

ALINE DE MIRANDA VALVERDE TERRA  
GISELA SAMPAIO DA CRUZ GUEDES  
[COORDENADORAS]

# INEXECUÇÃO DAS OBRIGAÇÕES

Pressupostos, evolução e remédios

VOLUME II



32475

*Aline de Miranda Valverde Terra*  
*Gisela Sampaio da Cruz Guedes*  
Coordenadoras

# Inexecução das Obrigações: Pressupostos, evolução e remédios

Volume II



EDITORA  
PROCESSO  
Rio de Janeiro  
2021

PATRIMÔNIO  
  
**BMA**  
Biblioteca - RJ

EDITORA PROCESSO

Tels: (21) 3128-5531 / (21) 3889-8181 / (21) 2209-0401

www.editoraprocesso.com.br

www.catalivros.com.br

Distribuição exclusiva da Catalivros Distribuidora Comércio LTDA ME

Copyright © 2021 - Aline de Miranda Valverde Terra, Gisela Sampaio da Cruz Guedes (Coordenadoras)

Todos os direitos reservados.

*Conselho Editorial*

Maria Celina Bodin de Moraes (*Presidente*)

Luiz Edson Fachin

Ana Carolina Brochado Teixeira

Ana Frazão

Antônio Augusto Cançado Trindade

Antônio Celso Alves Pereira

Caitlin Sampaio Mulholland

Carla Adriana Comitri Giberton Carlos

Edison do Rêgo Monteiro Filho

Cleyson de Moraes Mello

Eneas de Oliveira Matos

Eugênio Facchini Neto

Fernando de Almeida Pedroso

Hélio do Vale Pereira

Joyceane Bezerra de Menezes

Marco Aurélio Lagreca Casamasso

Marco Aurélio Peri Guedes

Marcos Ehrhardt Jr.

Maria Cristina De Cicco

Mariana Pinto

Martonio Mont' Alverne Barreto Lima

Mauricio Moreira Menezes

Melhim Namem Chalhub

Ricardo Calderón

Sergio Campinho

Zeno Veloso (*In memoriam*)

*Diagramação* - Marcos Medeiros

*Capa* - Alexander Marins

CIP-Brasil. Catalogação-na-fonte

Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

Terra, Aline de Miranda Valverde, Gisela Sampaio da Cruz Guedes (Coordenadoras)

T344i Inexecução das obrigações: pressupostos, evolução e remédios - Volume II  
Aline de Miranda Valverde Terra, Gisela Sampaio da Cruz Guedes (Coordenadoras)

Rio de Janeiro: Processo 2021

1055p., 23cm

ISBN 978658935170-2

1. Inexecução das obrigações vol II. 2. Brasil. I. Título.

CDD 343.810922

Proibida a reprodução (Lei 9.610/98)

Impresso no Brasil

Printed in Brazil

## Sumário

### Parte Geral

- Revisitando a tríplice transformação do adimplemento  
*Anderson Schreiber* ..... 1
- A contratualização do fortuito: reflexões sobre a alocação negocial  
do risco de força maior  
*Carlos Nelson Konder e Cíntia Muniz de Souza Konder* ..... 41
- O inadimplemento pela perda do interesse útil do credor: notas  
sobre a conversão da mora em inadimplemento absoluto  
*João Pedro Fontes Zagni* ..... 61
- Inadimplemento de deveres e a natureza jurídica da  
responsabilidade  
*Viviane Girardi e Isabella Silveira de Castro* ..... 85
- O inadimplemento do dever instrumental de informar na execução  
dos contratos de duração  
*Andrea Cristina Zanetti e Fernanda Tartuce* ..... 117
- Violação positiva do contrato: uma categoria verdadeiramente útil  
no direito brasileiro?  
*Sé Fernando Simão e Rodrigo Araldi* ..... 145
- Montamentos sobre os juros nas obrigações pecuniárias  
*Marcelo Trindade* ..... 171

O controle da cláusula penal nos contratos empresariais conforme a LLE <i>Nelson Rosenvald</i> .....	205
Redução equitativa das arras: para que serve o sinal de confirmação? <i>Bernardo Salgado</i> .....	237
O art. 473, parágrafo único, do código civil e a chamada suspensão da eficácia da denúncia: a perspectiva do <i>giusto rimedio</i> e sua importância na concepção da faculdade alternativa de pagamento para o cumprimento do dever de pré-aviso <i>Francisco de Assis Viégas</i> .....	267
Descumprimento contratual: remédios à disposição do credor lesado <i>Renata C. Steiner</i> .....	297
Notas sobre a relação de liquidação dos contratos resolvidos (Análise crítica da tese da eficácia retroativa da resolução no direito brasileiro) <i>Marcelo Vieira von Adamek e André Nunes</i> .....	343
Interesse contratual positivo e interesse contratual negativo: influxos da distinção no âmbito da resolução do contrato por inadimplemento <i>Rodrigo da Guia Silva</i> .....	379
Revisitando o lucro da intervenção: novas reflexões para antigos problemas <i>Aline de Miranda Valverde Terra e Gisela Sampaio da Cruz Guedes</i> ...	433
Exceção de insegurança e sua efetividade no direito brasileiro <i>Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho e Gustavo Souza de Azevedo</i> ....	465
Alteração posterior das circunstâncias: a caminho da quebra da base do negócio <i>Karina Nunes Fritz</i> .....	491

A inexecução das obrigações em razão da pandemia da Covid-19: caracterização de excessiva onerosidade e força maior <i>Paula Greco Bandeira</i> .....	537
A revisão contratual como remédio à excessiva onerosidade <i>Antônio Pedro Dias</i> .....	565
Inexecução das obrigações e garantias reais: o peso da revisão e da renegociação <i>Danielle Fernandes Bouças</i> .....	591
Garantia geral das obrigações e responsabilidade patrimonial: ressignificação e atualidade da distinção <i>Gerson Luiz Carlos Branco</i> .....	615

### Parte Especial

Inadimplemento de obrigações acessórias e dever de cuidado nas tratativas ao contrato de trabalho <i>Priscila Mathias Fichtner</i> .....	643
A autorização de uso da marca pelo franqueador a terceiros como hipótese de inadimplemento do contrato de franquia <i>Matheus Marchiori dos Santos</i> .....	673
Responsabilidade pós-contratual e violação da obrigação de não concorrência <i>Ana Frazão e Angelo Prata de Carvalho</i> .....	707
Meios de tutela da violação do direito de preferência contratual <i>Ana Carolina Velmovitsky</i> .....	727
Efeitos da mora na entrega de unidade imobiliária: autonomia entre perdas e danos, perda da chance e privação do uso? <i>Cássio Monteiro Rodrigues</i> .....	757

A cláusula de <i>wash-out</i> nos contratos de compra e venda de <i>commodities</i> a preço fixo <i>Judith Martins-Costa e Rafael Branco Xavier</i> .....	785
A necessidade de pronunciamento judicial para a resolução do compromisso de compra e venda por inadimplemento do adquirente <i>Marco Aurélio Bezerra de Melo</i> .....	819
Da inversão da cláusula penal nos negócios de aquisição de imóveis na planta: análise do julgamento do Superior Tribunal de Justiça <i>Flávio Tartuce</i> .....	845
Incorporação imobiliária: resolução / revisão dos contratos de promessa de compra e venda em tempos de pandemia <i>José Fernando Simão e Alexandre Junqueira Gomide</i> .....	865
Contrato de compra e venda de energia elétrica: A invocação de força maior como justificativa à inexecução da obrigação de pagar pelo consumidor livre <i>Marcelo Dickstein e Eduardo Cardoso</i> .....	907
Repercussões da cláusula resolutiva expressa no processo de falência <i>Micaela Barros Barcelos Fernandes</i> .....	937
A tutela específica nos contratos de computação em nuvem ( <i>cloud computing</i> ) <i>Sergio Marcos Carvalho de Avila Negri</i> .....	967
Contratualização das famílias e inexecução dos pactos antenupciais: admissibilidade e limites da cláusula penal <i>Helóisa Helena Barboza e Vítor Almeida</i> .....	989
Negócios jurídicos processuais atípicos e execução (Contract procedure and execution proceedings) <i>Fredie Didier Jr. e Antônio do Passo Cabral</i> .....	1013

## Apresentação

É tempo de agradecer.

Graças à dedicação e ao afincamento dos coautores que se debruçaram sobre o volume I desta coleção, elaborando profunda análise dogmática dos temas enfrentados, o livro rapidamente ficou conhecido e tornou-se referência na matéria, o que não é de se estranhar, considerando os grandes nomes do Direito Civil brasileiro reunidos nessa obra. É com enorme alegria que se traz à tona agora, como já anteriormente anunciado, o volume II, cujo maior desafio foi simplesmente o de ficar à altura do volume I.

E o desafio foi inteiramente vencido. Sem deixar nada a dever em termos de qualidade em relação ao volume I, o volume II vem recheado de temas interessantes, problematizando as questões mais atuais sobre Inexecução das Obrigações, contando novamente com grandes nomes de referência na matéria. Pela obra ser resultado de matéria ministrada em conjunto pelas coordenadoras no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, o volume II, assim como o seu antecessor, também agrupa artigos de mestrandos e doutorandos, ao lado de diversos outros elaborados por Professores convidados de todos os cantos do país.

