcelas ressarcitória e restitutória remetem a institutos que são funcionalmente distintos e que podem coexistir em uma mesma situação fática. Logo, essas parcelas poderão coexistir sempre que houver um dano injusto a indenizar e um enriquecimento injusto a restituir.²⁶⁵

Essa discussão já havia sido tangenciada quando da análise do Art. 886 do Código Civil²⁶⁶, que estabelece a subsidiariedade do enriquecimento sem causa. Como visto, essa regra não deve ser interpretada de forma absoluta, possibilitando que a ação fundada na vedação ao enriquecimento sem causa seja utilizada quando o outro meio, no caso a responsabilidade civil, não promova efetivamente a restituição do enriquecimento.²⁶⁷

Assim, tem-se que as pretensões ressarcitória e restitutória são cumuláveis, porque autônomas, mas devem ser pretensões relacionadas, uma vez que o enriquecimento só deve ser restituído na medida em que já não tiver sido indiretamente removido por meio da ação indenizatória. Com isso, evita-se também a associação de qualquer desses institutos a uma função punitiva. De fato, nos casos de lucro da intervenção, só é lógico falar em lucro quando o montante porventura desembolsado à título de indenização tiver sido previamente abatido.

²⁶⁴ KONDER, Carlos Nelson. **Dificuldades de uma abordagem unitária do lucro da intervenção**. Revista de Direito Civil Contemporâneo, São Paulo, v. 13, n. 4, p. 231-248, out. 2017, p. 238.

²⁶⁵ SILVA, Rodrigo da Guia. **Enriquecimento sem causa**: As obrigações restitutórias no direito civil. 1. ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018, p. 317-318.

²⁶⁶ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 28 out. 2019.

²⁶⁷ Cf. Capítulo 4, item 4.3 desta monografia.

Além da indenização, para alcançar-se o lucro, seria necessário o abatimento de todas as despesas do valor do faturamento.²⁶⁸

Esse abatimento decorre do próprio conceito de lucro. Quando o bem ou direito explorado for incorporado em uma cadeia produtiva, o seu produto final terá um preço, cuja soma por vendas representará o faturamento. O preço pode ser apresentado a partir de quadro componentes: custos (gastos produtivos ou incorporados no produto), despesas (gastos não incorporados, como gastos financeiros, administrativos, comerciais), impostos e o lucro (remuneração do empresário).²⁶⁹ Assim, a identificação do lucro depende do prévio abatimento dos demais componentes. Em um caso de utilização desautorizada de direito de imagem em campanha publicitária, por exemplo, não seria correto obrigar o interventor a restituir todo o montante de seu faturamento, já que o produto ou serviço cuja venda foi favorecida pelo uso da imagem possui outros componentes de preço que não o lucro; caso contrário, estar-se-ia determinando o alcance de verba superior ao enriquecimento, o que não é compatível com a função restitutória do enriquecimento sem causa.

Nesse contexto, expostas as problematizações sobre a quantificação do objeto da restituição, apresenta-se a solução que, segundo Savi, deve ser utilizada nos casos de lucro da intervenção. A regra geral para determinar o objeto da restituição seria utilizar o enriquecimento patrimonial inicialmente; após, o juiz verificaria o grau de contribuição de cada um dos partícipes no montante final, a ser partilhado de forma proporcional, o que transferirá ao titular do direito o lucro obtido à sua custa. Essa partilha proporcional, entretanto, nunca poderá conferir ao titular do direito menos do que o preço de mercado do bem ou do uso. A essa regra, haveria apenas uma exceção: quando comprovado que o interventor agiu de boa-fé, a restituição deve limitar-se ao enriquecimento real.²⁷⁰

Ante o exposto, observa-se que os requisitos da cláusula geral do Art. 884 do Código Civil²⁷¹ não são importantes somente para a deflagração do dever de restituir, mas também têm relevância quando da quantificação do objeto da restituição. O *quantum* restitutivo depende, basicamente, do tratamento conferido ao enriquecimento e à obtenção à custa de outrem. Porém, sendo esta temática bastante incipiente, não é possível alcançar uma conclusão que se pretenda

²⁶⁸ SILVA, Rodrigo da Guia. **Enriquecimento sem causa**: As obrigações restitutórias no direito civil. 1. ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018, p. 324-325.

²⁶⁹ BRUNI, Adriano Leal. **A administração de custos, preços e lucros**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 173.

²⁷⁰ O autor destaca que a solução tem por base a aplicação analógica das orientações extraídas dos artigos 1.214 e 1.272 do Código Civil, que tratam dos regimes de partilha dos frutos no caso do possuidor de boa-fé e da acessão de móvel a móvel. (SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil e Enriquecimento Sem Causa**: O Lucro da Intervenção. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 140).

