

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

VICTOR VILLANOVA VALENTE

**A COMPATIBILIDADE DO LUCRO DA INTERVENÇÃO COM OS INSTITUTOS
DA RESPONSABILIDADE CIVIL E DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA**

PORTO ALEGRE

2021

VICTOR VILLANOVA VALENTE

**A COMPATIBILIDADE DO LUCRO DA INTERVENÇÃO COM OS INSTITUTOS
DA RESPONSABILIDADE CIVIL E DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA**

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 Wesendonck

PORTO ALEGRE

2021

VICTOR VILLANOVA VALENTE

**A COMPATIBILIDADE DO LUCRO DA INTERVENÇÃO COM OS INSTITUTOS
DA RESPONSABILIDADE CIVIL E DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA**

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 Wesendonck

Aprovado em: ____/____/____

Conceito atribuído: __

BANCA EXAMINADORA

Professora Doutora Tula Wesendonck (Orientadora)
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Professora Doutora Simone Tassinari Cardoso Fleischmann
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Professora Mestra Thyessa Junqueira Gervásio Vieira
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Valente, Victor

A COMPATIBILIDADE DO LUCRO DA INTERVENÇÃO COM OS
INSTITUTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL E DO
ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA / Victor Valente. -- 2021.
62 f.

Orientadora: Tula Wesendonck.

Trabalho de conclusão de curso (Graduação) --
Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade
de Direito, Curso de Ciências Jurídicas e Sociais,
Porto Alegre, BR-RS, 2021.

1. O lucro da intervenção sob a égide da
responsabilidade civil. 2. O lucro da intervenção sob
a égide do enriquecimento sem causa. I. Wesendonck,
Tula, orient. II. Título.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais e à minha irmã, que me inspiram profundamente e, desde sempre, me proporcionam apoio incondicional. Sou eternamente grato e afortunado em tê-los como família.

À minha namorada, por sempre acreditar em mim, me servir de inspiração, me auxiliar a todo o momento, e, principalmente, propiciar uma profunda e inesquecível conexão.

A todos os meus amigos que me proporcionam risadas, conforto e suporte.

A toda a forma de arte e a todos os artistas, que, especialmente através de filmes, músicas e *anime*, me permitem sonhar, acreditar no futuro e em mim mesmo, e, também, espairecer.

À minha orientadora e a todos que, de alguma forma, enriqueceram esse primeiro ciclo da minha trajetória no Direito.

Nothing reminds the mind of power like the cheap
odor of plastic
Leaking fumes we crave, consume, the rush it feels
fantastic
But like power turns to mold, like a junkie going
cold
I need the fix of a little tenderness
(PARQUET COURTS, 2018)

RESUMO

Hodiernamente, têm-se tornado mais frequentes as hipóteses de enriquecimento obtido por meio de interferência não autorizada nos direitos ou bens jurídicos de outra pessoa, sendo este fenômeno denominado lucro da intervenção. A ausência de definição consensual acerca do procedimento apropriado para a remoção do lucro da intervenção acaba trazendo reflexos negativos ao Direito e à sociedade, seja por conta da inidoneidade das “soluções” aplicadas, ou, ainda, da própria falta delas. Diante disso, exsurge a importância de determinar qual a metodologia adequada para solucionar a referida problemática. O presente trabalho, nessa toada, propõe-se a analisar a compatibilidade do lucro da intervenção com a responsabilidade civil e com o enriquecimento sem causa, dois institutos que dão origem a obrigações não negociais e que, à primeira vista, demonstram genérica coadunabilidade funcional com o fenômeno, a fim de determinar qual o meio apropriado para a sua remoção e os seus contornos.

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

ABSTRACT

Nowadays, the cases in which profit has been obtained by unauthorized interference in another's person property or rights are becoming more frequent. This phenomenon is called profit of intervention. The lack of a consensual definition regarding the appropriate procedure to remove those profits brings negative repercussions to the Law and the society, whether it be on account of inadequate solutions being applied, or the absence of it. Thereafter, emerges the importance of determining which is the adequate solution to the problem in question. In this context, the present work has the purpose to analyze profit of intervention's compliance with civil liability and unjustified enrichment, two institutions which originate non negotial obligations and show generic functional compatibility with the phenomenon, in order to determine which is the proper medium to remove the profit of intervention.

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

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 O LUCRO DA INTERVENÇÃO SOB A ÉGIDE DA RESPONSABILIDADE CIVIL	14
2.1 OS LIMITES DO ARTIGO 944 DO CÓDIGO CIVIL	15
2.1.1 O parágrafo único do Art. 944 do Código Civil como regra excepcional	18
2.2 INCOMPATIBILIDADE COM UMA FUNÇÃO PUNITIVA	20
2.3 O TERCEIRO MÉTODO DE CÁLCULO E O ARTIGO 210 DA LEI DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL.....	23
3 O LUCRO DA INTERVENÇÃO SOB A ÉGIDE DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA	28
3.1 O ARTIGO 884 DO CÓDIGO CIVIL COMO CLÁUSULA GERAL	29
3.2 OS REQUISITOS PARA A CONFIGURAÇÃO DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA	32
3.2.1 O enriquecimento	33
3.2.2 Obtenção à custa de outrem	35
3.2.3 Ausência de justa causa	40
3.3 A NATUREZA SUBSIDIÁRIA POSITIVADA NO ARTIGO 886 DO CÓDIGO CIVIL	43
3.4 O OBJETO DA RESTITUIÇÃO	48
4 CONSIDERAÇÕES FINAIS	56
5 REFERÊNCIAS	59

1 INTRODUÇÃO

A interferência não autorizada nos direitos ou bens jurídicos de outra pessoa, além de ser apta a causar dano ao titular da posição jurídica protegida, pode, em muitas ocasiões, gerar enriquecimento ao interventor. Essa vantagem patrimonial auferida ilegalmente, à margem da via consensual, é chamada de lucro da intervenção.¹

A denominação lucro da intervenção trata de descrever um problema, e não uma solução, tampouco um instituto - pelo menos até o momento. Existem situações de enriquecimento pela intromissão, cabendo a cada ordenamento jurídico, dentro da sua sistemática, estabelecer os parâmetros pelos quais vai lidar com esse fenômeno.²

O lucro da intervenção pode advir de diversos atos ilícitos, sendo alguns dos mais comuns a utilização não autorizada de terreno alheio para fins de empreendedorismo e o uso indevido da imagem de pessoa famosa para fins publicitários. Seus reflexos também se apresentam de diversas maneiras, podendo ou não causar dano ao titular do direito ou bem jurídico tutelado. Na ocasião da configuração de um prejuízo à vítima, este poderá ser superior, igual ou inferior à vantagem patrimonial auferida pelo interventor. As hipóteses do dano inferior ao enriquecimento e da não configuração de dano são as mais complexas, a inspirar recentes discussões doutrinárias e jurisprudenciais, sendo o cerne da presente pesquisa.

Seguindo a premissa de que a via consensual é, normalmente, a única disponível para a aquisição de bens ou direitos de outras pessoas, faz-se necessário impor ao interventor a obrigação de se desfazer do lucro obtido a partir da indevida ingerência nos bens e direitos alheios, sob pena de que o ordenamento jurídico reste sem uma sanção eficaz para uma série de situações violadoras de interesses merecedores dessa tutela. Além disso, a existência de uma lacuna poderia servir de estímulo à prática de atos egoístas, à margem do primado constitucional da solidariedade, um dos princípios fundamentais do ordenamento jurídico brasileiro.³

O *leading case* acerca do tema no cenário internacional se trata do caso *Midler v. Ford Motor Co.* Na hipótese, a famosa cantora Bette Midler recebeu proposta de uma empresa que buscava utilizar uma canção sua em uma propaganda, recusando-a sob o argumento de que

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

² 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. 232.

³ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil e Enriquecimento Sem Causa: O Lucro da Intervenção**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 2-3.

não trabalhava com comerciais. Já tendo pagado pelos direitos autorais da canção, a companhia optou por contratar uma cantora cuja voz soasse como a de Bette e prosseguiu com a propaganda.⁴ A cantora processou a empresa e o Tribunal da Califórnia deu provimento ao seu pedido, concedendo indenização de U\$ 400.000,00⁵, sob o fundamento de que Midler provou que a ré se apropriara indevidamente de parte da identidade da cantora para vender o seu produto.⁶

O caso suprarrelatado retrata bem o problema do lucro da intervenção. Caso a ingerência nos direitos da personalidade de Bette fosse compensada meramente com o valor de um suposto contrato que poderia ter sido firmado, os interventores estariam praticamente livres a atuar em cima de direitos alheios, precarizando a tutela direcionada aos seus titulares. Ademais, eventual compensação que esteja limitada ao dano causado à vítima da intervenção ainda será, em muitos casos, benéfica àquele que auferiu a vantagem financeira.

A ausência de uma proteção integral nesses cenários possui o potencial de desestabilizar uma sociedade, na qual o enriquecimento a qualquer custo acabará sendo, indiretamente, incentivado. A possibilidade de lucrar por meio da usurpação dos direitos alheios torna irrelevante a autorização dos titulares e, por conseguinte, esvazia a própria tutela dos direitos. Diante disso, cabe a cada ordenamento jurídico responder, cientificamente, por que e como esse lucro deve ser retirado do interventor e atribuído ao titular do direito, ou seja, como solucionar o problema do lucro da intervenção.⁷

No contexto da *common law*, foi desenvolvido o instituto do *disgorgement of profits*, com a finalidade de restituir a vantagem patrimonial auferida de maneira ilegal. Trata-se de um remédio restitutivo preordenado que não almeja reparação de dano ou compensação da vítima, mas a remoção dos lucros obtidos por aquele que praticou o ilícito.⁸

De acordo com o *Legal Information Institute*, o *disgorgement of profits* pode ser definido como⁹: “A remedy requiring a party who profits from illegal or wrongful acts to give

⁴ CARBONE, June. Back to the future: intellectual property and the rediscovery of property rights – and wrongs. *St. Louis University Law Journal*, v. 46, 2002. p. 643. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1314825>. Acesso em: 23 fev. 2021.

⁵ 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: 23 fev. 2021.

⁶ CASE TEXT. *Midler v. Ford Motor Co.* 22 jun. 1988. Disponível em: <https://casetext.com/case/midler-v-ford-motor-co>. Acesso em: 23 fev. 2021.

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, p. 232.

⁸ CHINELATO, João Marcelo Torres. Do dever de restituir o lucro decorrente da lesão a direitos coletivos. *Publicações da escola da AGU*. Brasília, v. 10, n. 3, p. 115-130, out. 2018, p.118.

⁹ LEGAL INFORMATION INSTITUTE. *Disgorgement*. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/wex/disgorgement>. Acesso em: 24 fev. 2021.

up any profits he or she made as a result of his or her illegal or wrongful conduct. The purpose of this remedy is to prevent unjust enrichment”.¹⁰

Por sua vez, o direito positivo brasileiro não trata diretamente sobre o lucro da intervenção, e essa ausência de menção específica ao problema se mostra, por vezes, como um obstáculo a uma pacificação doutrinária e jurisprudencial acerca do tema, que comumente é percebido como vítima de uma lacuna no ordenamento jurídico brasileiro. Em decorrência disso, há situações em que os Tribunais superiores tendem a inovar, e atribuem, por exemplo, caráter punitivo aos danos morais, a fim de conter esse comportamento. Ocorre que esse método de inovação, além de confundir funções desestimuladora e compensatória, surge sem lei anterior que o defina, contrariando princípios constitucionais da legalidade e da segurança jurídica.¹¹

Um caso real no cenário brasileiro, apto a ilustrar a problemática do lucro da intervenção, ocorreu com o famoso cantor Caetano Veloso, em 1995. Na hipótese, o artista atendeu a um convite, aceitando performar em um evento patrocinado por uma marca de cerveja, sob a condição de que não vinculariam o seu nome à fabricante de bebidas. Não obstante a restrição contratual, a cervejaria em questão decidiu divulgar material publicitário acerca do evento, incluindo referência à participação especial de Caetano.¹²

No caso narrado, é flagrante o dano causado ao artista, que teve seu direito à personalidade violado através da vinculação a um tipo de produto do qual não desejava qualquer associação, além do valor devido referente ao aspecto patrimonial da imagem de uma pessoa famosa. Ocorre que, mesmo que esses valores sejam compensados, a oportunista técnica de *marketing* ainda pode ter trazido vantagem ao praticante do ato ilícito, por meio de um impulso nas vendas, apto a gerar lucro superior aos danos causados à vítima da intervenção. Dessarte, surge a necessidade de avaliar situações como a relatada sob uma ótica que leve em consideração o enriquecimento do interventor.

A fim de compreender o enquadramento do lucro da intervenção, mostra-se necessário entender qual a fonte obrigacional a ensejar a sua restituição, e, para tal, partir-se-á da sistematização tripartite proposta por Fernando Noronha. No que pertine às chamadas relações autônomas, criadas entre credor e devedor sem anterior ligação jurídica específica,

¹⁰ Tradução livre: “Um remédio que exige à parte que lucra a partir de atos ilegais ou ilícitos que devolva quaisquer lucros que tenha auferido como resultado dessa conduta ilegal ou ilícita. O propósito deste remédio é evitar o enriquecimento injusto”.

¹¹ ROSENVALD, Nelson; KUPERMAN, Bernard Korman. Restituição de ganhos ilícitos: há espaço no Brasil para o disgorgement? **Revista Fórum de Direito Civil – RFDC**, Belo Horizonte, v. 6, n. 14, p. 11-31, jan. 2017, p. 12-13.

¹² SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil e Enriquecimento Sem Causa**: O Lucro da Intervenção. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 12-14.

essas se subdividem entre as voluntariamente criadas, autorregulando os interesses dos envolvidos, e as que nascem da violação de deveres gerais de respeito pelas pessoas e bens alheios. As primeiras constituem as obrigações derivadas de negócios jurídicos (obrigações negociais), enquanto as segundas se referem às obrigações não negociais, distinguíveis em duas espécies: aquelas em que a obrigação da qual a violação de dever genérico resultou em dano e aquelas nas quais o devedor obteve acréscimo patrimonial. Com relação às obrigações não negociais, fala-se, portanto, respectivamente, nos institutos da responsabilidade civil e do enriquecimento sem causa.¹³

A natureza voluntária das obrigações negociais, fruto do exercício da autonomia privada, implica na impossibilidade da introdução do lucro da intervenção sob tal regime, uma vez que este fenômeno se sustenta em um ato não previamente autorizado ou pactuado. Por outro lado, as obrigações não negociais têm condão de abarcar uma análise aprofundada do lucro da intervenção e sua compatibilidade com essas, visto que possuem similitude estrutural e visam objetivos compatíveis com o problema, qual seja, a restituição ao *status quo ante*.

Vê-se, portanto, a indispensabilidade de compreender o lucro da intervenção e seu enquadramento no ordenamento jurídico brasileiro, sendo o método mais eficaz para combatê-lo, o reconhecimento do problema, seguido da procura por respectivas soluções. Para tanto, o trabalho será dividido em dois segmentos principais, sendo o primeiro a tratar da viabilidade da remoção do lucro da intervenção por meio do instituto da responsabilidade civil e o segundo sob a égide do enriquecimento sem causa.

A primeira parte, objetivando examinar as possíveis vias de remoção do lucro da intervenção no âmbito da responsabilidade civil, resta subdividida em três subcapítulos, especificando o enfoque, em ordem: na regra geral da limitação da indenização à extensão do dano; na possibilidade da adoção de uma função punitiva à responsabilidade civil; e no terceiro método de cálculo, bem como na regra encontrada no âmbito da Lei de Propriedade Industrial.

O segundo segmento analisa pormenorizadamente o instituto do enriquecimento sem causa, à luz dos dispositivos que o definem no Código Civil de 2002. Inicia-se examinando a cláusula geral do dever de restituir e os seus requisitos, avaliando a sua compatibilidade com a restituição do lucro da intervenção. Posteriormente, averigua-se a regra da subsidiariedade do instituto e suas implicações, e, por fim, investiga-se o objeto de restituição e a sua quantificação.

¹³ NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 435-439.

O presente trabalho, portanto, não se incumbirá de estudar exhaustivamente os institutos da responsabilidade civil e do enriquecimento sem causa, direcionando seu enfoque aos aspectos pertinentes à análise da compatibilidade do lucro da intervenção com estes. Ademais, a pesquisa também não cuida de analisar o instituto do *disgorgement of profits*, que guarda relação direta com a construção estadunidense da responsabilidade civil, que não será objeto de comparação para com o modelo do Direito brasileiro, o qual corresponde ao objeto específico dessa monografia, haja vista a limitação inerente a esta espécie de trabalho.

Assim, introduzido o tema e seguindo a metodologia traçada supra, dar-se-á início ao estudo, objetivando compreender o fenômeno do lucro da intervenção e as suas principais questões. É de se ressaltar que a temática é recente e de nuances complexas, de forma que não se pretende esgotá-la, mas sim aprofundar o debate concernente a esse relevante fenômeno jurídico.