Na mesma linha do volume I, o volume II também se divide em duas grandes partes, nas quais se distribuem seus 34 capítulos: uma geral e outra especial. Na primeira, revisitaram-se temas clássicos da teoria geral da inexecução das obrigações a fim de compreendê-los a partir da contemporânea dogmática obrigacional, a exemplo dos juros, das arras, da cláusula penal, da exceção de insegurança, da denúncia. Dedicou-se, ainda, especial atenção aos remédios conferidos ao credor em caso de inadimplemento, enfrentando-se questões como a relação de liquidação dos contratos resolvidos, o lucro da intervenção e a eficácia retroativa da resolução no direito

dade de interesse contratual a nortear a indenização no âmbito da resolução contratual por inadimplemento. Examinaram-se, ainda, outras relevantes controvérsias, notadamente aquelas referentes, de um lado, à possibilidade ou não de cumulação entre o interesse positivo e o interesse negativo, e, de outro lado, à limitação ou não do interesse negativo pelo positivo.

O percurso teórico trilhado permitiu observar que a investigação do interesse contratual não se pode perfazer sem uma cautelosa consideração do perfil funcional próprio da responsabilidade civil. Com efeito, associam-se ao reconhecimento de que o instituto sob exame ostenta vocação nitidamente reparatória algumas conclusões, tais como (i) a compatibilidade do interesse positivo com a resolução contratual (ao que subjaz a autonomização conceitual e funcional entre as obrigações indenizatórias e aquelas restitutórias) e (ii) a vedação à cumulatividade entre os interesses positivo e negativo. Espera-se, então, ao fim dessa empreitada, que as precedentes considerações contribuam, ainda que indiretamente, não apenas para o desenvolvimento dos estudos em torno do interesse contratual, mas também das investigações referentes à(s) função(ões) das responsabilidades civis.

## Revisitando o lucro da intervenção: novas reflexões para antigos problemas

Aline de Miranda Valverde Terra<sup>1</sup>  
Gisela Sampaio da Cruz Guedes<sup>2</sup>

Sumário: Introdução. – 1. A incompatibilidade estrutural e funcional da responsabilidade civil com a exclusão do lucro ilícito do patrimônio do ofensor. – 2. Enriquecimento sem causa como o instituto funcionalmente apto a promover a exclusão do proveito econômico ilegítimo. – 2.1. Aplicações práticas da teoria do lucro da intervenção como instrumento de exclusão do lucro ilícito do patrimônio do agente. – 2.1.1. Violação de direitos da personalidade. – 2.1.2. Violação do direito de propriedade. – 2.1.3. Violação do direito de crédito. *Efficiente breach*. – 3. Conclusão.

### Introdução

No campo da responsabilidade civil, pode-se afirmar como regra – sobretudo, quando se trata de danos patrimoniais – que o

1 Doutora e Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professora Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da UERJ. Professora do Departamento de Direito Civil da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Professora Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado Profissional) da PUC-Rio. Advogada, parecerista e árbitra.

2 Doutora e Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Professora Adjunta de Direito Civil da UERJ. Professora Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da UERJ. Professora dos cursos de pós-graduação da PUC-Rio, do CEPED/UERJ, da EMERJ, da EPM e da AASP. Advogada, parecerista e árbitra.

dano é o elemento que determina a medida da indenização, o que, aliás, está explícito na própria redação do art. 944 do Código Civil, cujo parágrafo único prevê, claramente, uma exceção. Chama a atenção, entretanto, o fato de o lucro obtido pelo ofensor ao causar dano, em algumas situações, ser levado em conta pela jurisprudência como critério para a reparação (especialmente, na esfera dos lucros cessantes).

De fato, não raro, a atuação ilícita ou ilegítima se afigura extremamente lucrativa para o agente. É o que ocorre, por exemplo, quando certa farmacêutica se utiliza de imagem de famosa atriz em campanha publicitária, sem sua autorização, para promover produto supostamente emagrecedor, incrementando consideravelmente suas vendas, ou quando alguém usa da propriedade alheia sem autorização do proprietário, poupando despesas em que incorreria se tivesse alugado outro imóvel para alcançar a finalidade desejada, ou ainda quando certo devedor opta deliberadamente por inadimplir contrato para celebrar outro mais lucrativo.

Nas três situações descritas, o suporte fático do incremento patrimonial do agente é a violação de bens ou direitos de terceiros: direito da personalidade, direito de propriedade e direito de crédito, respectivamente. Diante de tal constatação, afigura-se imprescindível investigar o instituto jurídico capaz de promover a exclusão de referidos proveitos econômicos do patrimônio do agente, a fim de impedir que a prática de condutas antijurídicas se revele, ao fim e ao cabo, lucrativa.<sup>3</sup>

3 Em 2015, as autoras publicaram artigo intitulado “Considerações acerca da exclusão do lucro ilícito do patrimônio do agente ofensor” (TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Considerações acerca da exclusão do lucro ilícito do patrimônio do agente ofensor. Revista da Faculdade de Direito da UERJ, v. 28, p. 1-24, 2015). Àquela altura, a teoria do lucro da intervenção encontrava incipiente desenvolvimento, sendo escassas tanto a bibliografia especializada como as decisões judiciais que enfrentavam o tema. De lá para cá, o assunto ganhou destaque, passando a ser debatido no âmbito de Programas de Pós-graduação *Stricto Sensu*, em artigos científicos e obras específicas, bem como em decisões do Superior Tribunal de Justiça, que julgou o *leading case* que ficou conhecido como “o caso da Giovanna Antonelli”. Nesse contexto, as autoras decidiram voltar ao tema, atualizando a pesquisa doutrinária e analisando as mais recentes decisões judiciais. Nesse processo, as posições anteriormente adotadas foram revisitadas e outros aspectos ainda não discutidos foram enfrentados. “Este artigo está também publicado na Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil, Belo Horizonte, Ahead of print, 2021.”

Nessa esteira, divide-se este estudo em três partes: na primeira, verifica-se se a responsabilidade civil é o instituto adequado à exclusão do lucro ilegitimamente obtido do patrimônio do agente, uma vez que este é o instrumento hodiernamente invocado pela jurisprudência para desempenhar tal finalidade; na segunda, identifica-se a teoria do enriquecimento sem causa como o instrumento vocacionado a promover referida função; e, por fim, na terceira parte, analisa-se a possibilidade de aplicação da referida teoria ao chamado *efficient breach*.

### 1. A incompatibilidade estrutural e funcional da responsabilidade civil com a exclusão do lucro ilícito do patrimônio do ofensor

Costuma-se invocar a responsabilidade civil como o instrumento hábil a promover a retirada do lucro ilegitimamente auferido do patrimônio do ofensor, sem que se proceda à análise estrutural e funcional do instituto. Insta investigar, portanto, se o proveito econômico obtido de forma ilícita pelo agente pode ser considerado um novo dano (ou um critério para aferição do dano), e se é possível atribuir à responsabilidade civil a função de expurgar referido valor do patrimônio do ofensor.

No Direito brasileiro, a responsabilidade civil percorreu virtuoso caminho em direção à consagração do conceito de dano injusto,<sup>4</sup> resultado da constatação de que há inúmeros danos provenientes de condutas que, a despeito de não se qualificarem como atos ilícitos, também exigem reparação.<sup>5</sup> O dano injusto não se identifica,

4 Sobre o tema, seja consentido remeter a TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Fundamentos do Direito Civil: responsabilidade civil*, vol. 4, 2ª ed. rev. atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 29 et. seq.

5 “Uma reconstrução da teoria da responsabilidade civil e a revisão das normas que a institucionalizam começaram com a mudança de perspectiva que permite detectar outros danos ressarcíveis que não apenas aqueles que resultam da prática de um ato ilícito. Substitui-se, em síntese, a noção de *ato ilícito* pela de *dano injusto*, mais ampla e mais social” (GOMES, Orlando. Tendências modernas na teoria da responsabilidade civil. In: DI FRANCESCO, J. R. P. (Org.). *Estudos em Homenagem ao Professor Sílvio Rodrigues*. São Paulo: Saraiva, 1980, p. p. 295).

portanto, com antijuridicidade, com violação de direito ou norma; a injustiça do dano está, sim, na lesão a interesse jurídico merecedor de tutela.<sup>6</sup>

Evidentemente, em cenário marcado pela expansão dos interesses juridicamente tutelados bem como pela configuração de novas situações lesivas, identifica-se verdadeira miríade de danos indenizáveis, que, sob diferentes designações e desígnios, espocam a cada instante, inaugurando o que se convencionou chamar de *era dos danos*.<sup>7</sup>

Referida constatação, todavia, não autoriza sustentar a criação de “novos danos”, que passariam a existir autonomamente ao lado das duas categorias tradicionais:<sup>8</sup> o dano moral, entendido como a lesão à dignidade da pessoa humana, a abarcar todos os danos extrapatrimoniais;<sup>9</sup> e o dano patrimonial, subdividido em dano emer-

6 Especificamente sobre o dano moral, remete-se a BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 179, 181. Ainda, destaque-se a concepção de dano injusto segundo Stefano Rodotà, para quem a injustiça do dano surge a partir de uma violação à solidariedade social (*Il Problema della responsabilità Civile*. Milano: Giuffrè, 1967, p. 89).