²⁷¹ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 29 out. 2019.

definitiva, razão pela qual, no presente tópico, apenas foram apresentados alguns contornos possíveis à delimitação do objeto da restituição. Além disso, diante da heterogeneidade de casos, uma maior racionalidade e previsibilidade dependerão do desenvolvimento de parâmetros específicos a cada tipo de casos (direito de imagem, direito de propriedade, inadimplemento contratual), tanto no âmbito doutrinário, quanto no âmbito jurisprudencial.²⁷²

Embora sejam poucas as decisões jurisprudenciais que até o momento quantificaram a restituição em um caso envolvendo lucro da intervenção, cumpre destacar decisão recente do Superior Tribunal de Justiça em que houve análise dessa questão. Trata-se do Resp. n.º 1.698.701/RJ, de relatoria do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em outubro de 2018.²⁷³

Em breve resumo, Giovanna Antonelli propôs ação de indenização em razão do uso não autorizado de seu nome e da sua imagem em campanha publicitária veiculada por Dermo Formulações Farmácia Manipulada Ltda. – ME, postulando, além de danos patrimoniais a serem calculados com base em trabalhos semelhantes já realizados pela autora, a restituição de todos os benefícios econômicos que a parte ré auferiu na venda dos produtos atrelados ao seu nome e à sua imagem.²⁷⁴

A parte ré foi revel, sobrevivendo decisão de procedência dos pedidos, determinando, no que interessa ao presente estudo, que a ré indenize a autora “com o valor que se obteria pela utilização autorizada da sua imagem, valor a ser apurado em sede de liquidação de sentença, bem como a indenizá-la no valor de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) por danos morais”. Opostos embargos declaratórios pela autora, o magistrado singular acolheu em parte os declaratórios, afastando a pretensão de restituição de todos os benefícios econômicos obtidos com a venda dos produtos.²⁷⁵ Em segundo grau, o Tribunal local deu provimento à apelação de Giovanna, para:²⁷⁶

²⁷² KONDER, Carlos Nelson. **Dificuldades de uma abordagem unitária do lucro da intervenção**. Revista de Direito Civil Contemporâneo, São Paulo, v. 13, n. 4, p. 231-248, out. 2017, p. 239.

²⁷³ BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. **Recurso Especial n.º 1.698.701/RJ**. Recorrente: Giovanna Antonelli. Recorrida: Dermo Formulações Farmácia De Manipulação Ltda. - Me. Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgado em: 02/10/2018. DJe: 08/10/2018.

²⁷⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 1.698.701/RJ**. Recorrente: Giovanna Antonelli. Recorrida: Dermo Formulações Farmácia De Manipulação Ltda.; ME. Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgado em: 02/10/2018. DJe: 08/10/2018.

²⁷⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 1.698.701/RJ**. Recorrente: Giovanna Antonelli. Recorrida: Dermo Formulações Farmácia De Manipulação Ltda.; ME. Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgado em: 02/10/2018. DJe: 08/10/2018.

²⁷⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 1.698.701/RJ**. Recorrente: Giovanna Antonelli. Recorrida: Dermo Formulações Farmácia De Manipulação Ltda.; ME. Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgado em: 02/10/2018. DJe: 08/10/2018.

condenar a ré a restituir à autora o montante correspondente ao lucro da intervenção, este fixado no percentual que ora se arbitra em 5% (cinco por cento) sobre o volume de vendas do produto DETOX (DOC 02 - índices 6e 7), baseado no seu preço de comercialização (preço de saída da mercadoria da fábrica), no período compreendido entre o início da lesão (associação do referido produto à imagem da demandante) e a cessação da circulação da propaganda indevida, tudo a ser apurado em fase de liquidação de sentença; bem como majorar o quantum reparatório a título de danos morais para R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais)

Nas razões recursais do Recurso Especial, a autora aduz que o Tribunal não poderia ter simplesmente arbitrado de forma aleatória um percentual sobre o volume de vendas, devendo, em razão da regra que veda o enriquecimento sem causa, ser restituído todo o acréscimo patrimonial obtido pela parte ré à custa da utilização indevida do seu nome e da sua imagem, sem nenhuma limitação.²⁷⁷

Após análise do direito de imagem, do enriquecimento sem causa e do lucro da intervenção, o Relator passa à quantificação do lucro da intervenção. Aponta que, na prática, a regra geral sugerida por Sérgio Savi ainda é demasiadamente genérica, já que a maior dificuldade reside na aferição do grau de contribuição de cada um dos partícipes da relação. Refere que é absolutamente improvável que a ré tenha agido de boa-fé e que o Tribunal de origem acertou ao considerar todos os custos de produção, como insumos, instalações, equipamentos, pessoal, distribuição, entre outros, quando do arbitramento, uma vez que o nome e a imagem da autora foram inseridos em processo produtivo, que contém bens e qualidades pessoais do próprio interventor.²⁷⁸

No entanto, destaca que, se o percentual arbitrado de forma aleatória sobre o produto do volume de vendas ainda for vantajoso economicamente para o interventor, pouco ou nenhum será o efeito do provimento jurisdicional. Assim, conclui que a fixação do percentual deve ser deixada ao arbítrio de um perito, já que tal questão escapa às regras de experiência comum do magistrado. Como critérios, estabelece que o arbitramento deve ser realizado com base no lucro patrimonial, limitado ao período em que ocorreu a intervenção, conforme o grau de contribuição de cada uma das partes e distribuindo o lucro de forma proporcional. Sugere, por fim, que a análise pericial seja voltada ao incremento das vendas do produto, para “aferir em que

²⁷⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 1.698.701/RJ**. Recorrente: Giovanna Antonelli. Recorrida: Dermo Formulações Farmácia De Manipulação Ltda.; ME. Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgado em: 02/10/2018. DJe: 08/10/2018.