2 O LUCRO DA INTERVENÇÃO SOB A ÉGIDE DA RESPONSABILIDADE CIVIL

O presente capítulo terá por objetivo analisar as funções e limites do instituto da responsabilidade civil, na forma em que este se encontra no ordenamento jurídico brasileiro, a fim de compreender se é possível solucionar o problema do lucro da intervenção por meio desta fonte obrigacional. O segmento será dividido em subcapítulos, direcionados a aspectos específicos do instituto que abarcam eventual possibilidade de enquadrar e, portanto, sanar a problemática do enriquecimento por intromissão, através desse regime.

O lucro da intervenção é, tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, comumente associado à responsabilidade civil e ao seu regramento. Isso se dá, primeiramente, porque, em diversas hipóteses, a mesma ação que deflagra o lucro da intervenção causa danos ao titular do direito, fazendo surgir a obrigação de indenizar. Ademais, a responsabilidade civil, por sua simplicidade e flexibilidade, em muito se mostrou disponível a oferecer soluções imediatas a problemas dos quais o legislador não obteve êxito em solucionar ou prevenir.¹⁴

Ocorre que, embora o instituto possua essa qualidade, isso não significa que possa ser flexibilizado de maneira irresponsável. Eventual superflexibilização das regras da responsabilidade civil, na tentativa de abarcar infinitos problemas sob este regime, tem o forte condão de desvirtuá-la, podendo desconstituir a essência e a identidade do instituto.

A doutrina e a jurisprudência, ao associarem o fenômeno do lucro da intervenção ao instituto, não o fazem de forma uníssona, encontrando caminhos diversos. Isso evidencia a necessidade de averiguar se realmente há respaldo na responsabilidade civil para o enquadramento do lucro da intervenção e, em sendo o caso, qual seria a via exata para a efetivação.

Nas hipóteses em que o ato ilícito, gerador de vantagem patrimonial, causa dano superior ou igual, em termos pecuniários, ao lucro percebido pelo ofensor, verifica-se que a responsabilidade civil, no cumprimento de sua função reparatória, remove, de forma indireta, o benefício econômico obtido pelo interventor. Sendo assim, nesses casos, inexistem maiores complicações acerca da remoção do lucro da intervenção, uma vez que o ofensor terá de restituí-lo integralmente pela via compensatória.

De outra forma, nas situações em que a prática do ilícito dá origem a vantagem patrimonial superior ao dano causado, ou, até mesmo, de forma desassociada a qualquer tipo de dano, começam a surgir controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais. Em vista disso, serão

¹⁴ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil e Enriquecimento Sem Causa**: O Lucro da Intervenção. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 23.

essas as hipóteses levadas em consideração ao decorrer deste capítulo, por conta da ausência de uma solução pacífica no nosso ordenamento jurídico.

Prima facie, resta aparente que o instituto da responsabilidade civil, com estrutura e finalidade orientados no sentido da reparação do dano, se mostra insuficiente a solucionar o problema do lucro da intervenção. Isso porque a vantagem patrimonial obtida pelo ofensor prescinde de correlação direta com o dano aferido ao titular do direito ou bem jurídico tutelado.

Entretanto, existe significativa parte da doutrina que defende a remoção do lucro da intervenção pelas vias da responsabilidade civil. Nelson Rosenthal, um dos expoentes desse posicionamento, sustenta a necessidade de uma atualização do conceito da *restitutio in integro*, a fim de que a reconstituição do equilíbrio patrimonial violado pelo ilícito seja englobada tanto pelo tradicional remédio compensatório, quanto pela restituição dos ganhos.¹⁵ Outrossim, há, no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente no âmbito jurisprudencial, quem defenda a restituição do lucro da intervenção através do instituto, amparada em uma função punitiva, de forma análoga ao instituto estadunidense dos *punitive damages*.

Todavia, durante o presente capítulo, verificar-se-á que a responsabilidade civil não é o *locus* adequado para receber a restituição dos lucros oriundos de atos ilícitos. Chegar-se-á a essa conclusão após o exame pormenorizado: (a) do princípio da reparação integral, positivado no Art. 944 do Código Civil¹⁶; (b) da regra excepcional encontrada no parágrafo único do Art. 944 do Código Civil¹⁷; (c) da incompatibilidade do instituto com uma função punitiva; (d) do Art. 210 da Lei de Propriedade Industrial¹⁸ e da impossibilidade de utilização de um terceiro método de cálculo indenizatório.

2.1 OS LIMITES DO ART. 944 DO CÓDIGO CIVIL

Dentre os princípios que norteiam o instituto da responsabilidade civil, existe um que guarda importante relação e traz essenciais respostas referentes ao problema do enquadramento do lucro da intervenção, qual seja, o princípio da reparação integral. Esse

¹⁵ ROSENTHAL, Nelson. As fronteiras entre a restituição do lucro ilícito e o enriquecimento por intromissão. *In*: ROSENTHAL, Nelson (Coord.). **Desafios da Nova Responsabilidade Civil**. 1. ed. São Paulo: JusPodivm, 2019, p. 311.

¹⁶ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 19 abr. 2021.

¹⁷ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 19 abr. 2021.

¹⁸ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 19 abr. 2021.

preceito resta preconizado no Art. 944 do Código Civil de 2002, que, sucintamente, determina: “A indenização mede-se pela extensão do dano”.

O enunciado, quando da sua criação, surge no contexto da Constituição Federal vigente, com a dignidade da pessoa humana como valor precípuo, de forma a direcionar a responsabilidade civil para a tutela da pessoa da vítima. Dessa forma, o instituto afasta-se de uma noção de punibilidade para com o ofensor, direcionando o seu foco à reparação integral dos prejuízos sofridos pela vítima de um dano injusto.¹⁹ Ocorre, portanto, uma constitucionalização do direito dos danos, que resulta em uma releitura da função primordial da responsabilidade civil. O novo enfoque, que anteriormente recaía sobre a pessoa do causador do dano, que por seu ato reprovável deveria ser punido, é reorganizado no sentido de garantir tutela especial à vítima do dano injusto, que merece ser reparada.²⁰ A finalidade da responsabilidade civil, portanto, abandona um viés moralizador, voltando-se, exclusivamente, para a tutela da vítima, almejando a reparação integral do dano sofrido.²¹

O dispositivo enfaticamente relaciona a dimensão dos danos sofridos pelo ofendido com a respectiva reparação, independentemente da situação do ofensor, desconsiderando questões como o dolo ou elevado grau de culpa.²² Possui, portanto, o intuito de repor o ofendido ao estado anterior à eclosão do dano injusto, de forma a concedê-lo uma situação àquela que detinha.²³

Leciona Paulo de Tarso Vieira Sanseverino que a extensão do princípio da reparação integral foi excepcionalmente sintetizado pela doutrina francesa, ao definir *tout le dommage, mais rien que le dommage* (“todo o dano, mas não mais que o dano”), complementando com a afirmação de que “a soma devida a título de danos deve corresponder rigorosamente à perda causada pelo fato danoso”. Ou seja, a indenização deve guardar equivalência com a totalidade

¹⁹ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil e Enriquecimento Sem Causa: O Lucro da Intervenção**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 44.

²⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. *In*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. **A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. 1 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2016, p. 439.

²¹ 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. 3-4, dez. 2015.

²² Ressalta-se que a possibilidade de redução da indenização, decorrente de excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, estabelecida no parágrafo único do Art. 944 do Código Civil, será objeto de análise no item 2.1.1 desta monografia.

²³ FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Peixoto Braga; ROSENVALD, Nelson. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.29.

do dano, o que significa, também, não ultrapassá-lo, para que não sirva de causa para o enriquecimento injustificado.²⁴

Resta positivado, portanto, que a função primordial da responsabilidade civil é a de reparar o dano sofrido pela vítima. Tal reparação poderá ser efetivada por meio da remoção do prejuízo econômico causado (indenização de dano patrimonial), pela minoração do sofrimento infringido (compensação de dano moral puro) ou através da compensação pela ofensa à vida ou à integridade física de outrem (compensação de dano puramente corporal). Ademais, no concernente à matéria dos danos patrimoniais, a determinação do montante indenizatório não deverá ser impactada pela maior ou menor riqueza do responsável.²⁵

Na mesma linha, Sérgio Savi ensina que eventuais lucros que o ofensor tenha obtido com o ato que deu origem aos danos à vítima serão ignorados para fins de cálculo da indenização. Isso porque, independentemente do conceito de dano adotado, entende-se que ele se determina sob a ótica da esfera do lesado, e nunca do lesante. Dessa forma, o dano é estabelecido por meio de uma visão comparativa entre o patrimônio da vítima existente no momento anterior ao dano, com aquele que deveria existir caso o evento danoso não se tivesse concretizado. Equaciona-se, portanto, que o dano é a diferença patrimonial negativa entre esses dois momentos distintos.²⁶ Outrossim, se o dano patrimonial corresponde à efetiva diminuição do patrimônio da vítima ou ao seu não incremento por ato do ofensor, conclui-se que qualquer lucro obtido pelo agente que não corresponda, na mesma medida, a dano emergente ou lucro cessante, não repercute na extensão da lesão, não se qualificando como dano patrimonial, e, tampouco, nos termos do Art. 402 do Código Civil²⁷, podendo servir de parâmetro para sua quantificação, salvo autorização legal expressa, sob pena de sua violação.²⁸

Diante do acima exposto, tem-se que a função precípua da responsabilidade civil, qual seja, da reparação do dano sofrido pela vítima, não permite que o instituto seja o *locus* adequado para a remoção do lucro da intervenção. Isso porque a vantagem auferida pelo

²⁴ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral**: Indenização no Código Civil. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 57.

²⁵ NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 436.

²⁶ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil e Enriquecimento Sem Causa**: O Lucro da Intervenção. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 45-46.

²⁷ “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 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 19 abr. 2021)

²⁸ 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. 5, dez. 2015.

lesante não guarda relação necessária com um dano causado, de forma a não influenciar na quantificação desse, ou seja, impedindo que a responsabilidade civil seja a via adequada para a remoção do lucro em todas as hipóteses em que a vantagem patrimonial supere o valor do dano, ou que nem sequer exista dano aferível. O seguinte subcapítulo tornará a esmiuçar a questão, analisando regra excepcional que flexibiliza a norma encontrada no Art. 944 do Código Civil e o princípio da reparação integral dos danos.

2.1.1 O parágrafo único do Art. 944 do Código Civil como regra excepcional

Ainda no âmbito do artigo que positiva o princípio maior da responsabilidade civil, estabelecendo sua função principal, qual seja, a da reparação de danos, encontra-se norma que servirá para reger situações específicas de maneira excepcional. Trata-se do parágrafo único do Art. 944 do Código Civil²⁹, que dispõe: “*Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização*”.

Prima facie, o parágrafo único do Art. 944 do Código Civil pode soar como um obstáculo ao princípio da reparação integral, que norteia o instituto que os abarca. Cabe rememorar, conquanto, que o contexto no qual exsurge a responsabilidade civil do mais recente diploma civilista é aquele regulado pela Constituição Federal vigente, que promove a dignidade da pessoa humana como valor imprescindível, de forma que o instituto passa a direcionar seu enfoque à tutela da vítima. Esse redirecionamento significa, também, por consequência natural, o distanciamento de uma função punitiva, e é sob essa nova perspectiva que o parágrafo único do Art. 944 positiva a possibilidade de atenuar a indenização em casos de extrema disparidade entre gravidade da culpa e dano.

Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, ao analisar a regra, explica que a aplicação irrestrita do princípio da reparação plena do dano pode representar, em algumas situações, um *enfer de severité* (inferno de severidade). Ilustra o referido doutrinador que, enquanto na perspectiva da vítima, as vantagens da consagração irrestrita do princípio são evidentes, na do agente causador do dano, a sua adoção plena e absoluta pode constituir um exagero, capaz de conduzi-lo a situação econômica excessivamente desfavorável decorrente de simples descuido.³⁰

Considerável parte da doutrina, fazendo uso de interpretação extensiva do texto, acredita que o regramento em questão tem o condão de ampliar o campo dogmático de

²⁹ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 19 abr. 2021.

³⁰ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral**: Indenização no Código Civil. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 80.

atuação da responsabilidade civil. Sílvio de Salvo Venosa, por exemplo, compreende que, a partir da leitura do dispositivo, nada impede que corrente jurisprudencial entenda por agravar a indenização nos casos de culpa excessiva ou desmesurada.³¹ A partir disso, cabe verificar se há espaço para essa forma de interpretação ampla e, sendo o caso, também para a utilização da regra sob análise como fundamento para a remoção do lucro da intervenção por meio do instituto da responsabilidade civil.

A exceção introduzida pelo parágrafo único do Art. 944 rompe com longa tradição civilista pátria, conferindo relevância à culpa do agente como critério para a estimativa do montante indenizatório. É de se destacar, contudo, que a regra não subverte o caráter estritamente compensatório do *quantum* indenizatório, uma vez que a falta de simetria entre o dano e a indenização se dá em prejuízo do dano, que poderá deixar de ser reparado parcialmente. O dispositivo em questão não prevê a possibilidade de o montante indenizatório ser superior ao dano, o que, caso ocorresse, introduziria um aspecto punitivo à indenização.³²

Segundo Sanseverino, a equidade referida no artigo, na acepção aristotélica acolhida pelo Direito brasileiro, não é fundamento para se afastar o Direito positivo e se fazer livremente a justiça no caso concreto. Discorre que o atributo em questão aparece como corretivo da justiça comutativa geral, com a finalidade de permitir ao juiz, atendendo às particularidades do caso em julgamento, atenuar a rigidez da norma abstrata, proferindo solução concreta mais equitativa.³³ Seguindo essa lógica, é possível concluir que eventual majoração da indenização seria contrária à finalidade do dispositivo e revelaria arbitrariedade sem respaldo legal do julgamento proferido pelo juiz.

Nesse diapasão, Sérgio Savi ensina que a utilização da equidade supramencionada para lidar também com situações de injustiça em benefício da vítima, mediante o emprego de um viés punitivo à regra, não encontra respaldo legal. O autor expõe que a referida compreensão vai de encontro às regras elementares da hermenêutica que exigem a interpretação restritiva das exceções criadas pelo legislador. Na hipótese, a correlação existente entre o *caput* e o parágrafo único do Art. 944 do Código Civil, traduz-se, juridicamente, pelo raciocínio regra-exceção, tanto através de perspectiva axiológica, quanto pela análise da estrutura interna da norma. O dispositivo analisado autoriza apenas a redução

³¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: obrigações e responsabilidade civil**. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 469.

³² CORREA DE ANDRADE, André Gustavo. Dano moral e a indenização punitiva: os *punitive damages* na experiência do *common law* e na perspectiva do direito brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 250-251. *apud* SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil e Enriquecimento Sem Causa: O Lucro da Intervenção**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 70.

³³ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral: Indenização no Código Civil**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 93.

do valor devido a título de indenização na hipótese prevista, não se mostrando o *locus* adequado para abarcar uma função punitiva, com eventual interpretação em sentido inverso, elevando o *quantum* indenizatório.³⁴

Desse modo, se tem que o parágrafo único do Art. 944 do Código Civil não dá azo à majoração da indenização para além do dano causado. Isso porque a exceção à regra geral de que a indenização se mede pela extensão do dano limita-se a minorá-la em situação específica de desproporcionalidade entre a gravidade da culpa e o dano gerado. Nesse sentido, há também o Enunciado nº 46 da I Jornada de Direito Civil, reconhecendo a necessidade de interpretar a norma restritivamente, apenas de forma excepcional ao princípio da reparação integral do dano.³⁵

Por conseguinte, conclui-se que o parágrafo único do Art. 944 do Código Civil não possui condão de remover o lucro da intervenção, uma vez que a indenização não pode ser majorada sob o argumento de que o ofensor obteve vantagem patrimonial, ainda que exorbitante, a partir do evento danoso. Dessarte, prevalece, na responsabilidade civil, o princípio da reparação integral, como preconizado no *caput* do artigo analisado.

2.2 INCOMPATIBILIDADE COM UMA FUNÇÃO PUNITIVA

Conforme já asseverado, a função reparatória é inerente à responsabilidade civil e tem, portanto, existência incontestável. De outra banda, há uma função que divide a doutrina e a jurisprudência, especialmente no que pertine à sua presença e compatibilidade com o instituto, qual seja, a função punitiva.

Compreender que a responsabilidade civil abarca uma função punitiva significa, consequentemente, apreender que há espaço no instituto para implementar indenizações punitivas, ou seja, compensações a serem pagas pelo agente não oriundas do dano provocado, mas sim da reprovabilidade do ato. Ademais, resta notório que significativa parte dos autores

³⁴ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil e Enriquecimento Sem Causa: O Lucro da Intervenção**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 73-74.