7 A expressão se refere ao surgimento, no Brasil e alhures, de diversas espécies de demandas ressarcitórias. Confira-se, ao propósito, Genevieve Viney, *De la codification du Droit de la responsabilité civile: l'expérience Française*. Disponível em: <http://www.cslf.gouv.qc.ca>. Acesso em: 1.9.2020.

8 Ressalte-se, no entanto, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que concebe o chamado “dano estético” como espécie autônoma de dano, ao lado, portanto, do dano moral e do dano material, conforme consta expressamente da Súmula 387 do referido Tribunal: “É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral”. Nesse sentido: STJ, 2ª T., AgInt no AREsp 1787248/DF, Rel. Ministra Assuete Magalhães, j. 12.04.2021, DJe 19.04.2021; STJ, 4ª T., AgInt no AREsp 1637993/RJ, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j. 29.03.2021, DJe 06.04.2021. Para análise crítica acerca da pretensa autonomia do “dano estético”, confira-se, por todos, MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. *Elementos de Responsabilidade Civil por Dano Moral*, Rio de Janeiro: Renovar: 2000, p. 51.

9 Sobre o conceito de dano moral referido, consulte-se BODIN DE MORAES, Maria Celina, *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*, cit., p. 132. O conceito de dano moral, no entanto, não é pacífico na doutrina brasileira; há autores que o definem como lesão a direitos da personalidade (GOMES, Orlando. *Obrigações*, 11. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 271), e outros que afirmam que o dano moral é o efeito não-patrimonial

gente, relativo à efetiva diminuição do ativo ou incremento do passivo patrimonial, e lucro cessante, definido como o não aumento do ativo ou a não diminuição do passivo.<sup>10</sup> Portanto, *tertium non datur*: ou a lesão ocorre no patrimônio da vítima, a acarretar dano patrimonial, ou há lesão à dignidade da pessoa humana, a gerar dano moral.<sup>11</sup> Qualquer lesão, por conseguinte, reconduzir-se-á, necessariamente, a uma dessas duas espécies de dano, e apenas a análise do caso concreto poderá indicar se se trata de uma e/ou outra categoria.

Nessa esteira, afasta-se, em definitivo, a adoção, no Direito brasileiro, de categoria autônoma de dano, a qual se poderia designar “dano decorrente de lucros ilegítimos”,<sup>12</sup> cujo escopo residiria na retirada, do patrimônio do agente, dos lucros obtidos a partir da violação de bens ou direitos de terceiro, não já na compensação da vítima.

Além de não configurar espécie autônoma de dano, o chamado *disgorgement of profits* tampouco se enquadra em uma das duas categorias já referidas. Ora, se o dano patrimonial corresponde à efetiva diminuição do patrimônio da vítima ou ao seu não incremento por ato do ofensor, qualquer lucro obtido pelo agente que não corresponda, na mesma medida, a dano emergente ou lucro cessante, não repercute na extensão da lesão, pelo que não pode ser qualificado como dano patrimonial e, tampouco, pode servir como parâmetro para sua quantificação, salvo autorização legal expressa,<sup>13</sup> sob pena de violação do art. 402 do Código Civil. A função da

da lesão (RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*, 13. ed. atual., São Paulo: Saraiva, 1993).

10 Art. 402 do Código Civil. Sobre o conceito de dano emergente e lucro cessante no direito brasileiro, confira-se GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Lucros Cessantes: do bom-senso ao postulado normativo da razoabilidade*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

11 MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. *Elementos de Responsabilidade Civil por Dano Moral*, cit., p. 51. Ressalve-se, no entanto, o entendimento do STJ já referido em nota anterior.

12 Nos países em que é reconhecida, tal categoria é designada como *disgorgement damages* ou *gain-based damages*.

13 Acerca da necessidade de expressa autorização em lei para que se utilize o lucro do ofensor como parâmetro para aferição dos lucros cessantes, confira-se GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz, *Lucros Cessantes: do bom-senso ao postulado normativo da razoabilidade*, cit., p. 212. Sobre situação em que se autoriza

indenização por dano patrimonial é reconduzir o patrimônio da vítima ao estado em que estaria se não houvesse ocorrido a lesão, e não retirar do patrimônio do ofensor qualquer benefício ilegítimamente auferido com a conduta danosa.

De outro lado, o lucro auferido ilegítimamente pelo agente em muito se distancia do conceito de dano moral, que nada tem a ver com aspectos patrimoniais e, muito menos, com repercussões da conduta lesiva na esfera jurídica do ofensor. A indenização por dano moral ostenta a precípua função de compensar a vítima pelos danos sofridos. Por isso mesmo, todos os critérios para a quantificação do dano moral devem se reconduzir à repercussão da lesão na própria vítima considerando-se suas peculiares condições pessoais, não já a aspectos atinentes ao ofensor.

Com efeito, seja o dano patrimonial ou moral, os critérios de quantificação não sempre de convergir para o dano, e jamais para as circunstâncias do ofensor, a exemplo dos benefícios auferidos com a conduta lesiva. Se a função contemporânea da responsabilidade civil é a tutela prioritária da vítima por meio da reparação integral do dano, a indenização deve ser estabelecida na extensão do próprio dano, como expressamente reconhecido no art. 944 do Código Civil, revelando-se irrelevante qualquer consideração estranha à repercussão da lesão na vítima, seja no seu patrimônio, seja na sua esfera existencial.

A despeito da incompatibilidade do conceito de dano com a utilização do lucro auferido pelo ofensor como um dos parâmetros para a quantificação da indenização, o art. 210 da Lei de Propriedade Industrial (Lei nº 9.279/1996) permite, sob críticas de parte da doutrina,<sup>14</sup> a utilização de referido critério para o cálculo dos lucros cessantes, a excepcionar o art. 402 do Código Civil.

---

expressamente a consideração dos ilegítimos lucros auferidos pelo sujeito como parâmetro de quantificação do dano patrimonial da vítima, remete-se o leitor para o item 3.3, *infra*.

14 “A função dos lucros cessantes na responsabilidade civil é flagrantemente reparatória, não sendo, portanto, recomendável introduzir na aferição desta face do dano patrimonial critérios que sequer são afeitos à responsabilidade civil, sob pena de a reparação dos lucros cessantes se transformar numa verdadeira *caixa de Pandora* que, embora incite a curiosidade, é sempre preferível não tocar” (GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz, *Lucros Cessantes: do bom-senso ao postulado normativo da razoabilidade*, cit., p. 223, grifos no original).

Essa forma peculiar de calcular os lucros cessantes surge no âmbito da propriedade industrial como resultado da dificuldade, quase insuperável, de a vítima provar, violada a patente, o modelo de utilidade ou a marca, a extensão de seus lucros cessantes.<sup>15</sup> O dispositivo tem sido amplamente aplicado pela jurisprudência, como ocorreu nos autos do Recurso Especial nº 710.376/RS, em que certa fabricante de móveis e artigos mobiliários, titular da marca “ATTIVA”, buscava indenização em face de empresa que, aproveitando-se de seu prestígio e tradição, colocou no mercado produtos concorrentes, utilizando-se da expressão “ACTIVA”, a induzir o consumidor em erro e se locupletar com violação da marca da autora. O Superior Tribunal de Justiça determinou que se entregassem à lesada os lucros efetivamente percebidos pelo ofensor.<sup>16</sup>

O art. 210 encerra, todavia, norma peculiar à violação da propriedade industrial, aplicável nos exatos termos previstos em lei, pelo que não deve ser utilizada em outros cenários. Chega-se, assim, à inafastável conclusão segundo a qual, de regra, a responsabilidade civil não soluciona o problema dos lucros auferidos por meio de conduta lesiva a direitos. Se a atuação do agente causa, além de danos à vítima, o seu enriquecimento, a responsabilidade civil só conseguirá retirar do patrimônio do ofensor a parcela do lucro equivalente ao dano sofrido, restando incólume o que sobejar.

É preciso considerar, ademais, que em inúmeros casos a atuação do agente sequer causará danos ao titular do direito, como se verifica na situação em que o fazendeiro se utiliza, sem autorização, do trator do vizinho para arar a sua terra em período em que o proprietário não o utilizaria, repondo todo o combustível gasto na atividade. Em casos como esse, não havendo danos indenizáveis, a responsabilidade civil não teria qualquer espaço para atuação.

Em definitivo, a responsabilidade civil, voltada para a proteção da vítima, permite que o ofensor conserve em seu patrimônio os

---

15 CERQUEIRA, João da Gama. *Tratado da Propriedade Industrial*, v. I, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 284.

16 STJ, 4ª T., REsp 710.376/RS, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, j.15.12.2009. Confira-se, ainda, na mesma direção: TJ/SP, 10ª CDP, AC 0159157-25.2008.8.26.0100, Rel. Des. Coelho Mendes, j. 29.11.2011.

benefícios obtidos sempre que o dano se revelar inferior ao proveito embolsado ou mesmo quando não houver dano,<sup>17</sup> razão pela qual há de se identificar, no ordenamento jurídico brasileiro, outro instituto que permita a retirada dos lucros ilegitimamente auferidos pelo agente.

## 2. Enriquecimento sem causa como o instituto funcionalmente apto a promover a exclusão do proveito econômico ilegítimo

Se, tecnicamente, a responsabilidade civil não se presta a retirar o lucro ilegitimamente obtido do patrimônio do ofensor, o enriquecimento sem causa é o instituto, que se mostra apto para desempenhar referida função, presentes alguns requisitos.