²⁷⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 1.698.701/RJ**. Recorrente: Giovanna Antonelli. Recorrida: Dermo Formulações Farmácia De Manipulação Ltda.; ME. Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgado em: 02/10/2018. DJe: 08/10/2018.

proporção a exploração desautorizada da imagem da autora influenciou no lucro obtido pelo interventor”.²⁷⁹

Essa decisão representa importante avanço na utilização do instituto do enriquecimento sem causa para os casos de uso não autorizado de imagem alheia. Anteriormente, tal situação fática costumava ensejar apenas o recurso à pretensão indenizatória, tendo sido, inclusive, editada a Súmula n.º 403 do Superior Tribunal de Justiça: “Independente de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada da imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais”. Se a Súmula se limitasse a dispensar a prova do dano moral nos casos de publicação vexatória ou ofensiva, não haveria maiores problemas. Ocorre que, a partir de tal texto, dispensa-se também a prova do dano material sem qualquer razão dogmática, visto que a publicação pode gerar inclusive benefícios ao seu titular.²⁸⁰

Um dos casos que suscitou polêmica foi o Resp. 267.529/RJ, em que a imagem de um corretor de seguros foi utilizada sem a sua autorização por uma empresa corretora de seguros. Mesmo reconhecendo que a vítima foi beneficiada pela publicação não autorizada, os Ministros, por maioria, condenaram a empresa ao pagamento de cem salários mínimos, aos argumentos de que “o dano é a própria utilização indevida da imagem com fins lucrativos, sendo dispensável a demonstração do prejuízo material ou moral” e que “a utilização da imagem do cidadão, com fins econômicos, sem a sua devida autorização, constitui locupletamento indevido, ensejando indenização”.²⁸¹ Com isso, vê-se que há uma confusão entre as pretensões ressarcitória e restitutória, pois, mesmo diante da ausência de danos e da comprovação de produção de benefícios à vítima, determinou-se o pagamento de indenização, quando, na verdade, a imposição de uma obrigação restitutória seria a solução mais adequada.

Assim, é vital que o instituto do enriquecimento sem causa conquiste mais espaço na prática jurídica, visto que a baixa atenção a ele conferida acarreta distorções dogmáticas. Ademais, no que tange à quantificação do objeto da restituição, a perspectiva é que, conforme o instituto venha a ser mais utilizado em nosso Poder Judiciário, essa questão possa ser melhor delineada. A decisão concernente à violação de direitos de Giovanna Antonelli, desse modo, é

²⁷⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 1.698.701/RJ**. Recorrente: Giovanna Antonelli. Recorrida: Dermo Formulações Farmácia De Manipulação Ltda.; ME. Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgado em: 02/10/2018. DJe: 08/10/2018.

²⁸⁰ HILDEBRAND, Lucas Fajardo Nunes. **Pressupostos da Obrigação de Restituir o Enriquecimento sem Causa no Código Civil Brasileiro**. 2010. 209f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-01082011-154849/pt-br.php>. Acesso em: 10 set. 2019, p. 177.

²⁸¹ BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. **Recurso Especial n.º 267.529/RJ**. Recorrente: Icatu Hartford Seguros S/A. Recorrido: Genivaldo De Oliveira Lins. Relator Ministro Sálvio De Figueiredo Teixeira. Julgado em: 03/10/2000. DJe: 18/12/2000.

bastante relevante, pois inova o tratamento conferido no Superior Tribunal de Justiça aos casos de uso não autorizado de imagem, bem como estabelece certos critérios e determinações para a quantificação do objeto da restituição do lucro da intervenção.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho investigou as possibilidades de enquadramento dogmático do lucro da intervenção no Direito brasileiro. A remoção do lucro da intervenção se justifica em razão dos princípios da solidariedade e da conservação estática do patrimônio. Desse modo, buscou-se analisar (i) se, (ii) a que título e (iii) em qual medida pode o lucro da intervenção ser removido do patrimônio do interventor com base no direito brasileiro.

Consoante a exposição realizada, tem-se que o nosso ordenamento jurídico apresenta instituto capaz de resolver adequadamente a problemática do lucro da intervenção: o enriquecimento sem causa. Trata-se de instituto submetido ao regime geral restitutivo que possibilita a remoção do lucro auferido a partir da intervenção não autorizada em bens ou direitos alheios, conclusão que restou obtida a partir de sua análise tanto funcional quanto estrutural.