³⁵ Enunciado nº 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: 05 abr. 2021).

que defendem indenizações punitivas colhem inspiração no mecanismo dos *punitive damages*, natural do sistema da *common law*.

Cabe ressaltar que o presente subcapítulo cuidará de analisar a existência ou não de uma função punitiva na responsabilidade civil, contextualizada no ordenamento jurídico brasileiro, deixando de examinar pormenorizadamente os *punitive damages* como concebidos no Direito inglês. A partir da resposta, que se adianta, da não compatibilidade com a função e método punitivo de indenizar, ver-se-á que, sob esse prisma, também inexistente a possibilidade de remoção do lucro da intervenção.

Quando se fala em restituição do lucro da intervenção, não se remete, *prima facie*, a um conteúdo punitivo, pois, o que se tem é uma situação na qual se busca restabelecer o *status quo ante*, ou seja, almeja-se um reequilíbrio da situação das partes, assim como ocorre na reparação de um dano pelas vias da responsabilidade civil. O que se entende como solução para o problema do lucro da intervenção é a neutralização da vantagem patrimonial auferida injustamente. Não obstante, o reconhecimento de uma função punitiva no âmbito da responsabilidade civil tem o condão de representar uma abertura para que o lucro da intervenção seja restituído por meio de tal instituto, de forma a contornar a limitação da reparação à extensão do dano.

Os *punitive damages* ou indenização punitiva são definidos como uma indenização outorgada em adição à indenização compensatória quando o ofensor age com negligência, malícia ou dolo. Possuem a finalidade de punir o ofensor, aplicando pena pecuniária com finalidade educativa e desestimulante. Portanto, por meio desse mecanismo, pode-se condenar o ofensor a uma indenização superior ao valor do dano causado.³⁶

Na mesma linha, Nelson Rosenvald explica que, no sistema da *common law*, os *punitive damages* se contrapõem aos *compensatory damages* e apresentam duas finalidades, quais sejam, a retributiva e o desestímulo. Expõe que o remédio, não limitado ao prejuízo causado, é aplicado para punir uma malícia ou conduta arbitrária, objetivando a não reincidência daquele agente, bem como o desestímulo da adoção daquele comportamento por parte de terceiros, cumprindo, dessa forma, seus objetivos de punição e dissuasão.³⁷

Para o autor português Henrique Sousa Antunes, a defesa da possibilidade de a responsabilidade civil gerar efeitos punitivos aparenta uma manifestação de uma impropriedade técnico-jurídica, um erro primário de um jurista despreparado. A superação do

³⁶ GATTAZ, Luciana de Godoy Pentead. Punitive Damages no Direito Brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 964, n. 1, p. 1-16, fev. 2016, p. 4.

³⁷ ROSENVALD, Nelson. **As Funções da Responsabilidade Civil: A Reparação e a Pena Civil**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 89.

paradigma de um castigo às mãos de outrem é celebrada como uma conquista do pensamento jurídico. Sublinha o referido doutrinador, também, que a proibição reiterada da condenação em *punitive damages* pelo legislador europeu é exemplo desse progresso.³⁸

No Direito brasileiro, inexistente base legal que ampare a indenização punitiva, entretanto, o acolhimento de um caráter punitivo da indenização por danos morais é uma realidade na doutrina³⁹ e na jurisprudência brasileiras. Quanto à atuação jurisdicional, vê-se que, via de regra, os magistrados não tendem a acolher os *punitive damages* do direito americano como título autônomo de indenização, mas aplicam critérios de natureza puramente punitiva, tais quais o grau de culpa do ofensor e a capacidade econômica das partes, para fins de quantificação da indenização.⁴⁰

Os Tribunais também utilizam a compensação por dano moral como mecanismo de eliminação do lucro ilícito auferido pelo agente ofensor, considerando tal montante como parâmetro a influenciar o *quantum* indenizatório. Tal linha de pensamento revela a atribuição de um caráter punitivo-pedagógico à responsabilidade civil, o que, por contrariar a sua função reparatória-compensatória, requer expressa previsão legal, inexistente no direito positivo contemporâneo.⁴¹

Maria Celina Bodin de Moraes, defensora da responsabilidade civil como instituto inadequado para a imposição de indenizações punitivas, elucida os problemas decorrentes dessa abordagem, quais sejam: dada a ausência de previsão legal, a indenização punitiva implica em uma punição sem prévia cominação, de forma a conferir um cheque em branco para o Juiz cível ferir o princípio da tipicidade (*nullum crimen, nulla poena sine lege*); vários atos geradores de responsabilidade são também crimes, o que acarretaria em *bis in idem*, sobretudo por conta da previsão de sanção pecuniária no direito penal (Lei nº 9.714/98); ao tramitar na esfera cível, a ação segue os mecanismos processuais do direito civil, sem as

³⁸ ANTUNES, Henrique Sousa. Das funções reconstitutiva e punitiva da responsabilidade civil. In: ROSENVALD, Nelson (Coord.). **Desafios da Nova Responsabilidade Civil**. 1. ed. São Paulo: JusPodivm, 2019, p. 131.

³⁹ Adotam, entre outros, a tese do 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, Yussef 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).

⁴⁰ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil e Enriquecimento Sem Causa: O Lucro da Intervenção**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 76-78.

⁴¹ 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. 10-11, dez. 2015.

garantias típicas do procedimento penal; o efeito punitivo é mitigado no âmbito civil, uma vez que nem sempre o responsável é o culpado, como nas hipóteses de seguro de dano.⁴²

Nesse diapasão, Sérgio Savi conclui que alguns ilícitos, verdadeiramente, causam choque à comunidade e os ofensores devem ser penalizados pelo sistema jurídico. Tal punição, entretanto, deve ser efetuada em outros campos, quais sejam, o penal, o administrativo, ou até mesmo o cível, desde que mediante prévia regulação legislativa.⁴³

Diante do exposto nesse subcapítulo, tem-se que a responsabilidade civil, na forma em que foi construída no ordenamento jurídico brasileiro, não abarca uma função punitiva, e, conseqüentemente, não dá azo a condenações ao pagamento de indenizações de tal natureza. Dessarte, inexistente, também, a possibilidade de remover o lucro da intervenção através de indenizações punitivas por meio desse instituto, que, como explanado anteriormente, mantém-se regido pelo princípio da reparação integral.

2.3 O TERCEIRO MÉTODO DE CÁLCULO E O ARTIGO 210 DA LEI DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL

Uma outra proposta doutrinária de enquadramento do lucro da intervenção e sua remoção no âmbito da responsabilidade civil é através do, comumente chamado, “terceiro método de cálculo” da indenização. A ideia consiste, a rigor, em introduzir os lucros obtidos pelo ofensor no cálculo do *quantum* indenizatório. O Direito positivo brasileiro prevê expressamente essa possibilidade no âmbito da propriedade industrial, nos termos dispostos no Art. 210, inciso II, da Lei nº 9279/96.⁴⁴

A partir dessa via interpretativa, resta compreender se há, na responsabilidade civil, a possibilidade de, assim como nas causas de propriedade industrial, quantificar a indenização sob a ótica dos benefícios auferidos por aquele que cometeu o ato ilícito, de forma a, então, possibilitar a restituição do lucro da intervenção por meio do instituto. Adianta-se, entretanto,

⁴² MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 258-264

⁴³ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil e Enriquecimento Sem Causa**: O Lucro da Intervenção. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 83.

⁴⁴ “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

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.” (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: 11 abr. 2021).

a conclusão de que não será possível solucionar o fenômeno do lucro da intervenção a partir dessa interpretação, e que, embora a Lei de Propriedade Industrial expresse o termo "lucros cessantes", a técnica não guarda relação direta com a responsabilidade civil e com o conceito de lucro cessante inerente a esta.

A designação de terceiro ou triplo método segue a lógica do Art. 210 da Lei de Propriedade Industrial. O dispositivo permite que o titular do direito lesado opte pelo cálculo indenizatório que mais lhe seja conveniente, dentre: os benefícios que teria auferido caso a violação do direito não tivesse ocorrido; a remuneração que deveria ter recebido caso não ocorresse a ofensa ao direito, mas sim uma concessão, permitindo a legal exploração desse; e, por fim, os benefícios auferidos pelo autor decorrentes da violação do direito. Na última hipótese, há uma mudança de perspectiva, que, em vez de partir da situação da vítima, torna possível que a indenização emane das alterações que ocorreram na esfera do ofensor, se tratando, portanto, de um terceiro e inovador método de cálculo.

A referida opção legislativa poderia ser interpretada meramente como equívoco normativo, contudo, é de se ressaltar que a solução adotada pelo legislador brasileiro no âmbito da disciplina das violações aos direitos de propriedade industrial não traduz a singularidade da experiência nacional. O dispositivo em questão apresenta, na verdade, notável semelhança com práticas europeias, tais quais a espanhola e a alemã, nas quais também é verificada uma incorporação dos lucros do interventor no âmbito da responsabilidade civil. A opção legislativa adotada, portanto, decorre da influência dessas linhas de entendimento no campo da propriedade industrial.⁴⁵

Henrique Sousa Antunes elucida que, no âmbito do direito europeu, para fins de resolução dos litígios na área da propriedade intelectual, o legislador tem apresentado abordagem diversa da conceitualização histórica da indenização, qual seja, fundada no ressarcimento de danos patrimoniais e não patrimoniais da pessoa ofendida pela lesão.⁴⁶ Nessa linha, o artigo 13º, nº 1, alínea "a", da Diretiva 2004/48/CE do Parlamento Europeu e do Conselho prevê que as indenizações

Devem ter em conta todos os aspectos relevantes, como as consequências econômicas negativas, nomeadamente os lucros cessantes, sofridas pela parte lesada, quaisquer lucros indevidos obtidos pelo infractor e, se for caso disso, outros

⁴⁵ 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. 4-5.

⁴⁶ ANTUNES, Henrique Sousa. Das funções reconstitutiva e punitiva da responsabilidade civil. In: ROSENVALD, Nelson (Coord.). **Desafios da Nova Responsabilidade Civil**. 1. ed. São Paulo: JusPodivm, 2019, p. 128.

elementos para além dos factores económicos, como os danos morais causados pela violação ao titular do direito.⁴⁷

Ademais, a forma peculiar de cálculo dos então chamados lucros cessantes no âmbito da propriedade industrial surge como resultado de uma dificuldade, quase insuperável, de a vítima provar, violada a patente, o modelo de utilidade ou a marca, a extensão dos seus lucros cessantes. O dispositivo tem sido amplamente aplicado pela jurisprudência, como ocorreu nos autos do Recurso Especial nº 710.376⁴⁸, servindo para promover a retirada, do patrimônio do ofensor, do lucro ilegitimamente auferido a partir da violação do direito de propriedade intelectual.⁴⁹

O que se tem, verdadeiramente, é uma atecnia ao tratar o inciso II, do Art. 210, da Lei de Propriedade Industrial, como uma hipótese de configuração de lucro cessante. O termo lucro cessante reside na modalidade do dano patrimonial, que abarca também o dano emergente. Consiste, a rigor, na perda do ganho esperável, na frustração da expectativa de lucro e na diminuição potencial do patrimônio da vítima, ou seja, diz respeito a prejuízos referentes ao patrimônio futuro do lesado.⁵⁰ Não há a possibilidade, portanto, de considerar o lucro obtido pelo ofensor, qual seja, o lucro da intervenção, como aumento patrimonial que o titular do direito deixou de auferir, afinal, é impossível presumir que a vítima teria obtido ganhos idênticos àqueles que o interventor obteve, se é que obteria qualquer lucro, pois a intervenção em direito alheio não possui correspondência direta com o exercício desse por parte do titular.

⁴⁷ Diretiva 2004/38/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa ao direito de livre circulação e residência dos cidadãos da União e dos membros das suas famílias no território dos Estados-Membros, 29 de Abril de 2004. Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32004L0048R\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32004L0048R(01)&from=EN). Acesso em: 12 abr. 2021.

⁴⁸ PROPRIEDADE INDUSTRIAL. USO INDEVIDO DE MARCA. INDENIZAÇÃO POR DIREITOS MATERIAIS. COMPROVAÇÃO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL CONFIGURADO. CRITÉRIO DE CÁLCULO.

1. A falta de prequestionamento em relação aos arts. 331, I, do CPC e 208 da Lei 9.279/96, impede o conhecimento do recurso especial. Incidência da súmula 211/STJ.

2. No caso de uso indevido de marca, com intuito de causar confusão ao consumidor, o entendimento predominante desta Corte é que a simples violação do direito implica na obrigação de ressarcir o dano. Precedentes.

3. Conquanto os lucros cessantes devidos pelo uso indevido da marca sejam determinados pelo critério mais favorável ao prejudicado, conforme o art. 210, caput, da Lei 9.279/96, o critério de cálculo previsto na lei deve ser interpretado de forma restritiva, fazendo-se coincidir, nesse caso, o termo "benefícios" presente no inciso II, do art. 210, com a ideia de "lucros".

4. Recurso especial conhecido em parte e, nesta parte, provido.

(STJ – REsp nº 710.376/RJ Relator: Min. Luis Felipe Salomão, Data de Julgamento: 15/12/2009, T4 – Quarta Turma, Data de Publicação DJe 02/02/2010)

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. 14, dez. 2015.

⁵⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 89.

A própria imprecisão no emprego demasiadamente amplo do termo “lucros cessantes” na Lei nº 9.279/96 atesta a incompatibilidade do método indenizatório preconizado no inciso II da norma em questão com a responsabilidade civil. Isso porque a responsabilidade civil guarda, sim, relação direta com a restituição dos lucros cessantes, pois esses correspondem a um dano, que é aferido a partir do patrimônio do lesado, e o instituto é regulado pelo princípio da reparação integral dos danos. Por sua vez, o método restitutivo descrito no inciso II, do Art. 210 da Lei de Propriedade Industrial não diz respeito ao contexto dos lucros cessantes, pois, como anteriormente explicitado, abarca uma situação na qual existem ganhos auferidos pelo ofensor, mas que não representam, necessariamente, uma perda da vítima.

Sérgio Savi esclarece que, independentemente da concepção de dano a ser adotada, o que se tem é que ele só poderá ser determinado a partir da esfera do lesado, e nunca da esfera do lesante. No âmbito da responsabilidade civil, os ganhos do ofensor são, verdadeiramente, irrelevantes, de forma que não devem integrar um novo método de cálculo do *quantum debeatur* fora do âmbito da Lei de Propriedade Industrial. Inclusive, o triplo método de cálculo da referida lei merece ser reorganizado, de forma a destacar o remédio apropriado para cada situação de violação de direito, uma vez que, ao se requerer uma “indenização” dos “lucros cessantes”, que são, na verdade, lucros do interventor, aproxima-se de uma restituição que merece observar as regras do enriquecimento sem causa, e não da responsabilidade civil.⁵¹

Dessa forma, frente ao exposto, conclui-se que inexistente espaço na responsabilidade civil para enquadrar o lucro da intervenção através da implementação da teoria do triplo método de cálculo. Tem-se que, diante da sua regra fundamental, preconizada no Art. 944 do Código Civil, o instituto se reserva a restituir o dano sofrido pela vítima, que será, portanto, avaliado independentemente de lucros obtidos pelo ofensor. A técnica do triplo método de cálculo está restrita ao âmbito dos direitos de propriedade industrial, apesar da atecnia do inciso II, do artigo 210 da Lei nº 9.279/96 ao classificar a hipótese de lucro da intervenção como um lucro cessante.

Por fim, da análise do capítulo por completo, depreende-se que a responsabilidade civil, com efeito, não é o *locus* adequado para a remoção do lucro da intervenção. Essa conclusão decorre, essencialmente, da verificação do seu caráter exclusivamente reparatório, fundado no princípio da reparação integral. A partir dessa premissa, pôde-se concluir, também, que o instituto não é compatível com uma função punitiva, ou com a aplicação de

⁵¹ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil e Enriquecimento Sem Causa**: O Lucro da Intervenção. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 86-88

indenizações punitivas, e tampouco é aparelhado a quantificar as indenizações através de aspectos que não revolvem o dano sofrido pela vítima, tais quais o enriquecimento do lesante ou interventor.

3 O LUCRO DA INTERVENÇÃO SOB A ÉGIDE DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA

Demonstrada a impossibilidade da remoção do lucro da intervenção por intermédio da responsabilidade civil, resta analisar se há como solucionar o referido problema à luz da outra fonte obrigacional mencionada anteriormente, qual seja, o enriquecimento sem causa. Dessarte, analisar-se-á pormenorizadamente a função específica do instituto, bem como as normas que o definem, como encontradas no Código Civil, a fim de identificar se este possui o condão de enquadrar o lucro da intervenção e, portanto, tratar de restituí-lo.