O enriquecimento sem causa difere da responsabilidade civil não apenas pela diversidade de suporte fático, mas, sobretudo, pela função que desempenha. Enquanto a responsabilidade civil visa reparar o dano sofrido pela vítima, os casos de enriquecimento sem causa se situam no âmbito da reprovabilidade perante os princípios do sistema, e sua função ontológica é remover o enriquecimento do patrimônio do enriquecido.<sup>18</sup> Pouco importa, portanto, em sede de enriquecimento sem causa, a modificação do patrimônio daquele

17 “Aduz-se, ainda, que a maleabilidade dos instrumentos da responsabilidade civil, decorrente da utilização de conceitos indeterminados e cláusulas gerais, a torna apta para oferecer a primeira forma de tutela a interesses novos, considerados merecedores de tutela. Esse cenário torna especialmente convidativo unificar a solução para as diversas hipóteses de lucro da intervenção sob o manto da responsabilidade civil.” (KONDER, Carlos Nelson. Dificuldades de uma abordagem unitária do lucro da intervenção, cit., p. 236.)

18 “É clara a distinção entre a responsabilidade civil e o enriquecimento sem causa: enquanto a primeira confere uma proteção dinâmica ao patrimônio a partir do princípio do *neminem laedere* e visa ao ressarcimento integral do dano sofrido pela vítima, o segundo oferece apenas uma proteção estática ao patrimônio que, posto menos intensa, abrange casos não cobertos pela responsabilidade civil, como quando não há ilicitude ou dano. Na aplicação do instituto do enriquecimento sem causa o objetivo não é reparar o dano, mas forçar o beneficiado a restituir o indevidamente locupletado” (TEPEDINO, Gustavo, et al. *Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República*, v. II, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 754-755). No mesmo sentido: NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*, 4. ed. rev. e atual, São Paulo: Saraiva, 2013, p. 443.

cuja situação jurídica fundamentou o locupletamento alheio, ou a existência, ou não, de dano, mas apenas o incremento do patrimônio do enriquecido.

Para a configuração do enriquecimento sem causa exige-se, em primeiro lugar, o *enriquecimento*, isto é, o incremento patrimonial do sujeito obrigado a restituir. Identificam-se duas formas de avaliação do enriquecimento: (i) o enriquecimento real, que se vincula ao objeto do enriquecimento e consiste na quantificação objetiva do valor de uso do bem ou direito, ou da vantagem adquirida; e (ii) o enriquecimento patrimonial, ligado ao sujeito enriquecido, e relativo à diferença entre a situação real e a hipotética, considerando-se hipotética a situação em que o agente se encontraria caso o fato gerador do enriquecimento não tivesse ocorrido. O parâmetro utilizado para fins de restituição é o enriquecimento patrimonial.<sup>19</sup>

O enriquecimento pode decorrer de atribuição patrimonial – vale dizer, de ato pelo qual alguém aumenta o patrimônio de outrem à sua custa, como no caso de pagamento indevido (art. 876, CC), ou na hipótese em que o proprietário recebe a coisa com benfeitorias realizadas pelo possuidor –, ou de exploração de bens, trabalho ou direitos alheios.<sup>20</sup> E é esta segunda modalidade de enriquecimento – por meio da exploração de bens, trabalho ou direitos alheios –, designada enriquecimento por intervenção, ou lucro da intervenção, que viabiliza, de forma mais ampla, a retirada do lucro ilegitimamente auferido do patrimônio do agente.<sup>21</sup> O lucro

19 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. LINS, Thiago. *O lucro da intervenção e o direito à imagem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 107 et. seq.

20 KONDER, Carlos Nelson, “Enriquecimento sem causa e pagamento indevido”, cit., p. 381.

21 “O enriquecimento sem causa traz a grande vantagem de se coadunar à mesma lógica por trás do lucro da intervenção, qual seja, a teoria da destinação dos bens. Trata-se da noção de que cabe ao titular de um direito as vantagens dele decorrentes e, portanto, não pode outrem reter para si essas vantagens sem autorização do titular ou outro fato idôneo a justificar essa retenção. Assim, o foco de ambos é a atribuição de uma vantagem àquele que é o verdadeiro titular do direito que deu origem àquela vantagem” (KONDER, Carlos Nelson. Dificuldades de uma abordagem unitária do lucro da intervenção, cit., p. 239.)

da intervenção consiste, pois, no incremento patrimonial obtido por aquele que, sem autorização, interfere em situação jurídica subjetiva alheia,<sup>22</sup> e pode resultar tanto de efetivo aumento do ativo, quanto de diminuição do passivo ou poupança de certa despesa.<sup>23</sup> Nota-se, com efeito, que o lucro da intervenção não encerra propriamente um *instituto*, mas o suporte fático para a incidência do enriquecimento sem causa, este sim um *instituto* na acepção técnica do vocábulo.<sup>24</sup>

Necessário, ainda, à configuração do enriquecimento sem causa e, portanto, do lucro da intervenção, que o enriquecimento se dê *à custa de outrem*, o que não significa que o enriquecimento decorra do empobrecimento alheio. Algumas vezes a coincidência ocorrerá, e será possível identificar um deslocamento patrimonial do empobrecido para o enriquecido. Entretanto, nas hipóteses de enriquecimento por intervenção em que o titular do bem ou direito não o usa, o deslocamento patrimonial não se verifica: o proprietário que não usa a casa de veraneio e não pretende sequer alugá-la ou dar-lhe qualquer outro destino não deixa de auferir vantagem pecuniária alguma em razão da privação do uso e concomitante uso por terceiro.<sup>25</sup>

Por essa razão, a expressão “à custa de outrem” deve ser entendida como “a necessidade de que haja um *suporte do enriquecimento por outrem*, que se produza um *locupletamento à custa* alheia, ou

22 “De forma geral, qualquer ato de exploração ou aproveitamento, intencional ou não, de forma não autorizada, pode, em alguma medida, ser reconduzido à figura do lucro da intervenção.” (KONDER, Carlos Nelson. *Dificuldades de uma abordagem unitária do lucro da intervenção*, cit., p. 2). SAVI, Sérgio. *Responsabilidade Civil e Enriquecimento sem causa*. O *Lucro da Intervenção*, São Paulo: Atlas, 2011, p. 7.

23 NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem Causa*, 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 258.

24 Para crítica à qualificação do lucro da intervenção como *instituto*, confira-se KONDER, Carlos Nelson. *Dificuldades de uma abordagem unitária do lucro da intervenção*, cit., p. 2.

25 Sobre a privação do uso como suporte fático do enriquecimento por intervenção, seja consentido remeter a TERRA, Aline de Miranda Valverde. “Privação do uso: dano ou enriquecimento por intervenção?”. *Revista Eletrônica Direito e Política*, v. 9, p. 1620-1644, 2014. Disponível em: <http://www6.univila.br/seer/index.php/rdp/article/view/6753>. Acesso em 30.11.2020.

seja, com bens jurídicos pertencentes a pessoa diversa”,<sup>26</sup> não já como a imprescindibilidade de um correspondente empobrecimento.

A teoria adotada, portanto, não é a da *deslocação patrimonial*, mas a do *conteúdo da destinação jurídica dos bens*, segundo a qual “tudo quanto estes bens sejam capazes de render ou produzir perence, em princípio, de acordo com o conteúdo da destinação ou afectação de tais direitos, ao respectivo titular. A pessoa que, intro-metendo-se nos bens jurídicos alheios, consegue uma vantagem patrimonial, obtém-na *à custa* do titular do respectivo direito, mesmo que este não estivesse disposto a praticar os actos donde a vantagem procede”.<sup>27</sup> O enriquecimento é ilícito precisamente porque, de acordo com a ordenação substancial dos bens aprovada pelo Direito, ele deve, de regra, pertencer a seu titular.

O artigo 885, por sua vez, exige que não haja causa justificadora do enriquecimento, ou seja, que não haja título jurídico, legal ou convencional, que justifique o incremento patrimonial. A este requisito se voltará mais adiante.

Por fim, há ainda o requisito da subsidiariedade do enriquecimento sem causa: é necessário que não haja, no ordenamento jurídico, qualquer outra pretensão à disposição do titular do direito que lhe permita obter resultado igual ou mais favorável do que aquele que alcançará por meio da pretensão de enriquecimento sem causa – exercida por meio da *actio in rem verso*.<sup>28</sup> Nos casos de

26 ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *Direito das Obrigações*. 8 ed. rev. e aum., Coimbra: Almedina, 2000, p. 446, grifos no original.

27 ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das Obrigações em Geral*. v. I, 10 ed., Coimbra: Almedina, 2005, p. 492-493.