Inicialmente, com base na análise funcional das obrigações, identificaram-se três regimes gerais obrigacionais, a partir da diversidade de interesses tutelados. Em suma, tais fontes e suas funções podem ser assim expressas: as obrigações negociais nascem de negócios jurídicos e contam com função distributiva, ou negocial; as obrigações de responsabilidade civil decorrem da prática de atos danosos e apresentam função indenizatória; as obrigações de restituir o enriquecimento sem causa advém do aproveitamento indevido de bens ou outros valores de outrem e desempenham função restitutória.

A partir dessa divisão fundamental das obrigações, passou-se à análise da compatibilidade da remoção do lucro da intervenção com tais regimes obrigacionais. Residindo o problema do lucro da intervenção justamente na ausência de supedâneo do proveito financeiro em um acordo de vontades, afastou-se a inserção desse fenômeno no regime negocial, por incompatibilidade funcional.

Por outro lado, aparentemente, a questão poderia se resolver quer à luz da responsabilidade civil, quer à luz do enriquecimento sem causa, já que tais categorias apresentam algumas semelhanças estruturais, além de aproximarem-se em sua função geral – ambas, em algum grau, visam à restauração da situação ao *status quo ante* ao dano ou ao locupletamento indevido. Entretanto, a análise funcional permite a sua diferenciação a partir de suas funções específicas, que denotam uma divergência significativa de foco. Enquanto o enriquecimento sem causa está centrado no ofensor, a fim de promover a restauração do seu patrimônio ao estado anterior à ocorrência do fato gerador do enriquecimento injustificado, a responsabilidade civil centra-se na vítima, focando na reparação do dano injusto a ela causado.

Apesar dessa diferenciação, persistiu a necessidade de uma análise mais pormenorizada desses dois institutos, já que ambos são apontados, por diferentes autores, como o *locus* adequado para o enquadramento do lucro da intervenção. De mesmo modo, verificou-se que a questão do enquadramento também é objeto de dissenso jurisprudencial. Assim, passou-se a uma investigação mais específica dos institutos e seus pressupostos.

À luz da responsabilidade civil, a remoção do lucro da intervenção esbarra em uma limitação decorrente da leitura do Art. 944 do Código Civil, segundo o qual a indenização mede-se pela extensão do dano. Ainda assim, tentando dar uma resposta a casos em que exsurge um sentimento de injustiça, de insuficiência da função reparatória da responsabilidade civil, alguns autores e parte da jurisprudência buscam resolver o problema do lucro da intervenção com base na responsabilidade civil, seja por uma releitura de seus pressupostos, seja por uma expansão funcional do instituto. Contudo, demonstrou-se que tais concepções não devem prosperar.

Em primeiro lugar, refutou-se a teoria da responsabilidade civil sem dano, segundo a qual deveria ser abandonada a concepção meramente reparatória do instituto, que passaria atuar em uma gestão preventiva direta dos danos ou, ainda, na responsabilização baseada na mera conduta. No entanto, o dano figura como o pressuposto central do instituto, conforme se verifica especialmente nos Arts. 186 e 927 do Código Civil, o que não pode ser desconsiderado. Além disso, destacou-se que a gestão de danos não necessita ficar adstrita ao ramo da Responsabilidade Civil, que se vocacionou historicamente para a repressão do dano, não sendo recomendável a sua expansão extraordinária nem a incorporação de consequências que são estranhas à sua função e à sua estruturação.

Depois, o enquadramento do lucro da intervenção no âmbito da responsabilidade civil com base na compreensão de que a restituição dos lucros ilícitos seria uma terceira forma de reparação dos danos é bastante criticável. Essa linha de entendimento parece ter refletido na redação do Art. 210, II, da Lei 9.279/96, que prevê “os benefícios que foram auferidos pelo autor da violação do direito” como um dos critérios de cálculo dos lucros cessantes. Entretanto, conforme analisado, a utilização do lucro da intervenção como parâmetro para o cálculo dos lucros cessantes representa uma ficção jurídica atécnica, já que pressupõe que as organizações produtivas da vítima e do ofensor apresentariam correspondência. Ademais, essa ficção desvirtua a natureza jurídica dos lucros cessantes, porquanto a verba quantificada com base nesse critério apresenta nítido caráter restitutivo.

Para além disso, verificou-se haver uma tendência judicial de resolver a problemática do lucro da intervenção por intermédio dos lucros cessantes. Tal prática, contudo, equivale a

admitir a existência fictícia de um contrato entre o interventor e o proprietário dos direitos violados, o que corresponde a uma perda generalizada da eficácia das vias negociais de aquisição de direitos, fenômeno conhecido como “curto circuito do contrato”. Assim, demonstradas também as diferenças entre o lucro da intervenção e os lucros cessantes, tem-se que esses conceitos não são compatíveis, de modo que a solução de casos de lucro da intervenção no âmbito da responsabilidade civil, utilizando os lucros cessantes, não é adequada.