Inicialmente, rememora-se que os institutos da responsabilidade civil e do enriquecimento sem causa guardam similitude, notadamente no que pertine às suas funções genéricas e aspectos estruturais. Os dois domínios almejam a reposição de um equilíbrio que se rompeu e, assim, aproximam-se por estarem conectados a uma ideia geral de reparação, em um sentido amplo. Cuida-se, ora por reparar um dano, ora por “reparar” um enriquecimento, de forma que há uma aparente conformidade nas soluções encontradas nos dois regimes.⁵²

Maior é a magnitude, entretanto, das distinções concernentes aos institutos, que existem, sobretudo, em razão da função específica que cada um desempenha. Enquanto, de um lado, a responsabilidade civil objetiva reparar o dano sofrido pela vítima, de outro, a finalidade ontológica do enriquecimento sem causa é remover a locupletação indevida do patrimônio do enriquecido. Ver-se-á que é irrelevante, portanto, em sede de enriquecimento sem causa, a alteração no patrimônio daquele cuja situação jurídica restou utilizada para o locupletamento alheio, bem como a existência, ou não, de um dano, mas somente o incremento do patrimônio do enriquecido.⁵³ Verifica-se, assim, no âmbito do enriquecimento sem causa, uma lógica inversa daquela do instituto da responsabilidade civil, que, como examinado anteriormente, toma como irrelevante a situação do ofensor para fins de cumprir com a sua função específica da reparação do dano.

Partindo dessa premissa, nota-se que, em um primeiro olhar, o enriquecimento sem causa parece dar azo à restituição de ganhos ilícitos obtidos através da ingerência em bens ou direitos alheios. Resta, entretanto, analisar detalhadamente o seu regramento, especialmente no que pertine aos seus requisitos e ao caráter de subsidiariedade preconizados no diploma

⁵² SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil e Enriquecimento Sem Causa**: O Lucro da Intervenção. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 49-50.

⁵³ 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. 7, dez. 2015.

civil, a fim de determinar se é, de fato, possível solucionar a problemática do lucro da intervenção por intermédio deste regime.

3.1 O ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

O enriquecimento sem causa se trata de instituto recentemente introduzido no Direito positivo brasileiro, ao ter sua inédita previsão no Código Civil de 2002, embora já fosse anteriormente referido pela doutrina. Na vigência do diploma civilista de 1916⁵⁴, faltava ao ordenamento jurídico pátrio norma legislativa que tratasse dessa fonte obrigacional. Essa ausência de previsão adveio de escolha do, então codificador original, Clóvis Beviláqua, que, à época, foi bastante influenciado pelo Código Civil Francês (*Code Civil* ou *Code Napoléon*), que previa apenas a hipótese de pagamento indevido⁵⁵ como figura implícita do enriquecimento sem causa.⁵⁶

A ausência de uma cláusula geral e, por conseguinte, de um verdadeiro *locus* para o tema, gerou impacto negativo no seu desenvolvimento no âmbito das decisões judiciais. Um dos métodos utilizados pelos julgadores a fim de suprir a carência de regramento do enriquecimento sem causa foi o alargamento progressivo de institutos específicos previstos no Código Civil vigente à época, especialmente o do, já referido, pagamento indevido. Outra alternativa encontrada, dessa vez por iniciativa do legislador, foi a introdução de regras proibitórias do enriquecimento, mas com o emprego de terminologia diversa. Foi o que aconteceu na Lei de Propriedade Industrial (Lei nº 9.279/96), objeto de estudo no capítulo anterior, que classificou imprecisamente a vantagem patrimonial obtida por um ofensor como lucro cessante.⁵⁷

O sistema introduzido pelo Código Civil vigente, encontrado em capítulo específico, é composto por três artigos, incluindo uma cláusula geral, preconizada no Art. 884⁵⁸ do diploma, que introduz as regras essenciais do enriquecimento sem causa. Tal dispositivo,

⁵⁴ 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: 18 abr. 2021.

⁵⁵ Nota-se que a seção concernente ao instituto do pagamento indevido encontrava-se sob a égide do capítulo referente a pagamentos, que diz respeito a débitos existentes, o que representa uma situação verdadeiramente distinta das hipóteses de configuração de enriquecimento sem causa.

⁵⁶ NANNI, Giovanni Ettore. **Enriquecimento sem causa**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 85.

⁵⁷ MICHELON, Claudio. Native Sources and Comparative Resources: Unjustified Enrichment in Brazil after the 2002 Civil Code. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, v. 9, n. 1, p. 243-276, out. 2016, p. 245.

⁵⁸ “Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.” (BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 19 abr. 2021).

primeiramente, clarifica a função específica do instituto, qual seja, a de remover o enriquecimento. Além disso, cuida de determinar os requisitos para ensejar a pretensão de restituição, que são: (a) a ocorrência de um enriquecimento; (b) que este tenha se verificado “à custa de outrem”; (c) e sem causa a justificá-lo. O Art. 886⁵⁹, por sua vez, tem o condão de estabelecer a natureza subsidiária do regime.⁶⁰

Destaca-se que o Código Civil de 2002, com a introdução da previsão expressa do instituto, representa irrefutável reconhecimento por parte do legislador do enriquecimento sem causa como fonte obrigacional. Assim como no Código Civil anterior, inexistente no diploma civilista vigente dispositivo que determine quais são as fontes obrigacionais existentes. Não obstante, o Livro I da Parte Especial, que aborda o Direito das Obrigações, é dividido em títulos, sendo que a partir do Título V, começa a tratar de fontes obrigacionais, tais quais o contrato, os atos unilaterais, os títulos de crédito e a responsabilidade civil. O enriquecimento sem causa, por sua vez, está inserido no Capítulo IV do Título VII, junto da promessa de recompensa, da gestão de negócios e do pagamento indevido.⁶¹

A referida organização das matérias se dá pelo direcionamento a um preceito comum, qual seja, o princípio da conservação estática dos patrimônios, diferentemente do antigo diploma civilista, que, marcado pelo dogma da autonomia da vontade, classificava as obrigações de acordo com o número de declarações de vontade necessárias para a formação de um vínculo. Sob essa nova lógica, o enriquecimento sem causa passa a ser um *tertium genus* inconfundível com a declaração de vontade e a responsabilidade civil.⁶² Resta, portanto, evidente o arrolamento do instituto entre as fontes obrigacionais no Código Civil de 2002, que, nos termos dos Arts. 884 e 885⁶³, preconiza a formação de uma relação entre o enriquecido e o empobrecido, determinando a exigibilidade de uma prestação de conteúdo

⁵⁹ “Art. 886. Não caberá a restituição por enriquecimento, se a lei conferir ao lesado outros meios para se ressarcir do prejuízo sofrido.” (BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 19 abr. 2021).

⁶⁰ Os requisitos e a regra de subsidiariedade supracitados serão objeto de análise dos itens seguintes da presente monografia.

⁶¹ 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: 20 abr. 2021, p. 64.

⁶² MICHELON JR., Cláudio. **Direito Restitutivo**: Enriquecimento sem Causa; Pagamento Indevido; Gestão de Negócios. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 15-18.

⁶³ 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 abr. 2021.

econômico cujo inadimplemento implica a sujeição do patrimônio do devedor. Presentes estão, dessa forma, as duas faces da obrigação, a saber, o *debitum* e a *obligatio*.⁶⁴

Estabelecido, desse modo, o enriquecimento sem causa como fonte obrigacional positivada no Direito brasileiro, deve-se compreender a função do instituto. Quanto à questão, leciona Francisco Manuel Pereira Coelho, que o propósito da lei de enriquecimento sem causa é, a rigor, remover o enriquecimento, apagando a diferença verificável no patrimônio do enriquecido. Irrelevante é a situação do empobrecido, seja igual, melhor ou pior que aquela que estaria caso não se tivesse dado o deslocamento patrimonial que dá fundamento à obrigação de restituir. Torna-se possível, inclusive, que o titular da pretensão restitutória seja colocado em situação melhor, a exemplo das hipóteses de utilização rentável não autorizada de bens dos quais o empobrecido não utilizaria.⁶⁵

O que se tem, portanto, é o objetivo específico de remoção do enriquecimento, que, contrariamente ao que acontece no âmbito da responsabilidade civil, poderá efetuar a remoção de danos somente de maneira indireta e eventual. Assim, o que provoca a reação do ordenamento é a vantagem ou aumento injustificado do patrimônio do enriquecido, e não a possível perda ou diminuição verificada no patrimônio do empobrecido.⁶⁶

Diante do acima exposto, pode-se aferir que a função específica do enriquecimento sem causa possui o condão de remover o lucro da intervenção, uma vez que a problemática diz respeito a, justamente, retirar o locupletamento obtido de maneira indevida. De tal forma, à primeira vista, tem-se que o instituto pode ser o *locus* adequado para solucionar o fenômeno do lucro da intervenção.

Conquanto, faz-se necessário, a fim de confirmar a compatibilidade do lucro da intervenção com o instituto, analisar, especificamente, os requisitos indispensáveis para a pretensão da restituição do enriquecimento sem causa, bem como examinar a regra de subsidiariedade contida no Art. 886⁶⁷, com o propósito de identificar se os regramentos do instituto possuem fundamentação idônea para proporcionar a restituição dos lucros obtidos através da indevida ingerência em bens e direitos alheios.

⁶⁴ 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: 20 abr. 2021, p. 65.

⁶⁵ COELHO, Francisco Manuel Pereira. **O Enriquecimento e o Dano**. 1. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 24.

⁶⁶ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil e Enriquecimento Sem Causa: O Lucro da Intervenção**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 54.

⁶⁷ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 19 abr. 2021.

3.2 OS REQUISITOS PARA A CONFIGURAÇÃO DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA

O direito à remoção do enriquecimento sem causa é tutelado por meio da tradicionalmente chamada ação de *in rem verso* (expressão intraduzível, que, em sentido literal, significaria “ação de versão na coisa”, a qual, no Direito romano, era a via adequada para reivindicar restituições de coisas ou valores). Para que se obtenha a procedência dessa ação, é imprescindível provar a configuração dos pressupostos da obrigação de restituir.⁶⁸ Quanto a isso, podem ser encontrados três requisitos expressos no texto do Art. 884 do Código Civil⁶⁹, que dispõe: “*Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários*”.⁷⁰

Além dos três requisitos extraídos do dispositivo supramencionado, que praticamente não levantam divergência doutrinária, cabe ressaltar que alguns autores indicam o “nexo causal”, em outras palavras, o liame entre o enriquecimento de um e o empobrecimento de outro, como um pressuposto adicional independente. Outros entendem, no entanto, que este resta incluso no requisito “à custa de outrem”. O nexo causal é, de fato, um pressuposto essencial, pois apenas a partir deste que se pode explicar o nascimento da obrigação de quem se beneficiou, consistente em restituir valores a outrem.⁷¹ Esse requisito, contudo, será analisado no âmbito da obtenção do enriquecimento à custa de outrem, dado que a discussão acerca da independência ou não deste não impacta a temática analisada nesta monografia.

Importa destacar que a leitura precisa dos requisitos inerentes ao enriquecimento sem causa é indispensável para que se encontre a resposta exata acerca do possível enquadramento do lucro da intervenção no instituto. Para tal, primeiramente, estudar-se-á pormenorizadamente a cláusula geral insculpida no Art. 884 do Código Civil⁷², nomeadamente no que pertine aos requisitos expressos no referido dispositivo. Nessa toada,

⁶⁸ NORONHA, Fernando. Enriquecimento sem causa. **Doutrinas Essenciais: Obrigações e Contratos**, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 1.085-1.122, jun. 2011, p. 1.097.

⁶⁹ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 19 abr. 2021.

⁷⁰ Há significativa parte da doutrina que considera como requisito, também, o caráter subsidiário da ação. Este aspecto, por não tratar diretamente da configuração do enriquecimento sem causa, será objeto de análise desta monografia posteriormente.

⁷¹ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil e Enriquecimento Sem Causa: O Lucro da Intervenção**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 57.

⁷² BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 19 abr. 2021.

examinar-se-á, em ordem: (a) o enriquecimento; (b) a obtenção do enriquecimento à custa de outrem; (c) e a ausência de justa causa.

3.2.1 O enriquecimento

Figura indispensável à pretensão de enriquecimento sem causa é, indiscutivelmente, o enriquecimento, pois só a partir da aferição deste que se pode falar em restituição, uma vez que o instituto opera sob a perspectiva do lesante, do interventor. Nessa linha, entende-se, também, que o enriquecimento deve existir no momento da propositura da ação, já que não se trata de indenização por dano, como quando ocorre no âmbito da responsabilidade civil. O requisito possui o mais amplo sentido, podendo compreender qualquer aumento patrimonial, ou diminuição evitada, incluindo vantagens não patrimoniais, desde que estimáveis pecuniariamente.⁷³

Giovanni Ettore Nanni leciona que o conceito de enriquecimento é elástico e indeterminado, adstrito às circunstâncias de cada situação. O Art. 884 do Código Civil⁷⁴, como mencionado anteriormente, trata-se de cláusula geral, e, desse modo, não restringe o escopo de sua atuação, ou seja, todo o enriquecimento obtido, sem justa causa, à custa de outrem, deve ser restituído. Portanto, explica o doutrinador, ensejam a pretensão de enriquecimento: o acréscimo patrimonial de direito novo, o incremento de um valor já existente no patrimônio, a diminuição do passivo, o impedimento do aumento do passivo, a utilização temporária de um bem ou serviço, entre outros.⁷⁵

A grande questão, entretanto, relacionada a esse requisito, reside na determinação do seu valor, que variará dependendo da concepção de enriquecimento adotada, quais sejam, enriquecimento real ou enriquecimento patrimonial. O termo “enriquecimento real” está associado ao objeto do enriquecimento e corresponde ao valor objetivo da vantagem adquirida - o valor de uso do bem, do próprio bem, ou direito incorporado ao patrimônio do enriquecido. Já a expressão “enriquecimento patrimonial” diz respeito à pessoa enriquecida e é calculado através da comparação da situação do seu patrimônio em dois momentos distintos, antes e depois do ato que gerou o enriquecimento.⁷⁶

⁷³ ALVIM, Agostinho. Do enriquecimento sem causa. **Doutrinas Essenciais: Obrigações e Contratos**, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 911-953, jun. 2011, p. 922.

⁷⁴ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 19 abr. 2021.

⁷⁵ NANNI, Giovanni Ettore. **Enriquecimento sem causa**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 225.

⁷⁶ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil e Enriquecimento Sem Causa: O Lucro da Intervenção**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 58-59.

Diante de ambiguidade acerca do conteúdo do enriquecimento, a doutrina já considerou que a restituição deveria se basear, via de regra, no enriquecimento real. Contudo, a referida linha de pensamento finda por desnaturar a função precípua do instituto, que consiste, verdadeiramente, na restauração do patrimônio do enriquecido ao estado em que deveria estar caso não verificada o enriquecimento injusto (*status quo ante*). Por conseguinte, somente uma concepção de enriquecimento que leve em consideração as concretas condições patrimoniais da pessoa poderá revelar a acurada medida do enriquecimento no caso concreto, sendo irrelevante aquilo que seria a média - ou o valor “objetivo” - da vantagem na generalidade das situações. Ademais, a proposta de investigação do enriquecimento sem causa com base no critério patrimonial é a única que justifica o estudo do lucro da intervenção nessa seara.⁷⁷

Dessarte, tem-se que o enriquecimento no sentido real corresponderá somente ao valor objetivo do próprio uso ou consumo, ou da própria prestação. De outro lado, a apuração do enriquecimento no sentido patrimonial exigirá saber que efeito ou influência aquele uso ou consumo ou prestação efetuada teve sobre o patrimônio do enriquecido. Esse efeito ou influência, por sua vez, é aleatório e contingente, de forma que o enriquecimento em sentido patrimonial pode superar significativamente o enriquecimento real, ou, simplesmente, ficar aquém deste.⁷⁸ Para essa última hipótese, cabe, excepcionalmente, adotar o critério do enriquecimento real, pois representará um enriquecimento apenas em efetiva poupança de despesas.⁷⁹

Nessa linha, Fernando Noronha explica que o enriquecimento deve ser medido em termos patrimoniais, de forma que consistirá na diferença existente entre a situação atual do patrimônio do beneficiado, em relação ao cenário hipotético em que se encontraria caso não tivesse se aproveitado do valor juridicamente destinado a outrem. Interessa, assim, apurar uma situação líquida, na qual se precisará também deduzir dos acréscimos patrimoniais as despesas que hajam sido necessárias para a obtenção do ganho efetivo.⁸⁰

⁷⁷ 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: 22 abr. 2021, p. 12-13.

⁷⁸ COELHO, Francisco Manuel Pereira. **O Enriquecimento e o Dano**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 26-27.

⁷⁹ Os critérios de quantificação do valor a ser restituído serão estudados mais aprofundadamente em item posterior desta monografia.

⁸⁰ NORONHA, Fernando. Enriquecimento sem causa. **Doutrinas Essenciais: Obrigações e Contratos**, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 1.085-1.122, jun. 2011, p. 1.098.