28 Marcelo Trindade atenta que “com a regra da subsidiariedade visa-se à preservação da disciplina específica de um grande número de situações para as quais a lei adotará soluções múltiplas, estabelecendo requisitos para o cabimento da ação, exceções a seu cabimento ou limitações quantitativas da restituição, com isto impedindo ou limitando a reversão do enriquecimento”. Alerta ainda que as disciplinas específicas de cada situação tornar-se-iam “letra morta se fosse admitida a utilização da *actio in rem verso* nas hipóteses em que incidissem tais requisitos, exceções a seu cabimento ou limitações, impedindo ou restringindo a reversão do enriquecimento”. (“Enriquecimento sem causa e repetição de indébito: observações à luz do Código Civil de 2002”. *Revista Trimestral de Direito Civil*, n. 18, abr-jun, 2004, p. 235-261)

lucro da intervenção, em que os benefícios econômicos auferidos pelo interventor são superiores aos danos eventualmente causados, a ação de responsabilidade civil não poderá ser considerada um 'outro meio' capaz de obstar o exercício da *actio in rem verso*. Afinal, por intermédio da ação de responsabilidade civil, o titular do direito conseguirá obter apenas a compensação pelos danos sofridos, não já os lucros percebidos pelo interventor de forma integral, a permitir que o agente mantenha consigo parcela do proveito.<sup>29</sup>

De todo modo, por força da subsidiariedade do enriquecimento sem causa, se a intervenção do agente, além de lhe gerar lucros, também causar danos ao titular do direito objeto da intervenção, a quantificação do lucro efetivamente auferido dependerá, em primeiro lugar, que do valor total auferido pelo agente sejam abatidos os danos indenizados à vítima.<sup>30</sup> O lucro a ser restituído, com efeito, não se confunde com o montante total obtido pelo agente com a intervenção, mas se restringe ao *quantum* que permanece em seu patrimônio após o pagamento da indenização devida à vítima, seja a título de dano patrimonial ou de dano moral. Pouco importa, para fins de quantificação do valor a ser retirado do patrimônio do agente, a que título eventuais quantias já foram removidas de seu patrimônio; o que releva é a identidade fática entre a situação lesiva e a situação locupletativa. Assim, se a situação lesiva e a situação locupletativa são as mesmas, se o evento gerador do enriquecimento é também o causador da lesão, todos os montantes pagos pelo agente a título de indenização devem ser considerados para a quantificação do montante a ser restituído.

E é precisamente este o aspecto mais complexo do lucro da intervenção: a quantificação do valor a ser restituído ao titular do direito.<sup>31</sup> Isso, porque diversas variáveis podem interferir na defi-

29 Afirmando que, nesses casos, o enriquecimento sem causa é o único instrumento disponível para a restituição do valor devido: SAVI, Sérgio, *Responsabilidade Civil e Enriquecimento sem causa. O Lucro da Intervenção*, cit., p. 92; MICHELON Jr., Cláudio. "O enriquecimento sem causa no Código Civil brasileiro". In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (coord.). *Obrigações*, São Paulo: Atlas, 2011, p. 199.

30 Se o interventor age de má-fé, violando deliberadamente bem ou direito alheio, responderá por todos os danos causados durante a intervenção, inclusive aqueles decorrentes de caso fortuito, salvo se provar que de igual modo se teriam dado se não tivesse havido a intervenção (art. 1.218).

31 Note-se que o emprego da palavra *restituição* não significa que o interventor

nição do *quantum* restitutivo, entre as quais se destacam a boa ou má-fé do interventor bem como o nexo de causalidade entre o enriquecimento e o objeto da intervenção e o esforço do agente.<sup>32</sup>

Nessa direção, se o interventor agiu de boa-fé, a restituição deve se dar com base no enriquecimento real, isto é, no valor de mercado da vantagem obtida.<sup>33</sup> Ainda neste caso, não se pode desconsiderar o eventual esforço despendido pelo agente na obtenção do lucro; é certo que o lucro não teria sido obtido se não tivesse ocorrido a intervenção indevida, mas parte desse lucro também pode decorrer da atuação do agente de boa-fé, de um seu especial talento, esforço ou qualidade, ainda que configure um desdobramento da intervenção. Exatamente por isso, o lucro proveniente da intervenção deve ser, em alguma medida, repartido entre o interventor e o titular do direito. O desafio é definir o critério que deve guiar essa distribuição de lucros.

Embora exerçam funções distintas – a responsabilidade civil com o foco voltado para a vítima e o enriquecimento sem causa, para o interventor –, nesse caso o paralelo entre a responsabilidade civil e o enriquecimento sem causa pode ajudar na definição do critério a ser empregado.

Na responsabilidade civil, quando mais de um agente causa danos à vítima, aplica-se a regra do art. 942 do Código Civil, ficando todos responsáveis solidariamente perante a vítima. Diante da solidariedade, a vítima pode exercer sua pretensão indenizatória contra todos ou, se preferir, apenas contra um deles. Nesta última hipótese, o agente que tiver sido condenado a arcar com toda a indenização poderá exercer seu direito de regresso contra o outro. O prejuízo precisará, então, ser distribuído entre os corresponsáveis pelo dano. É nesse momento que os sistemas de distribuição do prejuízo são chamados a atuar.

deverá *devolver* algo que já existia no patrimônio do titular do direito antes da intervenção. A *restituição* se refere ao patrimônio do interventor, o qual deve ser, portanto, restituído ao status quo ante.

32 Sobre a quantificação do que deve ser restituído, confira-se SAVI, Sérgio, *Responsabilidade Civil e Enriquecimento sem causa. O Lucro da Intervenção*, cit., p. 122 et. seq.

33 KONDER, Carlos Nelson. Dificuldades de uma abordagem unitária do lucro da intervenção, cit., p. 245.

No Brasil, discutem-se três sistemas de distribuição do prejuízo: (i) o sistema da paridade, segundo o qual o prejuízo deve ser dividido em partes iguais; (ii) o sistema do grau de culpa, cujos defensores sustentam que a maior parcela do prejuízo deve ser atribuída ao agente que atuou com maior grau de culpa; e, finalmente, (iii) o sistema do nexa causal, para o qual deve arcar com a maior parcela da indenização o agente cuja conduta teve mais eficácia na causação do dano. Entre esses três sistemas, destaca-se o do nexa causal, porque é o que parece refletir melhor a função da responsabilidade civil, eminentemente reparatória.<sup>34</sup> Assim, no momento de distribuir o prejuízo entre os corresponsáveis pelo dano, o julgador deverá avaliar quanto cada conduta contribuiu para a produção do dano, isto é, qual foi a eficácia causal de cada conduta. Com base nesse critério, deve-se repartir o prejuízo, atribuindo-se ao agente cuja conduta teve mais eficácia causal uma parcela maior dos prejuízos. Os diplomas legislativos mais avançados seguem essa orientação, que é adotada também pelo Código de Defesa do Consumidor.<sup>35</sup>

Semelhante raciocínio poderia ser aplicado no campo do enriquecimento sem causa, no momento da distribuição dos lucros – agora não mais dos prejuízos, como na responsabilidade civil – entre o interventor e o titular do direito. Também aqui na seara do enriquecimento sem causa o nexa causal revela-se como importante elemento, apto a servir como critério para a distribuição dos lucros. Tal qual a responsabilidade civil, o enriquecimento sem causa não exerce função punitiva; baseia-se fundamentalmente na

34 Nesse sentido, seja permitido remeter o leitor para: SAMPAIO DA CRUZ, Gisela. *O problema do nexa causal na responsabilidade civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 333 e seguintes. Na conclusão dessa obra, lê-se o seguinte: “O melhor sistema de distribuição do prejuízo é o que leva em conta não a gravidade da culpa de cada agente, mas, sim, sua eficácia causal, porque nem sempre o agente que atuou com maior grau de culpa foi o que teve maior participação no resultado nocivo” (*O problema do nexa causal na responsabilidade civil*, cit., p. 351).

35 Ao tratar da responsabilidade pelo fato do produto e do serviço, o Código de Defesa do Consumidor estabeleceu no parágrafo único do art. 13 que “aquele que efetivar o pagamento ao prejudicado poderá exercer o direito de regresso contra os demais responsáveis, segundo sua participação na causação do evento danoso”.

ideia de conservação estática dos patrimônios, exercendo função eminentemente restitutória.

Assim, se o interventor agiu de boa-fé, parte dos seus lucros devem ser entregues à vítima da intervenção, mas não todo o lucro. Com base no critério do grau de eficácia causal da conduta do interventor é que se deve calcular a parcela dos lucros que deve ser atribuída à vítima da intervenção.<sup>36</sup>

Por outro lado, se o agente estiver de má-fé, consciente da intervenção em direito alheio, pratica conduta antijurídica,<sup>37</sup> pelo que a transferência dos lucros deverá ser total, vale dizer, a totalidade do enriquecimento patrimonial<sup>38</sup> será atribuída ao titular do direito, inclusive a parcela do lucro auferida a partir do esforço do agente, mas como desdobramento necessário da intervenção. Em definitivo, ainda que proveniente de esforço do próprio interventor, a má-fé original contamina todo o lucro obtido, tornando-o

36 Nesse sentido, explica-se que: “O critério do grau de contribuição mostra-se especialmente relevante no âmbito das hipóteses de enriquecimento por intervenção em que o interventor insere determinado bem ou direito em um complexo processo produtivo, no qual aquele é um dos muitos fatores que produz um determinado lucro. Essas hipóteses são, naturalmente, as mais complexas por envolver situação cuja quantificação deverá ser detalhadamente analisada pelo juiz de modo a se aferir o quanto cada uma das partes teve influência no lucro obtido. O montante do lucro auferido pode ter uma influência direta do *know how*, da expertise e da posição do interventor no mercado, o qual, por iniciativa própria, teria investido capital e trabalho essenciais para a configuração do lucro total, cuja parcela relevante, diante dessa contribuição, pode ser considerada não destinada ao titular do direito violado. Contudo, a relevância do bem ou direito usurpado pode ser tamanha para a configuração do lucro auferido no caso concreto, que a manutenção deste no patrimônio do interventor se mostraria totalmente irrazoável, tendo em vista a noção de conteúdo de destinação econômica do bem” (VAZ, Marcella Campinho. “A obrigação de restituir o lucro obtido com a indevida intervenção em bem ou direito alheio”. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Inexecução das obrigações*, v. 1. Rio de Janeiro: Processo, 2020, pp. 444-445).