Por fim, há quem defenda a incorporação pela responsabilidade civil de uma função punitiva, o que, com a não limitação do montante condenatório à extensão do dano, representaria uma abertura para o enquadramento do lucro da intervenção. A despeito disso, com base na análise realizada, entendeu-se que os *punitive damages* não são compatíveis com nosso ordenamento jurídico atual, especialmente porque utilizar a função punitiva na responsabilidade civil sem prévia cominação legal seria uma ofensa ao princípio da legalidade. Outrossim, em relação às decisões judiciais que reconhecem certo caráter punitivo na indenização por danos morais, ainda que de forma velada, estas também não representam uma solução aos casos de lucro da intervenção, uma vez que o arbitramento de danos morais deveria ficar restrito a critérios próprios da responsabilidade civil.

Assim, entende-se que a responsabilidade civil não é o *locus* adequado à resolução da problemática do lucro da intervenção. A responsabilidade civil é um dos institutos mais importantes de pacificação social, pois guarda atenção às mudanças ocorridas na sociedade. Desse modo, é natural que, em casos de lucro da intervenção, em que a mera indenização no valor do dano seja vista como uma injustiça diante das circunstâncias do caso concreto, haja uma tentativa de reinterpretação do instituto, a fim de que tais hipóteses possam ser com base nele solucionadas. Essa tendência, hodiernamente, pode ser observada nas propostas de flexibilização do nexa causal. No entanto, em relação à problemática em comento, as ideias apresentadas para um possível enquadramento do lucro da intervenção não podem ser acolhidas, já que representam uma alteração estrutural incompatível com o direito da responsabilidade civil atualmente positivado.

Ademais, não é necessário realizar interpretações forçadas ou desnaturalizantes da responsabilidade civil para que o problema do lucro da intervenção possa ser solucionado, pois, como visto, o enriquecimento sem causa, instituto não tão utilizado em nosso país, se afigura compatível estrutural e funcionalmente com a remoção do locupletamento obtido na intervenção em bens ou direitos alheios.

Sob a égide do Código Civil de 1916, o Direito brasileiro carecia de uma estrutura legislativa concernente ao enriquecimento sem causa, o que dificultava o seu desenvolvimento.

Porém, desde a positivação do instituto do enriquecimento sem causa no Código Civil, com a previsão de uma cláusula geral do dever de restituir (Art. 884 desse diploma), não há mais divergências doutrinárias sobre a consideração do enriquecimento sem causa como fonte autônoma de obrigações. Assim, analisou-se cada um dos requisitos da cláusula geral do dever de restituir, para verificar a possibilidade de enquadramento do lucro da intervenção neste âmbito.

Para a deflagração do dever de restituir, deve estar presente o enriquecimento, que consiste em uma vantagem patrimonial na forma de incremento do ativo, diminuição do passivo ou poupança de despesas. Consoante investigado, de acordo com a leitura contemporânea majoritária, o conceito de enriquecimento não está adstrito a uma concepção real em seu sentido tradicional, segundo a qual ele abarcaria apenas o valor objetivo das vantagens reais obtidas, impedindo, assim, a remoção do lucro que extrapolasse o valor objetivo do bem ou direito alheio explorado. Na verdade, prevalece o entendimento de que, para perquirir a vantagem patrimonial indevidamente auferida, deve-se utilizar também o conceito patrimonial de enriquecimento, para, assim, considerar todas as atribuições patrimoniais efetivamente auferidas, com base em uma avaliação concreta da repercussão da vantagem no patrimônio do enriquecido.

Além disso, esse enriquecimento deve ter sido obtido à custa de outrem. A teoria do deslocamento patrimonial, segundo a qual a pretensão restitutória dependeria de uma deslocação patrimonial direta entre o enriquecido e o empobrecido, é incompatível com os casos de lucro da intervenção, em que não há uma correlação necessária entre a produção de um enriquecimento e de um empobrecimento (ou dano). No entanto, a teoria que prevalece atualmente para a interpretação desse requisito é a teoria da destinação jurídica dos bens, cuja adoção permite a solução dos casos de enriquecimento por intromissão, já que, nesses casos, faz-se presente a ingerência indevida no conteúdo da destinação dos bens ou direitos alheios.

Ainda, o enriquecimento obtido à custa de outrem, para deflagrar uma obrigação restitutória, deve carecer de uma justa causa. Esse requisito consiste não apenas na ausência não de título jurídico idôneo, mas também na ausência de contrariedade para com o ordenamento jurídico como um todo, em atenção aos princípios que norteiam o sistema. Nos casos de lucro da intervenção, é precisamente em razão da falta de autorização conferida pelo titular do bem ou direito que o locupletamento se afigura indevido, de modo que este requisito também está presente nessas hipóteses.

Assim, a partir do conteúdo de cada requisito analisado, verifica-se haver compatibilidade entre os casos em que há lucro da intervenção e os requisitos da cláusula geral

de vedação ao enriquecimento sem causa, porquanto o interventor obtém lucro (enriquecimento) a partir da exploração de bens e direitos alheios (à custa de outrem) sem a autorização do seu titular (sem justa causa).