A maior parte da doutrina adota o conceito do enriquecimento patrimonial para fins de determinação da obrigação de restituir.⁸¹ Sérgio Savi, um dos adeptos desse posicionamento, explica que somente a concepção patrimonial permitirá que o enriquecimento sem causa realize a sua função específica de remover o enriquecimento do patrimônio do beneficiado. O autor explica também que, caso a concepção real do enriquecimento seja adotada para todo e qualquer caso, inviabilizar-se-á a utilização do instituto como ferramenta apta a solucionar o problema do lucro da intervenção.⁸²

Frente ao exposto, deduz-se que, em regra, o enriquecimento como requisito positivado no Art. 884 deve ser interpretado através de uma concepção patrimonial. Além disso, tem-se que, por via dessa abordagem, há compatibilidade entre o pressuposto e a remoção do lucro da intervenção. Importa ressaltar, contudo, que a análise da quantificação da restituição não se esgota na verificação do enriquecimento, podendo ser reputada justa ou atenuada mediante a teoria do conteúdo da destinação econômica do bem, que verifica o grau de contribuição das partes para o resultado final.⁸³

3.2.2 Obtenção à custa de outrem

Para além do enriquecimento, um dos outros requisitos para a configuração do enriquecimento sem causa é que este seja obtido “à custa de outrem”. O posicionamento tradicional do Direito nacional e estrangeiro afirma que o enriquecimento precisa, necessariamente, surgir acompanhado de um correspectivo empobrecimento da pessoa à custa de quem se enriqueceu. Sustenta-se, nesse sentido, que a perda patrimonial de alguém seria elemento fundamental do enriquecimento sem causa.⁸⁴ Tal concepção é denominada a “Teoria Unitária do Deslocamento Patrimonial”, desenvolvida por Savigny. Mesmo diante da inexistência de qualquer regra nesse sentido, a doutrina tradicional brasileira interpretou o requisito da obtenção do enriquecimento “à custa de outrem” como sinônimo de um

⁸¹ KONDER, Carlos Nelson. Enriquecimento sem causa e pagamento indevido. *In*: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Obrigações**: estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 383.

⁸² SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil e Enriquecimento Sem Causa**: O Lucro da Intervenção. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 59.

⁸³ MICHELON JR., Cláudio. **Direito Restitutivo**: Enriquecimento sem Causa; Pagamento Indevido; Gestão de Negócios. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 246-248.

⁸⁴ 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: 22 abr. 2021, p. 14.

“deslocamento patrimonial”.⁸⁵ Sob a égide dessa compreensão, ter-se-ia, portanto, uma incompatibilidade do lucro da intervenção com o instituto, uma vez que o fenômeno pode, em muitos casos, ocorrer sem gerar uma perda patrimonial ao titular do bem ou direito utilizado pelo enriquecido.

A expressão “à custa de outrem” abrange, de fato, as situações nas quais é infringindo um efetivo empobrecimento, entretanto, inexistente necessidade em interpretar o termo no seu sentido mais restrito.⁸⁶ Cláudio Michelin Jr, nesse sentido, sustenta a eliminação da ideia do empobrecimento como um pressuposto. O doutrinador explica que a redação do Art. 884 do Código Civil⁸⁷ se aproxima mais da fórmula alemã (Art. 812 do BGB - “*auf dessen Kosten*”⁸⁸), enquanto distanciando-se do *Codice* italiano, que, em seu Art. 2041, dá direito à restituição auferida “*a danno di un'altra persona*”⁸⁹.⁹⁰

O professor e doutrinador português Diogo Leite de Campos defende que, se o direito de propriedade, os direitos sobre bens imateriais e os direitos de personalidade reservam ao seu titular toda a utilidade retirável dos bens que têm por objeto, não parece razoável que a sua proteção diminua quando do usufruto ajurídico por outrem. A obrigação de restituição é, portanto, uma extensão da atuação jurídica do direito, tendo por objeto o resultado da utilização ou emprego de bens jurídicos alheios. Assim, o instituto do enriquecimento sem causa visa a defender a riqueza, entendida não de modo estático, como conjunto de direitos patrimoniais, mas dinamicamente, assim compreendendo o resultado útil das atividades produtivas. Nessa linha, o referido doutrinador conclui que, verdadeiramente, todo enriquecimento deve ser restituído, inexigindo-se a existência de qualquer dano, real ou patrimonial, ou seja, empobrecimento no sentido estrito, do credor.⁹¹

Nesse diapasão, leciona Agostinho Alvim que não é necessário que o patrimônio do empobrecido registre propriamente uma baixa de valor, que pode não existir, por exemplo, no

⁸⁵ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil e Enriquecimento Sem Causa: O Lucro da Intervenção**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 95-96.

⁸⁶ 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: 20 abr. 2021, p. 71.

⁸⁷ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 19 abr. 2021.

⁸⁸ Tradução livre: “às suas custas”.

⁸⁹ Tradução livre: “em detrimento de uma outra pessoa”.

⁹⁰ MICHELON JR., Cláudio. **Direito Restitutivo: Enriquecimento sem Causa; Pagamento Indevido; Gestão de Negócios**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 197-198.

⁹¹ DE CAMPOS, Diogo Leite. Enriquecimento sem causa, responsabilidade civil e nulidade. São Paulo, v. 560, n. 1, p. 259-266, jun. 1982, p. 259-266. *apud* NORONHA, Fernando. Enriquecimento sem causa. **Doutrinas Essenciais: Obrigações e Contratos**, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 1.085-1.122, jun. 2011, p. 1.098.

caso de serviços prestados. Nesse sentido, compreende-se que o empobrecimento é um requisito que pode faltar, ou que merece um sentido que foge ao conceito comum da teoria do patrimônio. A correlação há de ser considerada, a rigor, entre o enriquecimento e um fato que se ligue à outra parte, sendo essa conexão chamada de teoria de indivisibilidade da origem. O indispensável, então, é que exista uma interdependência. Na hipótese de o enriquecimento de alguém não se relacionar com o empobrecimento de outra pessoa, nem com fato seu, nem com alguma circunstância que de qualquer modo lhe diga respeito, não haverá nexo causal, ou seja, não terá acontecido à custa de outrem.⁹²

A exigência do efetivo empobrecimento e do deslocamento patrimonial é um grande limitador do uso do remédio do enriquecimento sem causa. Isso porque a preocupação do instituto não deve ser tentar solucionar o problema de um dano verificado no patrimônio do titular do direito, mas sim extrair do patrimônio do enriquecido o que foi indevidamente acrescido. O legislador brasileiro foi preciso ao tratar da questão, utilizando a expressão “à custa de outrem”, que é abrangente e não emite qualquer indício de que o efetivo deslocamento patrimonial seria um requisito. Por essa razão, em certas hipóteses, basta a simples constatação do enriquecimento para que se dê origem à pretensão de enriquecimento sem causa.⁹³ Nessa acepção, há, inclusive, o Enunciado nº 35 da Jornada de Direito Civil, reconhecendo que a expressão “se enriquecer à custa de outrem” não indica a necessidade de ocorrer, também, um empobrecimento.⁹⁴

É relevante ressaltar que foi especialmente a problemática do lucro da intervenção que provocou a crise da teoria unitária do deslocamento patrimonial. Em 1909, o autor alemão Fritz Schulz publicou a obra “*System der Rechte auf den Eingriffserwerb*”, introduzindo o problema dos lucros gerados através da intervenção em bens ou direitos alheios, propondo uma nova teoria para a configuração do enriquecimento sem causa, que permitiria a aplicação do instituto àquelas situações, a saber, a “Teoria da Ilícitude”. Muito embora a sua teoria tenha sido superada pela doutrina, que atualmente propõe a divisão do instituto em diferentes

⁹² ALVIM, Agostinho. Do enriquecimento sem causa. **Doutrinas Essenciais: Obrigações e Contratos**, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 911-953, jun. 2011, p. 923-924.

⁹³ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil e Enriquecimento Sem Causa: O Lucro da Intervenção**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 96-97.

⁹⁴ Enunciado nº 35 da I Jornada de Direito Civil: “A expressão “se enriquecer à custa de outrem” do art. 886 do novo Código Civil não significa, necessariamente, que deverá haver empobrecimento.” (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: 22 abr. 2021).

categorias, Schulz teve importante papel ao despertar a percuciente discussão acerca da aplicação do enriquecimento sem causa nos casos de lucro da intervenção.⁹⁵

O doutrinador austríaco Walter Wilburg desenvolveu a tese de que enriquecimento por prestação e enriquecimento por intromissão seriam institutos dogmáticos independentes, determinando que, nas hipóteses de uso e consumo de bens alheios, o que tornaria o enriquecimento injustificado seria o fim material do direito atingido e na destinação da sua utilidade para o seu titular.⁹⁶ Ernst Von Caemmerer, por sua vez, aperfeiçoou o sistema desenvolvido por Wilburg, posicionando-se, também, no sentido de existir uma dicotomia no enriquecimento sem causa, contudo, defendendo que o entendimento e a aplicação do instituto dependem da formulação de uma tipologia mais pormenorizada e aberta a novas categorias que a experiência jurídica venha a pôr em evidência, a exemplo do que ocorre na responsabilidade civil.⁹⁷

Para Caemmerer, o rótulo do enriquecimento sem causa abarcaria: enriquecimento por prestação (*Leistungskondiktio*), enriquecimento por intervenção (*Eingriffskondiktio*), enriquecimento por liberação de uma dívida paga por terceiro (*Rückgriffskondiktio*) e enriquecimento resultante de despesas efetuadas em coisa alheia (*Verwendungskondiktio*).⁹⁸ Com relação ao enriquecimento por intromissão em bens alheios, o doutrinador se aproxima de Wilburg na sua definição, que encontra fundamento na desconformidade do benefício em função da ordenação da propriedade e de outros direitos absolutos.⁹⁹

Dessarte, a teoria que merece ser adotada, a fim de definir o que é obtido “à custa” do titular do direito, é a da destinação jurídica dos bens. Segundo esta, tudo quanto os bens sejam capazes de render ou produzir pertence, em princípio, ao seu respectivo titular. A pessoa que, intrometendo-se nos bens jurídicos alheios, adquire uma vantagem patrimonial, obtém-na à

⁹⁵ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil e Enriquecimento Sem Causa**: O Lucro da Intervenção. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 103-105.

⁹⁶ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil e Enriquecimento Sem Causa**: O Lucro da Intervenção. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 106.

⁹⁷ 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: 20 abr. 2021, p. 102.

⁹⁸ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil e Enriquecimento Sem Causa**: O Lucro da Intervenção. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 107.

⁹⁹ 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: 20 abr. 2021, p. 103.

custa do titular do direito, mesmo que este não estivesse disposto a praticar os atos de onde a vantagem procede.¹⁰⁰

A doutrina do conteúdo da destinação assume acentuada relevância para a compreensão global do requisito de obtenção à custa de outrem nas mais variadas hipóteses fáticas de enriquecimento sem causa. O referido pressuposto traduz a consagração legal do entendimento de que a vantagem patrimonial somente pode assumir relevância para fins de deflagração do dever de restituir quando advier de patrimônio alheio. Não se deve cogitar, portanto, de pretensão restitutória fundamentada na vedação ao enriquecimento sem causa se o suposto enriquecimento tiver origem em caso fortuito ou no próprio patrimônio do enriquecido.¹⁰¹

Nesse diapasão, explica Noronha que, em geral, o sistema jurídico, ao atribuir às pessoas os direitos absolutos, oponíveis *erga omnes*, como são os direitos da personalidade e os direitos reais, está reservando somente a elas o aproveitamento econômico dos bens, ainda que imateriais, a que dizem respeito tais direitos. O referido doutrinador exemplifica que, se o sistema jurídico estabelece a propriedade privada, está reconhecendo ao proprietário o aproveitamento econômico dos efeitos oriundos desse direito. Dessa forma, a título de exemplo, se uma empresa coloca em terreno inaproveitado um *outdoor* publicitário sem autorização do dono, terá de pagar ao proprietário, ao menos, o preço da utilização, mesmo que o dono do imóvel não tenha sofrido qualquer dano, sob pena de a empresa enriquecer-se à custa deste.¹⁰²

Diante do exposto, tem-se que a teoria unitária do deslocamento patrimonial é desatualizada e limitadora do instituto do enriquecimento sem causa, que, sob o fundamento desta, não seria capaz de exercer sua função específica plenamente. A teoria da destinação jurídica dos bens, acrescida da concepção de que existem categorias autônomas dentro do instituto, é a mais adequada para que se tenha o adequado funcionamento do enriquecimento sem causa, além de torná-lo apropriado para enquadrar o fenômeno do lucro da intervenção.

¹⁰⁰ ANTUNES VARELA, João de Matos. Das Obrigações em Geral. 10. ed., Coimbra: Almedina, 2005, p. 492-493. *apud* 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. 3-4, dez. 2015.

¹⁰¹ SILVA, Rodrigo da Guia. **A qualificação funcional da pretensão restitutória à luz da vedação ao enriquecimento sem causa**. 2017. 227f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017. Disponível em: <http://152.92.4.120:8080/handle/1/9835>. Acesso em: 22 abr. 2021, p. 109-110.

¹⁰² NORONHA, Fernando. Enriquecimento sem causa. **Doutrinas Essenciais: Obrigações e Contratos**, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 1.085-1.122, jun. 2011, p. 1.091.

A cláusula geral do Art. 884 do Código Civil¹⁰³ é ampla e alinhada às concepções supramencionadas, impossibilitando um tratamento unitário do instituto.

3.2.3 Ausência de justa causa

O terceiro requisito para a configuração do enriquecimento sem causa que pode ser extraído do Art. 884 do Código Civil¹⁰⁴ trata-se da ausência de “justa causa”. A palavra “causa” possui variadas acepções na terminologia jurídica, sendo utilizada, comumente, como elemento do negócio jurídico. Contudo, a causa a que se refere o dispositivo é diversa daquela empregada no âmbito do negócio jurídico, tendo como significado, a rigor, “causa de atribuição patrimonial”¹⁰⁵, não se confundindo, portanto, com a condição de existência das obrigações convencionais.¹⁰⁶

A concepção de causa de atribuição patrimonial foi profundamente elaborada na Alemanha e envolve uma investigação geral sobre a existência de razão que justifique uma posição jurídica ativa sobre um determinado bem que seja atribuída a um determinado sujeito de direito.¹⁰⁷ Existem atribuições patrimoniais que derivam de um negócio jurídico, e, neste caso, sua justificação depende da eficácia desse negócio. Por outro lado, há atribuições que se originam de outros fatos jurídicos, e, desse modo, a causa de atribuição patrimonial é a justificativa material para a ocorrência e permanência de uma atribuição patrimonial. Na hipótese da ausência dessa causa, configura-se, portanto, o pressuposto essencial para a constituição da obrigação restitutória.¹⁰⁸

Agostinho Alvim leciona que, no âmbito do enriquecimento injustificado, causa possui a acepção que lhe empresta a doutrina clássica francesa, ou seja, de contraprestação. A causa

¹⁰³ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 19 abr. 2021.

¹⁰⁴ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 19 abr. 2021.

¹⁰⁵ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil e Enriquecimento Sem Causa: O Lucro da Intervenção**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 61.

¹⁰⁶ 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: 20 abr. 2021, p. 54.

¹⁰⁷ MICHELON JR., Cláudio. **Direito Restitutivo: Enriquecimento sem Causa; Pagamento Indevido; Gestão de Negócios**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 202.

¹⁰⁸ 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: 20 abr. 2021, p. 76.

poderia, portanto, explicar o enriquecimento, tratando-se de uma contrapartida. Assim, pode encontrar apoio em lei que autorize o enriquecimento, em um contrato, em uma decisão judicial ou, ainda, em um fato originado de outra parte.¹⁰⁹

Rodrigo da Guia Silva elucida que, nesse contexto, cumpre investigar o alcance do requisito de ausência de justa causa para fins de configuração da cláusula geral contida no Art. 884 do Código Civil¹¹⁰. O referido doutrinador adverte, entretanto, que a disciplina da vedação ao enriquecimento sem causa não tem por vocação definir abstrata e previamente as causas legítimas de atribuição patrimonial. A esse mister destinam-se setores e comandos normativos dos mais diversos no Direito brasileiro, aos quais o direito restitutivo não tem pretensão de se sobrepor. Não incumbe, portanto, ao regramento do enriquecimento sem causa definir, por exemplo, a abusividade de cláusulas inseridas em determinado contrato, mas sim disciplinar os efeitos da ausência superveniente da causa de atribuição patrimonial.¹¹¹

A noção de título jurídico idôneo usualmente é associada à ideia de justa causa, podendo servir como valioso parâmetro interpretativo, mas não se recomenda que o intérprete resuma a análise do requisito à presença ou não de justo título tal como tradicionalmente concebido. Em vez disso, afigura-se mais razoável entender que o enriquecimento somente poderá ser considerado sem justa causa quando sobre ele incorrer juízo de reprovabilidade à luz da tábua axiológica constitucional. Dessarte, ainda que careça de justo título em sentido estrito, a situação jurídica do enriquecido pode vir a ser resguardada caso se conclua, diante das circunstâncias do caso concreto, que satisfatoriamente promove os princípios e valores do ordenamento jurídico. Não se trata de interpretação inédita na doutrina do Direito Civil, uma vez que, a presente proposta consiste na promoção, no âmbito do enriquecimento sem causa, de percurso similar àquele trilhado na seara da responsabilidade civil que permitiu à civilística pugnar, na célebre expressão de Orlando Gomes, pelo “giro conceitual do ato ilícito para o dano injusto”.¹¹²

¹⁰⁹ ALVIM, Agostinho. Do enriquecimento sem causa. **Doutrinas Essenciais: Obrigações e Contratos**, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 911-953, jun. 2011, p. 926-927.