37 Se não há dano, o interventor de má-fé pratica conduta antijurídica, não já ato ilícito, cuja configuração não prescinde da configuração do dano. Nos termos do art. 187 do Código Civil, os elementos essenciais do ato ilícito são: (i) conduta culposa ou dolosa contrária à norma jurídica; (ii) dano; e (iii) nexa de causalidade entre a conduta e o dano.

38 KONDER, Carlos Nelson. Dificuldades de uma abordagem unitária do lucro da intervenção, cit., p. 245.

antijurídico na integralidade, pelo que não se pode conservá-lo no patrimônio do agente.

A situação do interventor de má-fé é bem diversa e, exatamente por isso, a lei também o trata de forma diferente, conferindo-lhe todo um regime diferenciado. O ordenamento jurídico brasileiro, em diversas situações, agrava a posição de quem está de má-fé, preterindo o fundamento da conservação estática dos patrimônios, em prol do titular do direito, vítima da intervenção indevida. E, de fato, a má-fé, em certas situações, chega mesmo a conferir “justa causa” ao enriquecimento do titular do direito.<sup>39</sup>

Apesar disso, embora não tenha direito aos benefícios provenientes da intervenção indevida, discute-se se o interventor deve ser reembolsado pelas despesas incorridas, realizadas junto ao direito alheio, ou se nem a isso ele teria direito, por ter procedido de má-fé. O ponto é controvertido, porque, embora o enriquecimento sem causa não exerça função punitiva, a má-fé do interventor pode justificar a última solução.

Com efeito, a repulsa do ordenamento pela má-fé impede que o interventor, em certas situações, tenha direito ao reembolso das despesas: na especificação, por exemplo, se impraticável a redução e a espécie nova tiver sido obtida de má-fé, pertencerá ao dono da matéria-prima, sem que o especificador tenha direito a qualquer tipo de reembolso ou indenização (art. 1.270, §1º, c/c art. 1.271 – ambos do Código Civil). Da mesma forma, “[a]quele que semeia, planta ou edifica em terreno alheio perde, em proveito do proprietário, as sementes, plantas e construções” (art. 1.255 do Código

39 Nesse sentido: “Como existe tendência do ordenamento jurídico de não reconhecer o benefício recebido pelo sujeito de má-fé – exceto em circunstâncias bastante extraordinárias –, o interventor que conhece a titularidade alheia sobre o direito não pode ser beneficiado pela intervenção realizada. Sob perspectiva sistemática, é preferível preterir a conservação estática dos patrimônios, evitando-se a concessão de benefício ao sujeito que agiu maliciosamente. Existem algumas hipóteses nas quais o ordenamento confere o patrimônio a quem não possui justa causa para obtê-lo, mas são raras as normas que atribuem benefício a sujeito que agiu de má-fé” (MORAES, Renato Duarte Franco de, *O enriquecimento por intervenção*. Tese de doutorado defendida perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob a orientação do Professor Francisco Marino, p. 326).

Civil), sem qualquer direito a reembolso. Nessas hipóteses, o enriquecimento do titular do direito tem causa e é expressamente autorizado pelo ordenamento. A má-fé é, em uma palavra, a justa causa do enriquecimento.

Por outro lado, em outras situações, o Código Civil segue na direção oposta: no caso dos frutos colhidos e percebidos, o possuidor de má-fé responde, mas deve ser reembolsado pelas despesas de produção e custeio (art. 1.216 do Código Civil), assim como o sujeito que realiza a confusão, comissão ou adjunção de coisas deve ser reembolsado pela perda do material utilizado no trabalho (art. 1.273 do Código Civil). Assim, ao menos quando o legislador expressamente previu o direito ao reembolso das despesas, não há dúvida de que o interventor fará jus a esse valor, desde que, evidentemente, consiga comprovar a despesa efetuada. Essa ideia é inerente ao próprio conceito de lucro – que nada mais é do que o faturamento depois de subtraídas as despesas.

Há, ainda, quem defenda que, para além do reembolso das despesas, o interventor deveria ser remunerado pelo seu trabalho realizado no bojo da intervenção “dentro dos estritos limites dos trabalhos realizados”.<sup>40</sup> Segundo Renato Duarte Franco de Moraes, “o interventor de má-fé não deve receber a parcela relativa à sua iniciativa no benefício originado pela intervenção, mas deve ser ressarcido pelo trabalho realizado, a partir de parâmetros de mercado”.<sup>41</sup> Para o autor, “[a]dmittir hipótese contrária significa aceitar que o interventor seja penalizado em razão de sua conduta irregular, conferindo-se ao enriquecimento sem causa função punitiva que é incompatível com o instituto”.<sup>42</sup>

40 MORAES, Renato Duarte Franco de, *O enriquecimento por intervenção*, cit., p. 327. E, na sequência, afirma o autor: “A repulsa do ordenamento pela má-fé impede que o interventor obtenha acréscimo de patrimônio pelo resultado originado do seu trabalho, mas não afasta o reequilíbrio patrimonial proporcionado pela remuneração devida pelo trabalho em si” (*O enriquecimento por intervenção*, cit., p. 327).

41 MORAES, Renato Duarte Franco de, *O enriquecimento por intervenção*, cit., p. 327.

42 MORAES, Renato Duarte Franco de, *O enriquecimento por intervenção*, cit., p. 327.

## 2.1 Aplicações práticas da teoria do lucro da intervenção como instrumento de exclusão do lucro ilícito do patrimônio do agente

Verificada a possibilidade de a vedação ao enriquecimento sem causa, sob o viés do lucro da intervenção, servir à exclusão do lucro ilícito do patrimônio do agente, presentes os requisitos já mencionados, cumpre analisar algumas situações em que a teoria promoverá satisfatoriamente referida função.

### 2.1.1 Violação de direitos da personalidade

Não raro, a violação de direitos da personalidade promove considerável locupletamento do agente infrator. Nesses casos, embora a responsabilidade civil ofereça solução satisfatória para o ressarcimento dos danos sofridos pela vítima, quando o enriquecimento patrimonial do ofensor é superior ao dano causado, o instituto já não se mostra eficiente para oferecer, sozinho, solução satisfatória.

Diante dessa constatação, os Tribunais utilizam a compensação por dano moral como mecanismo de eliminação do lucro ilícito do patrimônio do agente, considerando o montante como um dos parâmetros para a quantificação da indenização. Trata-se, a rigor, de atribuir caráter punitivo/pedagógico à responsabilidade civil, o que, por ir de encontro à sua função reparatória/compensatória,<sup>43</sup> requer expressa previsão legal, inexistente no direito positivo contemporâneo.<sup>44</sup>

43 Para crítica contundente à função punitiva do dano moral, confirmam-se: BODIN DE MORAES, Maria Celina, *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*, cit., p. 258 et seq.; MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A Responsabilidade Civil por Presunção de Causalidade*. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2009, p. 32-33.

44 A rigor, por mais de uma vez, o Poder Legislativo já teve a oportunidade de atribuir função punitiva ao instituto, mas não o fez. Quando da elaboração do Código de Defesa do Consumidor (L. 8.078/1990), havia dispositivo que criava multa civil, cuja única função era penalizar o ofensor; a norma, contudo, foi excluída por veto presidencial. Posteriormente, por ocasião da edição do Código Civil de 2002, tentou-se atribuir ao dano moral função punitiva por meio do Projeto de Lei nº 6.960/2002, que previa a inclusão de um § 2º ao art. 944 do Código Civil, assim redigido: “A reparação do dano moral deve constituir-se em

Nesse sentido, seguiu a 16ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em decisão proferida em setembro de 2020 nos autos da Apelação Cível n.º 1.0388.11.003817-0/001, relatada pelo Des. Ramom Tácio.<sup>45</sup> No caso, discutia-se a publicação, em sítio eletrônico de empresa de agronegócio, do nome do autor, vinculando-o a artigos científicos que não eram de sua autoria e tinham por objetivo promover determinado produto.

O Tribunal entendeu que se tratava de intervenção indevida, já que a publicação se valeu do nome do pesquisador – referência no ramo –, com o objetivo de dar credibilidade científica aos produtos que comercializava, tendo a ré obtido vantagem patrimonial indevida a partir da exploração do direito alheio. Na decisão, o relator observou que a “vantagem patrimonial” deve ser extraída a partir de um balanço patrimonial do ofensor, isto é, “além do efetivo lucro (aumento de ativo), tem-se entendido que a vantagem patrimonial também abarca a diminuição de um passivo e a poupança de uma despesa”, já que não se poderia entender como razoável que todo o produto das operações seja auferido por aquele que delas não era proprietário. Apesar de fazer referência à figura do lucro da intervenção, a solução dada pelo juízo foi simplesmente a de fixar, a título de dano moral, determinado *quantum* indenizatório, registrando que não seria necessária a produção de provas para demonstrar o dano.