Não obstante, o enquadramento do lucro da intervenção no âmbito do enriquecimento sem causa é por vezes criticado com base no Art. 886 do Código Civil, que prevê a sua subsidiariedade. Apesar disso, conforme analisado, é possível a cumulação de pedidos restitutórios e ressarcitórios, uma vez que a leitura conferida a tal regra não deve ser absoluta. Com base em uma análise concreta da subsidiariedade, quando a cláusula geral do enriquecimento sem causa possa incidir concorrentemente sobre o suporte fático de outra fonte obrigacional, a regra subsidiária poderá ser utilizada, desde que o meio alternativo não seja concretamente suficiente para instrumentalizar a restituição do enriquecimento sem causa. Dessa forma, nos casos em que o enriquecimento por intromissão superar o prejuízo indenizado, além da responsabilidade civil, o ofendido poderá manejar ação de enriquecimento sem causa, a fim de promover a restituição do lucro da intervenção.

Ao final, buscando responder a terceira pergunta - em que medida deve ser removido o lucro da intervenção -, foram traçados alguns apontamentos sobre a quantificação do objeto da restituição. Observa-se que os requisitos da cláusula geral do Art. 884 do Código Civil não são importantes somente para a deflagração do dever de restituir, mas também têm relevância quando da quantificação do objeto da restituição.

Dentre os apontamentos realizados, destaca-se que não mais se sustenta a teoria do duplo limite, pois, como visto, o empobrecimento não pode ser considerado como um dos requisitos do dever de restituir. Ademais, em atenção ao aspecto da obtenção à custa de outrem, parece adequado, como regra geral, analisar o grau de contribuição do interventor e do titular do bem ou direito para o resultado final, de modo a harmonizar a repressão da intervenção em bens e direitos alheios com a promoção do valor social do trabalho. Excepcionalmente, também se afigura pertinente que o critério subjetivo da boa-fé seja considerado, reduzindo o montante restitutivo ao valor equivalente ao enriquecimento objetivo. Considerando a incipiência do tema na discussão doutrinária e jurisprudencial, tais apontamentos não devem ser tidos como definitivos, tratando-se apenas de uma tentativa de estabelecer certos parâmetros para o tratamento do tema.

Nesse contexto, conclui-se pela existência no Direito brasileiro de instituto capaz de solucionar a problemática do lucro da intervenção. O enriquecimento sem causa, instituto restitutivo, afigura-se compatível funcional e estruturalmente com a remoção do lucro da intervenção do patrimônio do interventor, com base na cláusula geral do dever de restituir

prevista no Art. 884 do Código Civil. Diante disso, é vital que tal instituto ganhe maior relevância na prática jurídica, para, de um lado, resolver adequadamente os casos em que o interventor obtém lucro com base na exploração não autorizada de bens ou direitos alheios e, de outro lado, evitar que a responsabilidade civil seja usada de forma inadequada, atécnica e distorcida, primando-se, assim, pelo respeito aos contornos de tais institutos obrigacionais.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. Notas da Responsabilidade Civil Sem Dano. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, v. 6, p. 89-103, jan. 2016.

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 18. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 11 out. 2019.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 10 out. 2019.

BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1 de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm. Acesso em: 17 set. 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996**. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9279.htm. Acesso em: 27 set. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 1.335.624/RJ**. Recorrente: Coca-Cola Indústrias LTDA. Recorrida: Confederação Brasileira de Futebol - CBF. Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgado em: 05/12/2013. DJe: 18/03/2014.

BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. **Recurso Especial n.º 1.497.769/RN**. Recorrente: Kerubino Procópio Lélío De Moura. Recorrida: Joventina Simões Oliveira. Relator Ministro Luís Felipe Salomão. Julgado em: 05/05/2016. DJe: 07/06/2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 1.698.701/RJ**. Recorrente: Giovanna Antonelli. Recorrida: Dermo Formulações Farmácia De Manipulação Ltda.; ME. Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgado em: 02/10/2018. DJe: 08/10/2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 100.764/RJ**. Recorrentes: Amildo de Abreu Chirol e outros. Recorridos: Confederação Brasileira de Futebol e Editora Abril S/A. Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Julgado em: 24/11/1997. DJe: 16/03/1998.

BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. **Recurso Especial n.º 267.529/RJ**. Recorrente: Icatu Hartford Seguros S/A. Recorrido: Genivaldo De Oliveira Lins. Relator Ministro Sálvio De Figueiredo Teixeira. Julgado em: 03/10/2000. DJe: 18/12/2000.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 764.735**. Recorrente: RBS Zero Hora Editora Jornalística S/A. Recorrido: Maitê Proença Gallo e outros. Relator: Ministro Honildo Amaral de Mello Castro. Julgado em: 05/11/2009. DJe: 22/02/2010.