¹¹⁰ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 19 abr. 2021

¹¹¹ SILVA, Rodrigo da Guia. **A qualificação funcional da pretensão restitutória à luz da vedação ao enriquecimento sem causa**. 2017. 227f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017. Disponível em: <http://152.92.4.120:8080/handle/1/9835>. Acesso em: 22 abr. 2021, p. 112-113.

¹¹² SILVA, Rodrigo da Guia. **A qualificação funcional da pretensão restitutória à luz da vedação ao enriquecimento sem causa**. 2017. 227f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017. Disponível em: <http://152.92.4.120:8080/handle/1/9835>. Acesso em: 22 abr. 2021, p. 113-118.

No contexto do lucro da intervenção, a ausência de justa causa é indiciada pela constatação da inexistência de autorização legal ou negocial para a utilização de direito alheio, sendo certo, contudo, que a ausência de título jurídico formal deve ser sopesada com os demais valores relevantes para a delimitação da (in)justiça do enriquecimento em cada caso concreto. A configuração do requisito da ausência da justa causa para fins de deflagração do dever de restituir o lucro da intervenção não se perfaz, portanto, com a mera análise da inexistência de título jurídico em sentido formal e tradicional. Para tanto, afigura-se imprescindível a promoção do juízo de merecimento de tutela para que se possa concluir sobre a justiça ou injustiça do enriquecimento à luz da legalidade constitucional.¹¹³

Segundo Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, no âmbito do enriquecimento por intromissão, uma vez rejeitada a doutrina que configurava a ausência de causa jurídica através da ilicitude da intervenção, parece produtivo o recurso ao conceito de conteúdo da destinação dos direitos, considerando-se que uma aquisição não tem, em princípio, causa jurídica quando resulta na apropriação de bens ou utilidades destinadas a outrem por meio de um direito subjetivo ou de norma de proteção com um conteúdo patrimonial. Tem-se, sob essa lógica, que a ausência de causa jurídica pode ser resultado automático do preenchimento do requisito da obtenção do enriquecimento à custa de outrem, no âmbito do lucro da intervenção.¹¹⁴

Tem-se, por fim, que a causa de atribuição patrimonial exigida pelo ordenamento jurídico para que o enriquecimento não enseje a ação de enriquecimento sem causa deve ser compreendida como o motivo jurídico ou a justificação do aporte de um bem a um determinado patrimônio, podendo tal justificação ser um negócio jurídico, um dispositivo legal, ou uma decisão judicial. Assim, o enriquecimento não tem causa quando, segundo o ordenamento jurídico, não devia pertencer àquele que dele beneficia, mas sim a outrem. O requisito da ausência de justa causa trata-se de cláusula geral, propositadamente aberta para deixar nas mãos do julgador a decisão acerca da legitimidade ou não dos enriquecimentos que vierem a ser objeto de questionamento em juízo. Somente por intermédio de análise do caso concreto e dos elementos de prova é que será possível determinar se o enriquecido tem uma justificação para aquele determinado incremento em seu patrimônio.¹¹⁵

¹¹³ 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. 4-5.

¹¹⁴ 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. 894-895.

¹¹⁵ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil e Enriquecimento Sem Causa**: O Lucro da Intervenção. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 62-63.

Dessarte, conclui-se que o requisito da ausência de justa causa, como cláusula geral aberta que deve ser interpretada à luz da tábua axiológica constitucional, guarda, também, compatibilidade com a remoção do enriquecimento por intromissão. De tal forma, reconhece-se que a pretensão de remoção do lucro da intervenção preenche todos os requisitos estipulados na cláusula geral de enriquecimento sem causa, preconizada no Art. 884 do Código Civil¹¹⁶, a saber: (a) a ocorrência de um enriquecimento (*se enriquecer*); (b) que o enriquecimento tenha se dado à custa de outrem (*à custa de outrem*); (c) a inexistência de causa justificativa para o enriquecimento (*sem justa causa*).

3.3 A NATUREZA SUBSIDIÁRIA POSITIVADA NO ART. 886 DO CÓDIGO CIVIL

Analisados e preenchidos os pressupostos estabelecidos na cláusula geral de enriquecimento sem causa do Art. 884 do Código Civil, cabe examinar a regra de subsidiariedade contemplada pelo instituto, a fim de compreender que impactos esta pode ter na pretensão de remoção do lucro da intervenção. O referido regramento está disposto no Art. 886 do diploma civil, que dispõe: “*Não caberá a restituição por enriquecimento, se a lei conferir ao lesado outros meios para se ressarcir do prejuízo sofrido*”.¹¹⁷

Segundo Agostinho Alvim, o surgimento do princípio da subsidiariedade carece de justificação lógico-dogmática, possuindo uma explicação majoritariamente histórica. Este emergiu ao final do século XIX, na França, quando, à época, ao tratarem de definir os princípios do enriquecimento sem causa, receou-se que o novo instituto pudesse subverter os demais princípios de direito, pois aparentava que este poderia ser sempre invocado. Temia-se, então, que a ação de *in rem verso* pudesse suplantar todas as outras ações.¹¹⁸ Antunes Varela, nessa linha, associa uma adoção mais extremada da subsidiariedade com o Direito francês, no qual reina o princípio da eficácia real dos contratos de alienação de coisa determinada, permitindo-se a reação contra a falta de causa por meio de ação anulatória.¹¹⁹

¹¹⁶ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 19 abr. 2021

¹¹⁷ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 19 abr. 2021

¹¹⁸ ALVIM, Agostinho. Do enriquecimento sem causa. **Doutrinas Essenciais: Obrigações e Contratos**, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 911-953, jun. 2011, p. 929.

¹¹⁹ VARELA, João de Matos Antunes. Direito das obrigações. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 200-201. *apud* 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: 20 abr. 2021, p. 61.

A positivação da regra de subsidiariedade, ao lado da própria cláusula geral do dever de restituir, traduz autêntica inovação no âmbito do Direito brasileiro. Contudo, não se trata, como supramencionado, de postura pioneira nos sistemas de tradição romano-germânica. Nesse sentido, o *Codice* italiano de 1942, imediatamente após a enunciação, no seu Art. 2.041, da “ação geral de enriquecimento” (“*azione generale di arricchimento*”), estabelece, no artigo seguinte, sob a epígrafe de “caráter subsidiário da ação”: “A ação de enriquecimento não é proponível quando o lesado pode exercitar uma outra ação para se fazer indenizar do prejuízo sofrido”.¹²⁰

No que pertine à compreensão da regra de subsidiariedade em atenção à sistemática própria do enriquecimento sem causa, Diogo Leite de Campos leciona que o instituto encontra-se em concurso com outras disciplinas mais complexas destinadas especificamente a reger certas hipóteses fáticas. A subsidiariedade incidiria, então, no sentido de determinar a solução do conflito aparente mediante a consunção das normas concorrentes, de modo que a disciplina mais complexa e específica prevaleceria em detrimento daquela mais simples e genérica do enriquecimento sem causa.¹²¹

A finalidade de tal regra é impedir a utilização do enriquecimento sem causa como mecanismo para burlar regras específicas, previstas em outros dispositivos do Código Civil ou da legislação extravagante, que muitas vezes limitam ou mesmo afastam a possibilidade de restituição. Objetiva, portanto, evitar a fraude à lei, de forma a impedir que o instituto seja utilizado como “boia de salvação” para alguém que tenha à sua disposição outra ação, que se tornou inoperante por fato imputável àquela pessoa. Assim, a correta leitura da regra de subsidiariedade exerce uma importante função no ordenamento jurídico brasileiro. Se levada às últimas consequências, conquanto, pode gerar a completa inutilidade do instituto, obstruindo a sua função específica.¹²²

Alvim identifica a referida fonte de obrigação como subsidiária, mas atenta que esse caráter não deve ser interpretado como obstáculo para o ajuizamento da competente ação. O

¹²⁰ SILVA, Rodrigo da Guia. **A qualificação funcional da pretensão restitória à luz da vedação ao enriquecimento sem causa**. 2017. 227f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017. Disponível em: <http://152.92.4.120:8080/handle/1/9835>. Acesso em: 22 abr. 2021, p. 129-130.

¹²¹ GOMES, Júlio Manuel Vieira. O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1998, p. 422-423. *apud* SILVA, Rodrigo da Guia. **A qualificação funcional da pretensão restitória à luz da vedação ao enriquecimento sem causa**. 2017. 227f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017. Disponível em: <http://152.92.4.120:8080/handle/1/9835>. Acesso em: 22 abr. 2021, p. 135-136.

¹²² SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil e Enriquecimento Sem Causa: O Lucro da Intervenção**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 116-117.

referido autor explica que basta a comprovação da concorrência de todos os pressupostos da obrigação de restituir, que a pretensão não deve ser repelida, esclarecendo que o objetivo da doutrina ao exigir tal requisito seria apenas o de impedir que se conceda a restituição nos casos em que o ordenamento por outras formas não a admita.¹²³

Nesse diapasão, Giovanni Nanni sustenta que a ação de enriquecimento sem causa pode ser exercitada a despeito da existência de outros remédios, contanto que os requisitos específicos da pretensão de enriquecimento sem causa estejam preenchidos e inexista a intenção de fraudar a lei. Considerando o *status* de cláusula geral do enriquecimento sem causa, tem-se que o instituto não deve ser restringido de forma excessiva, merecendo, por conseguinte, uma interpretação que lhe dê concretidade e operabilidade.¹²⁴

Para Cláudio Michelon Jr., uma concepção abstrata da regra de subsidiariedade não se coaduna com os novos postulados do Direito moderno, especialmente no Direito Civil, que atualmente deve ser enxergado como um sistema aberto e sensível ao caso concreto, diferentemente da concepção formal de sistema fechado reinante no século XIX. Inclusive, essa nova concepção teria sido a proposta de Miguel Reale, supervisor da comissão que elaborou o diploma. Segundo Michelon, a mera existência ineficaz de outro meio de eliminação do enriquecimento não basta para que se invoque a regra de subsidiariedade, que deve ser compreendida somente como um instrumento para que não se sobreponham, no caso concreto, regras jurídicas destinadas a sancionar de forma igual a mesma situação.¹²⁵

Nos casos em que o remédio alternativo corrige apenas parcialmente o enriquecimento sem causa, o excedente não restituído pode ser objeto da específica pretensão restitutória fundada no Art. 884 do Código Civil, sem afronta ao Art. 886¹²⁶. Exemplo disso é, propriamente, a hipótese da responsabilidade civil, que, por meio da recomposição do dano, removerá apenas parte do enriquecimento sem causa, ou do lucro da intervenção, situação na qual o montante não restituído poderá ser reclamado por meio da ação específica.¹²⁷

Nesse diapasão, Sérgio Savi alerta que quando o ato do ofensor, além de lhe gerar lucros, causar danos ao titular do direito, este terá sempre a ação de responsabilidade civil a mover contra o ofensor e, conforme leitura ultrapassada e equivocada da regra de

¹²³ ALVIM, Agostinho. Do enriquecimento sem causa. **Doutrinas Essenciais: Obrigações e Contratos**, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 911-953, jun. 2011, p. 931-932.

¹²⁴ NANNI, Giovanni Ettore. **Enriquecimento sem causa**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 268-269.

¹²⁵ MICHELON JR., Cláudio. **Direito Restitutivo: Enriquecimento sem Causa; Pagamento Indevido; Gestão de Negócios**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 255-264.

¹²⁶ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 19 abr. 2021

¹²⁷ MICHELON JR., Cláudio. **Direito Restitutivo: Enriquecimento sem Causa; Pagamento Indevido; Gestão de Negócios**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 264.

subsidiariedade, não poderia se valer da ação de enriquecimento sem causa. Tal forma de aplicação simplista da regra inviabilizaria a utilização do enriquecimento sem causa como solução ao lucro da intervenção, uma vez que, caso os danos causados fossem inferiores à vantagem patrimonial auferida e entender-se que o titular do direito somente pode manejar a ação de responsabilidade civil, esse lucro excedente restaria definitivamente ao ofensor.¹²⁸

Para Carlos Nelson Konder, esse obstáculo encontrado na regra da subsidiariedade se mostra contornável por uma necessária reinterpretação da regra. O doutrinador explica que a subsidiariedade se refere à aplicação do princípio geral da vedação ao enriquecimento sem causa frente a hipóteses regulamentadas de maneira específica pelo legislador. O dispositivo não impede, todavia, a cumulação entre a pretensão de restituição do enriquecimento sem causa e a pretensão de indenização por responsabilidade civil, que desempenham funções distintas e têm fundamentos diversos. Há de se observar, conquanto, se as duas pretensões não têm um mesmo objeto, como no caso de o enriquecimento já estar abarcado integralmente pelo dano a ser indenizado.¹²⁹

O que se tem, verdadeiramente, é que as diferentes funções dos institutos da responsabilidade civil e do enriquecimento sem causa fazem com que não seja possível admitir uma integral subsidiariedade da pretensão de restituição em relação à pretensão de reparação do dano. A ação de enriquecimento sem causa, no máximo, será subsidiária em relação a outras pretensões se por intermédio destas o titular do direito conseguir obter o mesmo ou um resultado mais favorável do que aquele que faria jus se exercesse a pretensão de enriquecimento sem causa. Nessa linha, nas hipóteses de lucro da intervenção em que os lucros obtidos pelo interventor são superiores aos danos causados, a ação de responsabilidade civil não poderá ser considerada como um outro meio capaz de obstar o exercício da ação de enriquecimento sem causa, pois, por intermédio daquela, apenas conseguirá obter compensação pelos danos sofridos, jamais a restituição dos lucros obtidos¹³⁰, que esbarrarão, nos termos do Art. 944 do Código Civil¹³¹, no princípio da reparação integral.

Portanto, diante das considerações apresentadas acerca da regra de subsidiariedade, tem-se que esta não obstrui o enquadramento do lucro da intervenção no âmbito do enriquecimento sem causa. Isso porque, independentemente do posicionamento adotado, seja

¹²⁸ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil e Enriquecimento Sem Causa**: O Lucro da Intervenção. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 117.

¹²⁹ 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. 237.

¹³⁰ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil e Enriquecimento Sem Causa**: O Lucro da Intervenção. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 118-119.

¹³¹ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 19 abr. 2021

o que impede a utilização da cláusula geral de enriquecimento sem causa diante da existência de disciplina específica que possa proporcionar a restituição, ou o que sustenta que nem sequer a concorrência de remédios é capaz de prejudicar a pretensão fundada na cláusula geral do Art. 884 do Código Civil¹³², nenhum tem o condão de afastar a remoção do lucro da intervenção, que tem, no instituto, a sua única via restitória específica no contexto do ordenamento jurídico brasileiro. Além disso, restou concluído que nada impede o manejo da ação de enriquecimento sem causa a fim de restituir o enriquecimento por intromissão que não restou contemplado pela esfera da responsabilidade civil, a partir da remoção de danos.

Diante disso, resta conclusa a análise dos contornos do enriquecimento sem causa, com enfoque na sua compatibilidade para com a remoção do lucro da intervenção, especialmente no que pertine à cláusula geral do Art. 884 e à regra de subsidiariedade do Art. 886, ambas do Código Civil¹³³. A interpretação moderna e contextualizada dos regramentos e da função específica do instituto revela que o lucro da intervenção preenche os pressupostos necessários a ensejar a ação de enriquecimento sem causa, de forma que inexiste qualquer prejuízo à pretensão restitória.

Primeiramente, no que pertine ao requisito do enriquecimento, observou-se que este não está limitado à sua concepção real, que tornaria o instituto inadequado à remoção do lucro da intervenção. Isso porque a noção de enriquecimento patrimonial, que consiste na apuração das atribuições patrimoniais efetivamente auferidas, é a única capaz de ocasionar êxito à função específica do instituto, a saber, a da remoção do enriquecimento, e, também, de possibilitar a restituição do lucro da intervenção.