Em outros casos, a indenização é simplesmente fixada com base nos lucros auferidos com a violação do direito da personalidade, sem sequer se fazer menção à figura do lucro da intervenção. Nessa linha, o Tribunal de Justiça de São Paulo fixou indenização, a título de danos morais, a cantor famoso – “símbolo sexual”, segundo a decisão – que teve sua imagem vinculada a medicamento destinado a tratar impotência sexual masculina.<sup>46</sup> No caso, o autor pleiteou apenas uma indenização por danos morais, deixando de

compensação ao lesado e adequado desestímulo ao lesante”. O relatório que deu origem ao Substitutivo ao referido Projeto rejeitou a proposta, cujas razões estão disponíveis em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/196514.pdf>.

45 TJ/MG, 16ª CC, AC 1.0388.11.003817-0/001, Rel. Des. Ramom Tácio, j. 02.09.2020, v.u., DJ 15.09.2020.

46 TJ/SP, 7ª CDPPriv., AC 1016796-15.2018.8.26.0068, Rel.ª Des.ª Mary Grün, j. 03.12.2020, v.u., DJ 03.12.2020.

lado os danos materiais sofridos. O Tribunal entendeu que a utilização da imagem do cantor – “F.J.” – tinha evidente fim lucrativo e, por isso, com fundamento na Súmula nº 403 do STJ, não seria necessária a prova do prejuízo, sendo cabível a aplicação da indenização por dano moral.

Ainda nessa linha, mais recentemente, o Tribunal de Justiça de São Paulo estipulou indenização a título de danos morais a jogador de futebol pela divulgação de sua imagem, com contexto lucrativo, em jogos de videogame comercializados pela Fifa.<sup>47</sup>

Em outra decisão, o Tribunal de Justiça de São Paulo entendeu que, apesar de a parte autora ter sustentado ser devido o lucro da intervenção, aplicá-lo no caso configuraria verdadeiro *bis in idem*, visto que o autor já havia sido indenizado anteriormente pela utilização indevida da sua imagem para fins comerciais.<sup>48</sup> O mesmo Tribunal de Justiça decidiu, em outra oportunidade, não ser cabível o lucro da intervenção em caso que versava sobre violação direta a direito de imagem do jogador de futebol por entender, com base no art. 886 do CC/02, que a restituição por enriquecimento indevido só pode ser aplicada quando inexistir outros meios para o ressarcimento.<sup>49</sup>

Em outras ocasiões, os Tribunais utilizaram o lucro obtido com a violação de direitos da personalidade como critério de quantificação do dano material, indo, mais uma vez, de encontro ao próprio conceito de dano. A título exemplificativo, tome-se a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, nos autos do Recurso Especial nº 521.697, em que as filhas de Garrincha pleiteavam danos morais e materiais pela publicação de biografia de seu pai, sem sua autorização, sob alegação de violação do direito de imagem, nome, intimidade, vida privada e honra. O Tribunal condenou a editoria a pagar, além de danos morais, danos materiais correspondentes a cinco por cento sobre o preço de capa de cada livro vendido.<sup>50</sup>

47 TJ/SP, 1ª CDPriv., AC 1003822-70.2020.8.26.0004, Rel. Des. Claudio Godoy, j. 22.01.2021, v.u., DJ 22.01.2021.

48 TJ/SP, 10ª CDPriv., AC 1076338-28.2019.8.26.0100, Rel. Des. Ronnie Herbert Barros Soares, j. 20.10.2020, v.u., DJ 03.11.2020.

49 TJ/SP, 1ª CDPriv., AC 1005889-08.2020.8.26.0004, Rel. Des. Francisco Loureiro, j. 09.03.2021, v.u., DJ 10.03.2021.

50 STJ, 4ª T., REsp 521.697/RJ, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 16.2.2006. Cumpre advertir que não se discute, nesta seara, o mérito da decisão, mas apenas

Na mesma linha, ao julgar o caso em que se discutia a utilização da imagem do cantor Tim Maia por fabricante de roupas para estampar camisetas sem a necessária autorização de seus familiares, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro decidiu que, “tendo o réu obtido proveito econômico na comercialização do produto, caracterizado está o dano material, que reside no lucro auferido, a ser apurado em liquidação de sentença. (...)”.<sup>51</sup>

Semelhantes decisões, além de incompatíveis com a atual configuração da responsabilidade civil, não são capazes de promover a completa retirada dos lucros amealhados pelo ofensor.

Encontram-se, ainda, julgados que, diante da violação do direito de imagem, condenam o agente a pagar, a título de lucros cessantes, o valor que o titular do direito receberia caso houvesse cedido, regularmente, o direito. Foi justamente o que ocorreu nos autos da Apelação Cível nº 20.737/00 julgada pela 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em que famosa atriz pleiteava indenização diante da publicação, não autorizada, em jornal de grande circulação, de sua foto nua, extraída de cena de minissérie por ela protagonizada e veiculada em canal de televisão. O parâmetro adotado para fixar o valor da reparação a título de dano material foi a quantia que seria cobrada pela atriz para posar nua nas mesmas circunstâncias noticiadas pelo jornal.<sup>52</sup> Referido entendimento, contudo, não merece prosperar, uma vez que acaba por legitimar a expropriação de bens ao preço de mercado, além de não retirar do patrimônio do agente, de forma cabal, os ganhos granjeados.

Inexistindo instituto específico a ser aplicado a tais situações, e não sendo a responsabilidade civil apta a promover a remoção dos lucros obtidos por exploração de direitos alheios do patrimônio do ofensor, satisfeito está o requisito da subsidiariedade, a autorizar a aplicação da teoria do lucro da intervenção. E a resposta do direito restitutivo é precisamente esta: obrigar o interventor a restituir os lucros obtidos, sempre que tais lucros se revelem superiores aos danos causados ao titular do direito.

se questiona a legitimidade do critério de quantificação do dano material utilizado pelo Tribunal.

51 TJ/RJ, 4ª CC, AC 0107626-90.2011.8.19.0001, Rel. Des. Paulo Maurício Pereira, j. 15.5.2013.

52 TJ/RJ, 9ª CC, AC 20.737/00, Rel. Des. Marcus Tullus Alves, j. 13.3.2001.

Paradigmática, nesse sentido, foi a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, no chamado “caso Giovanna Antonelli”. Tratou-se de demanda pela qual a atriz pleiteou, em face de Dermo Formulações Farmácia de Manipulação Ltda, indenização bem como restituição de todos os benefícios econômicos auferidos com a venda dos produtos atrelados ao seu nome e imagem veiculados em campanha publicitária de suposto composto emagrecedor sem a sua autorização. Em primeiro grau, o magistrado condenou a ré a indenizar a autora no montante que lhe seria devido caso autorizasse a utilização de seu nome e sua imagem, e afastou a pretensão consistente na restituição de todos os benefícios econômicos obtidos com a venda do produto.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, por sua vez, condenou “a ré a restituir a autora o montante correspondente ao lucro da intervenção, este fixado no percentual que ora se arbitra em 5% (cinco por cento) sobre o volume de vendas do produto DETOX (DOC 02 - índices 6 e 7), baseado no seu preço de comercialização (preço de saída da mercadoria da fábrica), no período compreendido entre o início da lesão (associação do referido produto à imagem da demandante) e a cessação da circulação da propaganda indevida, tudo a ser apurado em fase de liquidação de sentença; bem como majorar o *quantum* reparatório a título de danos morais para R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).<sup>53</sup> A decisão, que tem o mérito de reconhecer a ocorrência de lucro da intervenção, não ficou imune a críticas em razão de ter atribuído à autora percentual aleatório (cinco por cento) dos lucros auferidos pela ré com a venda do produto.

O caso chegou ao Superior Tribunal de Justiça, que se debruçou sobre os critérios de quantificação do montante do lucro da intervenção a ser restituído ao titular do direito. A 3ª Turma, após reconhecer a impossibilidade de qualificar o lucro da intervenção como verba indenizatória e a necessidade de tratá-lo no âmbito do enriquecimento sem causa,<sup>54</sup> decidiu que o lucro patrimonial a ser

53 TJ/RJ, 13ª CC, AC 0008927-17.2014.8.19.0209, Rel. Des. Fernando Fernandez Fernandes, j. 26.10.2016.

54 Nos termos da decisão: “[a] inclusão do lucro da intervenção na indenização devida àquele que tem o seu direito violado aparenta conflitar com o princípio da reparação integral e com o disposto no art. 944 do Código Civil (...) não se

restituído deve ser apurado com base nos seguintes critérios: “a) apuração do *quantum debeatur* com base no denominado lucro patrimonial; b) delimitação do cálculo ao período no qual se verificou a indevida intervenção no direito de imagem da autora; c) aferição do grau de contribuição de cada uma das partes mediante abatimento dos valores correspondentes a outros fatores que contribuíram para a obtenção do lucro, tais como a experiência do intervenor, suas qualidades pessoais e as despesas realizadas, e d) distribuição do lucro obtido com a intervenção proporcionalmente à contribuição de cada partícipe da relação jurídica”.<sup>55</sup>

O STJ, ao partir do enriquecimento patrimonial, reconhece a má-fé da ré, que usou o nome e a imagem da autora sabendo que não tinha autorização para tanto, violando deliberadamente direitos da personalidade.