BRUNI, Adriano Leal. **A administração de custos, preços e lucros**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

CALIXTO, Marcelo Junqueira. Reflexões em torno do conceito de obrigação, seus elementos e suas fontes. *In*: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Obrigações**: estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 1-28.

CARBONE, June. Back to the Future: Intellectual Property and the Rediscovery of Property Rights: and Wrongs. **St. Louis University Law Journal**, Saint Louis, v. 46, n. 1, p. 629-654, jan. 2002. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1314825. Acesso em: 13 nov. 2019.

CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. **Responsabilidade Civil Sem Dano**: Uma Análise Crítica: Limites epistêmicos a uma Responsabilidade Civil Preventiva ou Simples Conduta. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CASE TEXT. **Midler v. Ford Motor Co.** 22 jun. 1988. Disponível em: <https://casetext.com/case/midler-v-ford-motor-co>. Acesso em: 13 nov. 2019.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

CERVEIRA, Fernanda Pessoa. Enriquecimento sem causa: da legislação civil atual ao novo Código Civil. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 11, n. 44, p. 141-67, out./dez. 2002.

COELHO, Francisco Manuel Pereira. **O Enriquecimento e o Dano**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CORREA DE ANDRADE, André Gustavo. **Dano moral e indenização punitiva**. Dissertação (mestrado em Direito) – Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2003. Disponível em: http://www.estacio.br/mestrado/direito/dissertacao/trabalhos/andre_andrade.pdf. Acesso em: 11 nov. 2019.

COURT LISTENER. **Edwards v. Lee's Administrator**, 96 S.W.2d 1028. 5 jun. 1936. Disponível em: <https://www.courtlistener.com/opinion/3445641/edwards-v-lees-administrator/>. Acesso em: 8 out. 2019.

EDELMAN, James. The measure of Restitution and the Future of restitutionary damages. **Oxford Practitioner Law Series**, 2010. p. 4. Disponível em: <https://www.propertybar.org.uk/library>. Acesso em: 09 out. 2019.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Centro de Estudos Judiciários. **Jornada de Direito Civil**. 2003. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/i-jornada-de-direito-civil.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2019.

FROTA, Pablo Malheiros. **Imputação sem nexo causal e a responsabilidade por danos**. 2013. 275f. (doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/31777/R%20-%20T%20>

%20PABLO%20MALHEIROS%20DA%20CUNHA%20FROTA.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 29 set. 2019.

GATTAZ, Luciana de Godoy Penteado. Punitive Damages no Direito Brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 964, n. 1, p. 1-16, fev. 2016.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. Revisada, atual. e aumentada, de acordo com o Código Civil de 2002, por Eduardo Brito. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

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

HIBNER, Davi Amaral. **As tutelas dos direitos da personalidade no Código de processo civil**. 2019. 346f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal Do Espírito Santo, Vitória, 2019. Disponível em: http://repositorio.ufes.br/bitstream/10/11316/1/tese_13451_Disserta%C3%A7%C3%A3o-Vers%C3%A3o%20final.pdf. Acesso em: 05 nov. 2019.

HIGA, Flávio da Costa. **Responsabilidade Civil Punitiva**: Os "Punitive Damages" no Direito Brasileiro. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

HILDEBRAND, Lucas Fajardo Nunes. **Pressupostos da Obrigação de Restituir o Enriquecimento sem Causa no Código Civil Brasileiro**. 2010. 209f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

HOUDIUS, Edwound; JANSSEN, André. **Disgorgement of Profits**: Gain-Based Remedies throughout the World. 1. ed. Suíça: Springer, 2015.

JOSSERAND, Louis. Evolução da responsabilidade civil. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 86, p. 551-556, jun. 1941.

KONDER, Carlos Nelson. Dificuldades de uma abordagem unitária do lucro da intervenção. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, v. 13, n. 4, p. 231-248, out. 2017.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. **Direito das Obrigações**: Introdução da Constituição das Obrigações. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. **O enriquecimento sem causa no Direito Civil**: Estudo dogmático da configuração unitaria do instituto, face à contraposição entre as diferentes categorias do enriquecimento sem causa. 1. ed. Almedina: Coimbra, 2005.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: obrigações. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. v. II.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito civil**: obrigações em geral. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995. v. II.

MARTINS-COSTA, Judith. Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza de sua reparação. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, v. 19, p. 181-207, 2001.