Com relação ao pressuposto da obtenção à custa de outrem, verificou-se que a teoria unitária do deslocamento patrimonial é inapropriada para o cumprimento da função específica do instituto do enriquecimento sem causa, bem como para fins de restituição do enriquecimento por intromissão. Concluiu-se que o requisito deve ser interpretado à luz da teoria da destinação jurídica dos bens, segundo a qual todas as vantagens patrimoniais geradas por um bem estão reservadas ao seu titular. Por essa lente interpretativa, o requisito mostra-se compatível com a restituição do lucro da intervenção, que se refere, justamente, à ingerência indevida em direitos ou bens reservados a outrem.

No que tange ao requisito da ausência de justa causa, averiguou-se que o pressuposto não se limita à ideia de ausência de título jurídico idôneo, mas sim compreende a ausência

¹³² BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 19 abr. 2021.

¹³³ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 19 abr. 2021.

qualquer motivo jurídico ou justificação do aporte de um bem a um determinado patrimônio, de forma que o enriquecimento não tem causa quando, segundo o ordenamento jurídico, não devia pertencer àquele que dele beneficia, mas sim a outrem. Com isso, inexistente qualquer obstrução, por parte desse requisito, à remoção do lucro da intervenção, que, por advir desprovido de autorização do titular do direito ou bem jurídico, incorre, naturalmente, na ausência de causa que o justifique.

Por fim, a partir de análise da regra de subsidiariedade, concluiu-se que uma leitura absoluta das implicações do dispositivo acarretaria numa restrição excessiva do enriquecimento sem causa, que, por conseguinte, não comportaria a restituição do lucro da intervenção nas hipóteses em que fosse causado dano. Averiguou-se que o regramento deve ser interpretado de forma a manter a concretude e operabilidade do instituto, de forma que inexistente qualquer impeditivo à cumulatividade de ação restitutória com a reparatória, para fins de remoção do lucro da intervenção que vier a superar o montante indenizado pela via da responsabilidade civil.

Dessa forma, resta revelada a viabilidade da remoção do lucro da intervenção por intermédio do instituto do enriquecimento sem causa, por conta da compatibilidade funcional e do preenchimento dos requisitos preconizados em lei. Resta, a seguir, examinar qual seria o objeto de restituição nessas hipóteses.

3.4 O OBJETO DA RESTITUIÇÃO

Concebida a conclusão de que o enriquecimento sem causa tem o condão de restituir o lucro da intervenção, surge o questionamento acerca de como deve dar-se essa restituição, especialmente no que pertine à sua quantificação. Para fins dessa análise, cabe rememorar que a concepção de enriquecimento adotada prioritariamente deve ser a patrimonial, que melhor corresponde à função específica do instituto.

No âmbito do enriquecimento sem causa, a teoria do duplo limite restou consagrada pela doutrina clássica de diversos países do sistema romano-germânico, incluindo o Brasil, razão pela qual será o primeiro aspecto a ser analisado. Segundo esta, o parâmetro de aferição do valor da obrigação de restituir será, entre o “enriquecimento” e o “empobrecimento”,

aquele que for menor¹³⁴, dinâmica que tem por objetivo evitar um suposto locupletamento às avessas.¹³⁵

Tal percepção parece revelar que o desenvolvimento da teoria do duplo limite pautou-se, em larga medida, na preocupação em restringirem-se os efeitos da adoção generalizada do critério do enriquecimento patrimonial. Isso porque a assunção da referida teoria restringe a prevalência do enriquecimento patrimonial às hipóteses em que seu montante é inferior ao empobrecimento real. De outra forma, nas hipóteses em que o enriquecimento patrimonial assume a maior monta, a restituição limita-se ao empobrecimento real. A consagração da teoria do duplo limite produziu, então, um cenário no qual o critério patrimonial do enriquecimento serviria apenas para reduzir o montante da restituição, e nunca para aumentá-lo.¹³⁶

Admitir a aplicação da referida teoria para os casos em que o lucro da intervenção é superior aos danos causados à vítima implicaria permitir que o interventor retivesse para si todo o lucro excedente ao dano concretamente sofrido pelo titular do direito.¹³⁷ Rememora-se, conquanto, que o empobrecimento é elemento totalmente prescindível para a pretensão de enriquecimento sem causa, de forma que a teoria do duplo limite encontra-se obsoleta e a sua utilização, além de confundir a pretensão reparatória com a restitutória, torna o instituto verdadeiramente incapaz de realizar a sua função específica, motivo pelo qual precisa ser rejeitada.

Nesse diapasão, Giovanni Nanni leciona que a teoria do duplo limite não possui aplicação à luz do Código Civil de 2002, e também dos valores da liberdade, justiça e solidariedade. Inexiste motivo para que o enriquecido conserve para si o lucro obtido, e o perfilhamento da tese do duplo limite confunde os objetivos da obrigação de restituir com os da responsabilidade civil, esta última sim voltada à tarefa de remover o dano. Ademais, o referido autor relembra que o pressuposto do empobrecimento pode restar ausente sem que

¹³⁴ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil e Enriquecimento Sem Causa**: O Lucro da Intervenção. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 122.

¹³⁵ FAJNGOLD, Leonardo; SALGADO, Bernardo; GUERCHON, Dan. Lucro da intervenção: a disciplina e os julgamentos pioneiros no Superior Tribunal de Justiça. **Revista Brasileira de Direito Civil - RBDCivil**, Belo Horizonte, v. 21, n. 3, p. 163-189, set. 2019, p. 181.

¹³⁶ SILVA, Rodrigo da Guia. **A qualificação funcional da pretensão restitutória à luz da vedação ao enriquecimento sem causa**. 2017. 227f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017. Disponível em: <http://152.92.4.120:8080/handle/1/9835>. Acesso em: 22 abr. 2021, p. 102-103.

¹³⁷ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil e Enriquecimento Sem Causa**: O Lucro da Intervenção. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 123.

fique afetada a obrigação de restituir, o que levaria, segundo a teoria do duplo limite, ao efeito prático de se afastar o dever de transferir o enriquecimento ao prejudicado.¹³⁸

Para Cláudio Michelon Jr., a doutrina do duplo limite apoia-se na obsoleta premissa do enriquecimento, que ignora, entre outros, o lucro da intervenção, em que, usualmente, não gera dano e nem por isso deixa de merecer a tutela do instituto do enriquecimento sem causa. De tal forma, a vigência da teoria do duplo limite exigiria um artificial alargamento do conceito de dano, que passaria a ser identificado ao conteúdo de destinação econômica dos bens.¹³⁹

Superada a teoria do duplo limite, segue-se a analisar os outros contornos referentes à quantificação do objeto da restituição, tendo por base para tal, portanto, o enriquecimento. Quanto à temática, importa ressaltar que a extensão do *quantum debeatur* carece de disposição legal que determine os seus critérios de cálculo.

Nas hipóteses em que ocorre um enriquecimento por prestação, no qual há um correspectivo empobrecimento do titular do direito, ou seja, um efetivo deslocamento patrimonial, o objeto da restituição não apresenta ambiguidades. A título de exemplo, se alguém recebe o pagamento antecipado previsto em um contrato de prestação de serviço, que, antes de os serviços serem prestados, é declarado nulo judicialmente, bem como a relação desfeita, tem-se que o valor a ser restituído equivalerá ao que foi pago pelos serviços que acabaram não sendo prestados. O questionamento acerca da delimitação do objeto de restituição surge, porém, naquelas hipóteses em que não há correlação entre o empobrecimento e o enriquecimento, situação usual nos casos de enriquecimento por intromissão em direitos alheios.¹⁴⁰

Faz-se necessário lembrar que a delimitação do lucro auferido pelo interventor pressupõe o prévio abatimento do montante porventura desembolsado a título de indenização pelo uso do bem ou direito alheio. Não haveria, de fato, sentido em reconhecer a existência de lucro quando a situação patrimonial do interventor após a intromissão se revelar idêntica ou mais gravosa do que aquela existente anteriormente à intervenção, sob pena de imposição de uma condenação injustificada. A vedação ao enriquecimento sem causa, no mesmo compasso da responsabilidade civil, não se presta, por vocação, a propósitos punitivo-pedagógicos, mas tão somente à justa recomposição dos patrimônios. Pode-se cogitar de lucro a ser restituído,

¹³⁸ NANNI, Giovanni Ettore. **Enriquecimento sem causa**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 279-286.

¹³⁹ MICHELON JR., Cláudio. **Direito Restitutivo**: Enriquecimento sem Causa; Pagamento Indevido; Gestão de Negócios. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 233-235.

¹⁴⁰ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil e Enriquecimento Sem Causa**: O Lucro da Intervenção. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 126-127.

então, quando a medida da indenização não abarcar todo o proveito econômico auferido em decorrência da intervenção em bem ou direito alheio.¹⁴¹

Há de se considerar, também, que, na hipótese do lucro da intervenção, a vantagem patrimonial auferida pode resultar não somente do direito da vítima, mas também da atuação do agente. Eventualmente, haverá de se ponderar que o interventor contribuiu com seu esforço, iniciativa e sua esfera de direitos para que tal vantagem patrimonial surgisse, o que, em teoria, justificaria que ele retivesse pelo menos uma parte dela.¹⁴²

É o que pode ocorrer, por exemplo, nas hipóteses em que o interventor resolve abrir um negócio em propriedade alheia de forma inautorizada. Em situações como essa, tem-se, incontestavelmente, que parte do lucro incorre da exploração de direito que estava reservado a outrem. Entretanto, sendo o caso de grande sucesso do empreendimento, aparenta-se excessivo ordenar a restituição de todo o lucro auferido, que não corresponde, em sua integralidade, à utilização inautorizada da propriedade, mas também aos esforços e qualidades individuais do interventor. Diante disso, restaria investigar qual parcela do lucro teria sido exclusivamente produzida pelo ofensor, e qual estaria fundamentada na esfera de direitos do empobrecido.

As construções doutrinárias nacionais em torno do cálculo do valor da restituição apontam que a avaliação da contribuição causal de cada um dos envolvidos é indispensável e melhor atende aos interesses em disputa, sob uma correta perspectiva de justiça comutativa. É importante diferenciar o bem que, por seus próprios atributos, já seria capaz de gerar lucros, daquele bem que é aperfeiçoado pelo interventor com vistas a se obter um resultado lucrativo.¹⁴³

Diogo Leite de Campos explica que, se parte do lucro da intervenção decorre de fatores pessoais do interventor, essa é uma circunstância que impede afirmar que tenha sido todo ele obtido “à custa de outrem”, de forma que a solução é abater do resultado a parte correspondente a esses fatores. O interventor não tem direito ao lucro porque, a rigor, não está sujeito ao risco da mesma forma que aquele que adquire regularmente bens alheios e, nessa

¹⁴¹ SILVA, Rodrigo da Guia. **A qualificação funcional da pretensão restitutória à luz da vedação ao enriquecimento sem causa**. 2017. 227f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017. Disponível em: <http://152.92.4.120:8080/handle/1/9835>. Acesso em: 22 abr. 2021, p. 202-203.

¹⁴² 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.

¹⁴³ FAJNGOLD, Leonardo; SALGADO, Bernardo; GUERCHON, Dan. Lucro da intervenção: a disciplina e os julgamentos pioneiros no Superior Tribunal de Justiça. **Revista Brasileira de Direito Civil - RBDCivil**, Belo Horizonte, v. 21, n. 3, p. 163-189, set. 2019, p. 180-181.

linha, deverá restituir somente aquilo que é imputável aos bens usurpados.¹⁴⁴ Revela-se, portanto, a influência da teoria da destinação dos bens na temática da quantificação dos valores a serem restituídos.

Existe, também, a possibilidade de utilizar uma avaliação da boa ou má-fé, ainda que não mais pautada pela prova da ciência da antijuridicidade, mas relidas à luz de um “dever ser” mais objetivo. O referido critério foi positivado pelo legislador em algumas hipóteses específicas, encontradas no diploma civilista¹⁴⁵, quais sejam: o interventor que trata de benfeitorias (Arts. 1.219 e 1.220), de frutos (Arts. 1.214 e 1.216) e da plantação ou construção com sementes ou materiais alheios (Arts. 1.254 a 1.256), bem como nas situações de proteção à aparência de direito (Arts. 309, 686, 1.268 e 1.828). Assim, alguns autores acreditam que, em certas hipóteses de lucro da intervenção, far-se-á necessário diferenciar as duas situações, de maneira que, no caso de boa-fé do interventor, deve ser ressarcido, em princípio, o enriquecimento real.¹⁴⁶

Nessa linha, Rodrigo da Guia Silva explica que, diante da ausência de critérios específicos para a quantificação do lucro da intervenção, mostra-se compatível com o sistema positivo brasileiro o referido critério subjetivo. Dessa forma, aplicar-se-iam, por analogia, as previsões legais que elencam a boa-fé ou má-fé subjetivas do interventor como critério relevante para a quantificação da restituição. O autor salienta que esse entendimento, no âmbito do lucro da intervenção, ostenta o relevante mérito de promover uma maior concretização da cláusula geral do dever de restituir, em compatibilidade direta com critérios expressamente adotados pelo legislador para hipóteses específicas de restituição. Conclui que o critério da boa-fé ou má-fé subjetiva do interventor fornece simplesmente mais um indício da (in)justiça do enriquecimento, cuja configuração final dependerá, em qualquer caso, da análise da compatibilidade da situação do interventor com a tábua axiológica constitucional.¹⁴⁷

¹⁴⁴ 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: 20 abr. 2021, p. 163.

¹⁴⁵ 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 abr. 2021.

¹⁴⁶ 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.

¹⁴⁷ SILVA, Rodrigo da Guia. **A qualificação funcional da pretensão restitutória à luz da vedação ao enriquecimento sem causa**. 2017. 227f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017. Disponível em: <http://152.92.4.120:8080/handle/1/9835>. Acesso em: 22 abr. 2021, p. 207-208.

Não obstante soe reconfortante a ideia de encontrar uma solução única e clara para o problema da quantificação do valor a ser restituído nas hipóteses de lucro da intervenção, há de se reconhecer que existirão situações diversas, que não poderão ser tratadas da mesma forma. Dentre os critérios existentes para a quantificação, seja o enriquecimento patrimonial, o enriquecimento real ou a variação de acordo com a boa ou má-fé do interventor, qualquer um pode vir a se mostrar injusto, dependendo do caso submetido à apreciação do julgador.¹⁴⁸

No que tange à temática sob análise, não obstante a escassez de decisões a abordarem a quantificação do lucro da intervenção a ser restituído, há um recente julgamento do Supremo Tribunal de Justiça que merece destaque. Trata-se do Recurso Especial nº 1.698.701/RJ¹⁴⁹, julgado em outubro de 2018, da relatoria do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, que instaurou debate a respeito das noções essenciais do lucro da intervenção.

Em síntese, na origem, foi proposta ação indenizatória pela conhecida atriz Giovanna Antonelli em face de empresa atuante no ramo farmacêutico. A autora buscava indenização oriunda do uso indevido de sua imagem em propagandas veiculadas pela ré, nomeadamente, a título de dano moral, bem como danos patrimoniais correspondentes aos lucros auferidos pela empresa decorrentes da veiculação indevida de seu nome e imagem.¹⁵⁰

Em primeiro grau, a parte ré restou revel, e a ação foi julgada procedente, condenando a ré a indenizar a autora pelo valor que obteria pela utilização autorizada da sua imagem, bem como pela quantia de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) a título de danos morais. No segundo grau, o Tribunal deu provimento ao apelo da atriz, para fins de condenar a parte ré a restituir à autora o montante correspondente ao lucro da intervenção, fixado no percentual de 5% (cinco por cento) sobre o volume de vendas do produto comercializado com a utilização indevida da imagem e do nome da autora.¹⁵¹

¹⁴⁸ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil e Enriquecimento Sem Causa: O Lucro da Intervenção**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 135.

¹⁴⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (3. Turma). **Recurso Especial n. 1.698.701/RJ**. Recurso Especial. Direito Civil. Uso indevido de imagem. Fins comerciais. Enriquecimento sem causa. Art. 884 do código civil. Justa causa. Ausência. Dever de restituição. Lucro da intervenção. Forma de quantificação. 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. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201701556885&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 5 maio 2021.

¹⁵⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial n. 1.698.701/RJ**. Recurso Especial. Direito Civil. Uso indevido de imagem. Fins comerciais. Enriquecimento sem causa. Art. 884 do código civil. Justa causa. Ausência. Dever de restituição. Lucro da intervenção. Forma de quantificação. 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. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201701556885&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 5 maio 2021.

¹⁵¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (3. Turma). **Recurso Especial n. 1.698.701/RJ**. Recurso Especial. Direito Civil. Uso indevido de imagem. Fins comerciais. Enriquecimento sem causa. Art. 884 do código civil.

Em suas razões recursais, Giovanna sustentou que o parâmetro de fixação do *quantum* não deveria ser estipulado aleatoriamente, pugnando, com base na regra da vedação do enriquecimento sem causa, pela restituição de todo o acréscimo patrimonial auferido pela recorrida através da indevida ingerência do seu nome e imagem.¹⁵²

O Ministro Relator, inicialmente, salientou a insuficiência da responsabilidade civil para solucionar as controvérsias do lucro da intervenção e, mais adiante, ao analisar a quantificação do lucro da intervenção, destacou que a maior dificuldade reside na determinação do grau de contribuição de cada um dos partícipes da relação, apontando, também, o baixo nível de probabilidade de a ré ter agido de boa-fé. Quanto à decisão proferida no Tribunal *a quo*, considerou que foi acertado o posicionamento de considerar os custos de produção quando do arbitramento, dado que a imagem e nome da recorrente foram empregados em um processo produtivo complexo, que envolve, também, as qualidades do interventor.¹⁵³

Por fim, o Relator determinou que, abrindo mão do meio de arbitramento aleatório, a fixação do percentual deve ser deixada à análise de um perito especializado, uma vez que tal cálculo fugiria aos conhecimentos comuns dos magistrados. No que tange aos critérios de arbitramento, estipulou que se deve considerar o enriquecimento patrimonial, limitado ao período em que persistiu a intervenção, avaliados os graus de contribuição dos partícipes, de forma a distribuir o lucro proporcionalmente.¹⁵⁴

Justa causa. Ausência. Dever de restituição. Lucro da intervenção. Forma de quantificação. 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. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201701556885&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 5 maio 2021.

¹⁵² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (3. Turma). **Recurso Especial n. 1.698.701/RJ**. Recurso Especial. Direito Civil. Uso indevido de imagem. Fins comerciais. Enriquecimento sem causa. Art. 884 do código civil. Justa causa. Ausência. Dever de restituição. Lucro da intervenção. Forma de quantificação. 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. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201701556885&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 5 maio 2021.

¹⁵³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (3. Turma). **Recurso Especial n. 1.698.701/RJ**. Recurso Especial. Direito Civil. Uso indevido de imagem. Fins comerciais. Enriquecimento sem causa. Art. 884 do código civil. Justa causa. Ausência. Dever de restituição. Lucro da intervenção. Forma de quantificação. 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. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201701556885&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 5 maio 2021.

¹⁵⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (3. Turma). **Recurso Especial n. 1.698.701/RJ**. Recurso Especial. Direito Civil. Uso indevido de imagem. Fins comerciais. Enriquecimento sem causa. Art. 884 do código civil. Justa causa. Ausência. Dever de restituição. Lucro da intervenção. Forma de quantificação. 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. Disponível em:

O julgamento supracitado é um ótimo exemplo de abordagem do lucro da intervenção, pois o julgador percorreu importantes critérios aptos a definir o *quantum debeatur*, tais quais o grau de contribuição das partes e a natureza subjetiva do interventor. Os critérios aplicados não são suficientes para a tomada de decisão em todas as hipóteses, uma vez que as origens do lucro da intervenção são basicamente ilimitadas, mas é, justamente, a análise da concretude casual, sob a égide da tábua axiológica constitucional, que permitirá que se encontrem as respostas corretas para os casos diversos.

Dessarte, embora inexista uma solução única no que pertine ao tópico dos critérios de quantificação, que variará de acordo com o caso concreto, é importante determinar algumas regras básicas, que se mostram pertinentes para a aferição do *quantum* a ser restituído. Primeiramente, como regra geral, tem-se que, para a determinação do objeto da restituição, se parte do enriquecimento patrimonial como ponto inicial do cálculo do montante. A partir desse, o julgador deverá analisar o grau de contribuição das partes envolvidas no que pertine ao lucro obtido, a fim de que o enriquecido não necessite abrir mão de parcela que foi originada de seus próprios atributos, de forma a restituir apenas o que foi obtido à custa do titular do direito.

Cabe destacar, também, que o valor mínimo a ser restituído jamais poderá ser inferior ao enriquecimento real do interventor, ou seja, ao preço de mercado do bem ou do uso do bem objeto da intervenção. Isso porque, em qualquer hipótese, tal montante será sempre a contribuição mínima do titular do direito para o lucro obtido do interventor, que, ao menos, terá economizado despesas.¹⁵⁵

Por fim, o julgador terá de analisar, ademais, a situação jurídica subjetiva do interventor, e, nos casos de má-fé, seguirá a regra geral que parte do enriquecimento patrimonial como critério inicial. Contudo, para as hipóteses em que se agiu de boa-fé, a tendência será, excepcionalmente, limitar a quantificação ao enriquecimento real, a partir de interpretação análoga dos dispositivos encontrados no diploma civil mencionados anteriormente. Não se deve, contudo, aplicar os artigos em questão de forma incontestada, mas apenas extrair suas ideias centrais, adequando-as aos aspectos específicos do lucro da intervenção, não perdendo de vista, por exemplo, a noção do grau de contribuição das partes.

<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201701556885&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 5 maio 2021.

¹⁵⁵ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil e Enriquecimento Sem Causa**: O Lucro da Intervenção. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 140.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho se propôs a perquirir a compatibilidade do lucro da intervenção com as fontes obrigacionais da responsabilidade civil e do enriquecimento sem causa, para fins de determinar, caso realizável, qual dos institutos seria o *locus* adequado para a remoção desta vantagem patrimonial obtida indevidamente. A importância de tal investigação reside, especialmente, no objetivo de preservar a vida em sociedade de forma saudável, guiada pelo primado constitucional da solidariedade, de forma que o único método de aquisição de bens se dê, em regra, através da via consensual.

A limitação do escopo da análise para os campos da responsabilidade civil e do enriquecimento sem causa advém da sistematização tripartite das fontes obrigacionais. Segundo essa divisão, existem duas espécies de obrigações que não dizem respeito a atos negociais, distinguíveis entre, de um lado, aquelas em que a obrigação é oriunda de dano decorrente da violação de dever genérico, e, de outro, aquelas nas quais o devedor adquiriu um acréscimo patrimonial. As referidas categorias correspondem, respectivamente, aos institutos da responsabilidade civil e do enriquecimento sem causa.

A investigação concernente à possibilidade do enquadramento do lucro da intervenção no âmbito da responsabilidade civil apresentou resposta negativa. Isso porque, primeiramente, a regra principal referente ao *quantum* indenizatório limita-o à extensão do dano, de forma que, na majoritária parte dos casos de lucro da intervenção, o ofensor, no contexto da responsabilidade civil, manteria para si parte do enriquecimento obtido através da ingerência em bens ou direitos alheios. Averiguou-se, também, que a única exceção a essa regra geral trata apenas de, ocasionalmente, diminuir o montante a ser indenizado, não ensejando, portanto, indenização além do dano sofrido.

Ainda na esfera da responsabilidade civil, apurou-se que o instituto também não tem o condão de solucionar a problemática do lucro da intervenção sustentado em uma função punitiva. Inexiste qualquer dispositivo legal que ampare a aplicação de indenizações punitivas no âmbito da responsabilidade civil, de forma que o instituto não abarca função dessa natureza, prevalecendo o princípio da reparação integral.

Ademais, concluindo a análise no domínio da responsabilidade civil, verificou-se que o instituto, também em decorrência da regra principal da limitação à extensão do dano, não é apto a utilizar um terceiro método de cálculo da indenização, que levaria em consideração os ganhos do ofensor. Analisou-se o dispositivo do direito de propriedade industrial que permite a restituição fundada no lucro obtido pelo enriquecido, e se chegou à conclusão de que,

embora haja o emprego do termo “lucros cessantes”, a referida modalidade restitutória não guarda relação com lucros cessantes ou com a própria responsabilidade civil, que funciona à égide de uma função reparatória, se limitando a indenizar, ao máximo, a extensão do dano.

Concluída a investigação no âmbito da responsabilidade civil, passou-se a analisar pormenorizadamente o enriquecimento sem causa e a sua compatibilidade com o lucro da intervenção. De início, tratou-se de explorar os requisitos preconizados na cláusula geral de enriquecimento sem causa localizada no diploma civilista, a fim de verificar se o lucro da intervenção preenche os referidos pressupostos e, portanto, tem o condão de ser restituído por meio do instituto.

No que pertine ao enriquecimento, concluiu-se que este deve ser interpretado através da sua concepção patrimonial, sendo a única que permite a realização da função específica do enriquecimento sem causa, qual seja, a de remover o enriquecimento. Ademais, o critério patrimonial do enriquecimento é indispensável para fins de enquadramento do lucro da intervenção no instituto, e, nessa linha, verificou-se com facilidade o preenchimento do requisito.

Com relação ao pressuposto da obtenção à custa de outrem, primeiramente, atentou-se ao fato de que este não implica um empobrecimento necessário do titular do direito ou bem jurídico, noutras palavras, refutou-se a teoria unitária do deslocamento patrimonial. O reconhecimento desse critério comprometeria a operabilidade do instituto, além de impedir a remoção do lucro da intervenção por meio deste. Depreendeu-se que a teoria mais adequada a interpretar o requisito é a da destinação jurídica dos bens, que enuncia que tudo aquilo que os bens são capazes de render ou produzir pertencem, em princípio, ao seu respectivo titular. Através dessa tese, resta evidente como o lucro da intervenção, no que tange ao requisito em questão, dá azo à pretensão de restituição do enriquecimento, uma vez que se trata de vantagem patrimonial obtida por meio da intromissão inautorizada em direitos e bens alheios.

O último requisito estipulado na cláusula geral de enriquecimento sem causa a ser analisado foi o da ausência de justa causa. Quanto a este, verificou-se que o termo causa diz respeito a “causa de atribuição patrimonial”, não tendo relação com a sua conhecida acepção utilizada no âmbito do negócio jurídico. Constatou-se que, a fim de verificar a ausência de causa de atribuição patrimonial, é necessário se valer de parâmetros além do título jurídico idôneo, examinando se, no caso concreto, há juízo de reprovabilidade, à luz da tábua axiológica constitucional. No que tange a este pressuposto, não restaram ambiguidades acerca do seu preenchimento por parte do lucro da intervenção, que, diante de sua natureza, origina-se de ato injustificado e inautorizado.

Preenchidos os requisitos da cláusula geral de enriquecimento sem causa, passou-se a analisar a regra de subsidiariedade do instituto, encontrada, também, no diploma civilista. Averiguou-se que o dispositivo tem por finalidade, decorrente, especialmente, de contexto histórico, evitar que o regime seja utilizado de forma fraudulenta, a escapar de outros regramentos específicos. Chegou-se à conclusão de que o enunciado não tem o condão de afastar a remoção do lucro da intervenção por meio do instituto, uma vez que não há outro regime específico apto a solucionar a sua problemática. A regra não impede, também, que a pretensão de enriquecimento sem causa seja cumulada com ação indenizatória nas hipóteses em que, mesmo diante da reparação do dano, o ofensor ainda tiver obtido vantagem patrimonial para si, situação recorrente nos casos de lucro da intervenção. Isso porque, afinal, há de se performar a função específica do instituto, da remoção do enriquecimento.

Ao final do trabalho, com a ciência da viabilidade da remoção do lucro da intervenção por intermédio do enriquecimento sem causa, cuidou-se de averiguar os contornos do objeto da restituição. De início, constatou-se a necessidade de afastamento da teoria do duplo limite, que é obsoleta e obstrui as finalidades do instituto. Na sequência, tornou-se a analisar critérios úteis à apuração do *quantum debeatur*, tendo-se sinalizado a inexistência de uma regra específica para fins de quantificação.

Depreendeu-se que, usualmente, o enriquecimento patrimonial deve servir de ponto de partida para a apuração do valor da restituição. Ademais, destacou-se a importância de analisar critérios tais quais o grau de contribuição dos partícipes e a natureza subjetiva do agente, que, nos casos de boa-fé, pode ensejar que o critério inicial se inicie a partir do enriquecimento real, sendo este, também, o patamar mínimo indenizatório. Ao final, concluiu-se que, para fins de quantificar o lucro da intervenção a ser restituído, é de suma importância analisar os fatores na concretude do caso, pois, somente assim, poder-se-á alcançar a solução mais lúdima possível.

Foi obtida, portanto, a conclusão de que há um *locus* adequado para a remoção do lucro da intervenção no Direito brasileiro, sendo este o enriquecimento sem causa. O aparato estrutural do instituto, alinhado à sua função específica de remoção do enriquecimento, é indubitavelmente compatível com o fenômeno do lucro da intervenção, podendo propiciar a devida solução à problemática sem obstruções. É importante, contudo, que as relevantes noções acerca do enriquecimento sem causa e do lucro da intervenção sejam irradiadas, a fim de que ganhem maior relevância na prática jurídica e sejam, por conseguinte, corretamente aplicados pelos operadores do direito, na busca pelo fim maior de alavancar uma sociedade amparada e solidária.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Agostinho. Do enriquecimento sem causa. **Doutrinas Essenciais: Obrigações e Contratos**, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 911-953, jun. 2011.

ANTUNES, Henrique Sousa. Das funções reconstitutiva e punitiva da responsabilidade civil. *In: ROSENVALD, Nelson (Coord.). Desafios da Nova Responsabilidade Civil*. 1. ed. São Paulo: JusPodivm, 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: 18 abr. 2021.

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: 11 abr. 2021

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 19 abr. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (4. Turma). **Recurso Especial n. 710.376/ RJ**. Recorrente: ML Magalhães Indústria e Comércio de Móveis LTDA. Recorrido: Elasta Indústria e Comércio LTDA. Relator: Min. Luís Felipe Salomão, julgado em 15/12/2009, publicado no Diário da Justiça em 02/02/2010. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencia=937023&num_registro=200401766541&data=20100202&peticao_numero=-1&formato=PDF. Acesso em: 5 maio 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (3. Turma). **Recurso Especial n. 1.698.701/RJ**. Recurso Especial. Direito Civil. Uso indevido de imagem. Fins comerciais. Enriquecimento sem causa. Art. 884 do código civil. Justa causa. Ausência. Dever de restituição. Lucro da intervenção. Forma de quantificação. 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. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201701556885&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 5 maio 2021.

CARBONE, June. Back to the future: intellectual property and the rediscovery of property rights – and wrongs. **St. Louis University Law Journal**, v. 46, n.1, p. 629-654, jan. 2002. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1314825>. Acesso em: 23 fev. 2021.

CASE TEXT. **Midler v. Ford Motor Co.** 22 jun. 1988. Disponível em: <https://casetext.com/case/midler-v-ford-motor-co>. Acesso em: 23 fev. 2021.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

CHINELATO, João Marcelo Torres. Do dever de restituir o lucro decorrente da lesão a direitos coletivos. **Publicações da escola da AGU**. v. 10, n. 3, p. 115-130, Brasília, out. 2018.

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

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: 05 abr. 2021.

Diretiva 2004/38/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa ao direito de livre circulação e residência dos cidadãos da União e dos membros das suas famílias no território dos Estados-Membros, 29 de Abril de 2004. Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32004L0048R\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32004L0048R(01)&from=EN). Acesso em: 12 abr. 2021.

FAJNGOLD, Leonardo; SALGADO, Bernardo; GUERCHON, Dan. Lucro da intervenção: a disciplina e os julgamentos pioneiros no Superior Tribunal de Justiça. **Revista Brasileira de Direito Civil - RBDCivil**, Belo Horizonte, v. 21, n. 3, p. 163-189, set. 2019.

FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Peixoto Braga; ROSENVALD, Nelson. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

GATTAZ, Luciana de Godoy Penteado. Punitive Damages no Direito Brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 964, n. 1, p. 1-16, fev. 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. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-01082011-154849/pt-br.php>. Acesso em: 20 abr. 2021.

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.

KONDER, Carlos Nelson. Enriquecimento sem causa e pagamento indevido. *In*: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

LEGAL INFORMATION INSTITUTE. **Disgorgement**. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/wex/disgorgement>. Acesso em: 24 fev. 2021.

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.

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

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

MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. *In*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. **A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. 1 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2016.

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

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

NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

NORONHA, Fernando. Enriquecimento sem causa. **Doutrinas Essenciais**: Obrigações e Contratos, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 1.085-1.122, jun. 2011.

ROSEVALD, Nelson; KUPERMAN, Bernard Korman. Restituição de ganhos ilícitos: há espaço no Brasil para o disgorgement? **Revista Fórum de Direito Civil – RFDC**, Belo Horizonte, v. 6, n. 14, p. 11-31, jan. 2017.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral**: Indenização no Código Civil. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

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

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. **A qualificação funcional da pretensão restitutória à luz da vedação ao enriquecimento sem causa**. 2017. 227f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017. Disponível em: <http://152.92.4.120:8080/handle/1/9835>. Acesso em: 22 abr. 2021.

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, jan. 2016. Disponível em: <http://civilistica.com/contornos-do-enriquecimento-sem-causa/>. Acesso em: 22 abr. 2021.

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.

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: 23 fev. 2021.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: obrigações e responsabilidade civil.** 20 ed. São Paulo: Atlas, 2020.