- MENDONÇA, Manoel Ignácio Carvalho de. **Doutrina e prática das obrigações ou tratado geral dos direitos de crédito**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1956.
- MICHELON JR., Cláudio. **Direito Restitutivo**: Enriquecimento sem Causa; Pagamento Indevido; Gestão de Negócios. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- MICHELON, Claudio. Native Sources and Comparative Resources: Unjustified Enrichment in Brazil after the 2002 Civil Code. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 9, n. 1, p. 243-276, out. 2016.
- MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Curso de direito civil: direito das obrigações** (1ª parte). 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. O Princípio da Solidariedade *In*: PEREIRA, A. C. A; MELLO, C. R. D. D. A. (Orgs.). **Estudos em Homenagem a Carlos Alberto Menezes Direito**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 527-541.
- NANNI, Giovanni Ettore. **Enriquecimento sem causa**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.
- OLIVA, Milena Donato; RENTERÍA, Pablo. Autonomia privada e direitos reais: redimensionamento dos princípios da taxatividade e da tipicidade no direito brasileiro. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 5, n. 2, p. 1-19, 2016.
- OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. **Direito civil: obrigações**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- PELA, Juliana Krueger. “Inadimplemento Eficiente” (Efficient Breach) nos Contratos Empresariais. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS**, Porto Alegre, v. 11, n. 2, p. 77-88, dez. 2016. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/69111/39932>. Acesso em: 14 out. 2019.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 11. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016.
- PORTUGAL. Código Civil Português. **Decreto-Lei 47344, de 25 de novembro de 1966**. Disponível em: http://www.Superior Tribunal de Justiça.pt/ficheiros/fpSuperior Tribunal de Justiça/ptlp/portugal_codigocivil.pdf . Acesso em: 11 out. 2019.
- REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Apelação cível nº 0383190-62.2009.8.19.0001**. Apelante: Coca-Cola Indústrias LTDA e outros. Apelada: os mesmos. Relator: Desembargador Celso Ferreira Filho. Julgado em: 07/06/2011. DJe: 13/06/2011.
- RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Apelação Criminal n.º 0107626-90.2011.8.19.0001**. Recorrente: Área 21 Comércio De Roupas Ltda. Recorrido:

Espólio De Sebastião Rodrigues Maia. Rel. Des. Paulo Maurício Pereira. Julgado em: 15/05/2013. DJe: 20/05/2013.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação cível nº 70004439865**. Apelante: Maitê Proença Gallo. Apelada: Zero Hora Editora Jornalística S.A. Relator: Desembargador Jose Conrado Kurtz De Souza. Julgado em: 07/06/2011.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direitos das Obrigações**. 9. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

ROSENVOLD, Nelson. **A Responsabilidade Civil pelo Ilícito Lucrativo: O disgorgement e a indenização restitutória**. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

ROSENVOLD, Nelson. **As Funções da Responsabilidade Civil: A Reparação e a Pena Civil**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

ROSENVOLD, Nelson. **Você conhece o Disgorgement?** 11 set. 2015. Disponível em: <https://www.nelsonrosenvold.info/single-post/2015/11/10/Voc%C3%AA-conhece-o-Disgorgement>. Acesso em: 15 out. 2019.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da Reparação Integral: Indenização no Código Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil e Enriquecimento Sem Causa: O Lucro da Intervenção**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

SCHILLER, Cristiano O. S. B. O enriquecimento sem causa no contexto da teoria do fato jurídico. **Revista de direito privado**, v. 71, p. 279-291, nov. 2016.

SCHREIBER, Anderson. Arbitramento do dano moral no novo Código Civil. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 10, p. 16-38, 2002.

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

SCHREIBER, Anderson; SILVA, Rodrigo da Guia. Aspectos relevantes para a sistematização do lucro da intervenção no Direito brasileiro. **Pensar**, Fortaleza, v. 23, n. 4, p. 1-15, out. 2018.

SILVA, Rodrigo da Guia. Contornos do enriquecimento sem causa e da responsabilidade civil: estudo a partir da diferença entre lucro da intervenção e lucro cessantes.

Civilistica.com, Rio de Janeiro, v. 5, n. 2, p. 1-25, 2016. Disponível em: <http://civilistica.com/contornos-do-enriquecimento-sem-causa/>. Acesso em: 14 out. 2019.

SILVA, Rodrigo da Guia. **Enriquecimento sem causa: As obrigações restitutórias no direito civil**. 1. ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018.

SILVA, Rodrigo da Guia. Danos por privação do uso: estudo de responsabilidade civil à luz do paradigma do dano injusto. **Revista de Direito do Consumidor**. v. 107, p. 1-15, set./out. 2016.

STOCO, Rui. Responsabilidade Civil Sem Dano: Falácia e Contradição. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 975, p. 173-184, jan. 2017.

TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio Cruz. Considerações acerca da exclusão do lucro ilícito do patrimônio do agente ofensor. **Revista da Faculdade de Direito – RFD-UERJ**. Rio de Janeiro, n. 28, p. 1-24, dez. 2015.

THOMPSON FLORES LENZ, Carlos Eduardo. Considerações sobre a indenização por lucros cessantes. **Revista do Ministério Público**, Porto Alegre, n. 34, p. 90-93, 1995.

UNIVERSITY OF DENVER. **Midler v. Ford Motor Co.** 1988. Disponível em: <https://www.law.du.edu/documents/sports-and-entertainment-law-journal/case-summaries/1988-midler-v-ford-motor-co.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2019.

VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações em geral**. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2004. v. I.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Responsabilidade Civil por Descumprimento de Contrato Pressupostos e Quantum Indenizatório Adequado. **Revista dos Tribunais - Online**, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 291-310, out. 2012.