No que tange ao critério temporal, a decisão delimitou o cálculo ao período durante o qual se verificou a indevida intervenção no direito de imagem da autora, isto é, ao período compreendido entre o início da intervenção, quando a imagem da autora foi indevidamente associada ao produto, e o momento em que a propaganda deixou de circular. Na maioria dos casos, o termo inicial do qual deve partir o cálculo realmente coincidirá com a data em que ocor-

---

mostrando a responsabilidade civil o instituto mais apropriado para lhe dar guarida. (...) Tal obstáculo, contudo, é contornado pela doutrina que, afastando-se da aplicação das regras gerais de responsabilidade civil, fundamenta o dever de restituição do lucro da intervenção no enriquecimento sem causa. (...) [a] conjugação dos dois institutos, na espécie, em que se busca a reparação dos danos morais e patrimoniais pelo uso não autorizado da imagem de pessoa para fins comerciais, além da restituição do que o réu lucrou ao associar a imagem da autora ao produto por ele comercializado, é plenamente admitida, não sendo obstada pela subsidiariedade da ação de enriquecimento sem causa. Isso porque a responsabilidade civil não tutela nada além dos prejuízos efetivamente sofridos pela vítima do evento danoso, enquanto que o enriquecimento ilícito se encerra apenas de devolver o lucro obtido em decorrência da indevida intervenção no direito de imagem de outrem ao seu verdadeiro titular” (STJ, 3ª T., REsp 1698701/RJ, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 02.10.2018, v.u., DJe 08.10.2018).

55 STJ, 3ª T., REsp 1698701/RJ, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 02.10.2018, v.u., DJe 08.10.2018. Thiago Lins estabelece critérios específicos para o caso de violação do direito à imagem: LINS, Thiago Drummond de Paula. *O lucro da intervenção e o direito à imagem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 199 et. seq.

reu a intervenção, e o termo final, com a data em que a intervenção cessou, exatamente como ocorreu nesse caso. No entanto, o julgador deve ficar sempre atento, porque, dependendo das circunstâncias do caso concreto, é possível que o marco temporal que define a fluência dos lucros esteja descolado da data em que ocorre a lesão ao interesse juridicamente tutelado, assim como o termo final pode não corresponder exatamente ao término da intervenção. O julgador deve, portanto, cuidar para que seja considerado o período correto no cálculo.

O terceiro e o quarto requisitos se referem ao nexo de causalidade, e perquire o grau de contribuição de cada uma das partes para a obtenção dos lucros. Em casos como esse, em que a imagem de uma pessoa famosa – uma atriz – é atrelada à venda de um produto já existente no mercado, fica mais fácil aferir o grau de contribuição das partes, adotando como parâmetro os lucros que o interventor normalmente auferia com a venda do produto antes de violar os direitos da personalidade da autora. A partir da comparação entre o que ele vinha auferindo e o que ele passou a auferir depois da intervenção, pode-se determinar qual é o efetivo grau de contribuição atribuível à atriz. A experiência pretérita do interventor ajuda, portanto, a delimitar qual é a parcela dos lucros que deve ser imputada à atriz. É evidente que, nessa conta, devem ser abatidas as despesas, mas essa ideia já é inerente ao próprio conceito de lucro.

### 2.1.2 Violação do direito de propriedade

Não há, no âmbito da violação do direito de propriedade, norma específica que promova a exclusão do benefício econômico ilegitimamente obtido do patrimônio do agente, razão pela qual o instituto da vedação ao enriquecimento sem causa poderá ser chamado a atuar.

Conforme já se afirmou, de acordo com a teoria da atribuição do conteúdo da destinação jurídica dos bens, tudo quanto estes bens sejam capazes de render ou produzir pertence ao seu respectivo titular. Todavia, por vezes, terceiros exploram propriedade alheia, auferindo os benefícios gerados pelo bem. Pode ocorrer de referida exploração gerar danos ao proprietário, a exemplo do que se verifica quando o titular se vê privado de bem que efetivamente

usava, deixando, assim, de perceber as concretas vantagens por ele proporcionadas. Nesses casos em que a privação do uso causa danos ao proprietário do bem, a responsabilidade civil será capaz de ressarcir a lesão sofrida, mas não promoverá a retirada do lucro do patrimônio do ofensor se esse benefício se revelar superior ao dano sofrido pela vítima.

Outras vezes, todavia, a exploração de bens alheios não gera dano indenizável, como se passa na hipótese em que o titular do bem já não o usa e tampouco pretende fazê-lo, a afastar a incidência da responsabilidade civil. Isso, porque a mera potencialidade abstrata do uso não constitui interesse jurídico merecedor de tutela, e sua violação não gera, por si só, dano; o interesse jurídico tutelado é aquele, patrimonial ou não, que pode restar violado pela supressão de alguma vantagem específica que poderia ser auferida pelo uso efetivo do bem, e apenas a lesão a interesse juridicamente tutelado configura dano, passível de indenização.

O instituto capaz de excluir o proveito econômico ilegitimamente obtido pelo agente que explora o direito de propriedade alheio, ou seja, o lucro da intervenção, é o enriquecimento sem causa. Trata-se de mecanismo dinâmico de tutela, que garante ao proprietário o aproveitamento de toda a potencial riqueza gerada pelo bem.

Pense-se no sujeito que passa a explorar turisticamente cachoeira que, de boa-fé, pensa estar localizada em seu terreno. Ele realiza uma série de melhoramentos no local, constrói banheiros, área de piquenique, estacionamento, a fim de melhor atender os turistas. Evidentemente, não fosse a cachoeira, nenhum lucro obteria o interventor. Contudo, parte desse lucro se liga diretamente à atuação e ao esforço do agente, já que a estrutura oferecida aos usuários se revelou fundamental para o sucesso do empreendimento, pelo que deve ser mantida em seu patrimônio, ainda que seja desdobramento da intervenção. Imprescindível, portanto, analisar o liame de causalidade entre o enriquecimento e o objeto da intervenção e o esforço do agente, a fim de identificar o montante a ser restituído e aquele a ser retido pelo interventor de boa-fé.<sup>56</sup>

56 Sobre a quantificação do que deve ser restituído, confira-se SAVI, Sérgio, *Responsabilidade Civil e Enriquecimento sem causa. O Lucro da Intervenção*, cit., p. 122 et. seq.

Em qualquer caso, esteja o interventor de boa ou de má-fé, o destino das construções seguirá as regras referentes à edificação em terreno alheio, nos termos do art. 1.255 e seguintes do Código Civil.

### 2.1.3 Violação do direito de crédito. *Efficiente breach theory*

A discussão acerca da remoção do lucro auferido pelo contratante com a deliberada violação do direito de crédito por meio do inadimplemento contratual é tarefa das mais tormentosas no direito brasileiro, primeiro, porque não há sequer consenso sobre a ilegitimidade da obtenção de lucros a partir de certos suportes fáticos de inadimplemento e, segundo, porque a legislação brasileira não cogita de qualquer instrumento específico para a eliminação do referido benefício econômico do patrimônio do inadimplente. De todo modo, o instituto por vezes invocado pelos Tribunais para desempenhar referida função é, mais uma vez, a responsabilidade civil contratual, cujos efeitos, todavia, ficam aquém do que se deseja quando o lucro auferido pelo contratante é superior aos danos causados à contraparte.

Descumprido o contrato, duas são as possibilidades: (i) se a prestação ainda for útil para o credor e possível para o devedor, haverá apenas mora (art. 394, CC) e o credor poderá exigir a execução específica da obrigação; (ii) se, todavia, a prestação se tornar inútil ou impossível de ser recebida pelo credor, haverá inadimplemento absoluto e o credor poderá optar entre resolver a relação obrigacional (art. 475, CC) ou pleitear a execução pelo equivalente pecuniário da prestação que lhe era devida, alterando o programa contratual originário por meio da sub-rogação objetiva.<sup>57</sup>

Qualquer que seja a tutela escolhida pelo credor, será sempre possível pleitear o pagamento de indenização por perdas e danos (art. 389, CC), que não abarcam, como já se observou, os lucros ilegitimamente auferidos pelo devedor com o inadimplemento. Portanto, uma vez mais, apenas nas hipóteses em que o benefício

57 Sobre execução pelo equivalente, seja consentido remeter a TERRA, Aline de Miranda Valverde. Execução pelo equivalente como alternativa à resolução: repercussões sobre a responsabilidade civil. *Revista Brasileira de Direito Civil - RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 18, p. 49-73, out./dez. 2018.

econômico do inadimplente coincidir ou for inferior ao dano sofrido pelo credor é que a responsabilidade civil será suficiente, ressarcindo o credor e removendo o lucro auferido pelo devedor com o inadimplemento. Por outro lado, nas hipóteses em que não se verifica tal coincidência, o instituto não será capaz de eliminar cabalmente o proveito econômico do devedor, e a teoria do enriquecimento sem causa deverá, uma vez mais, ser chamada a atuar.

Pense-se no fornecedor que, em vez de adequar a prestação do serviço aos padrões de qualidade exigidos, prefere prestá-lo de modo defeituoso, já que o total das indenizações eventualmente pagas aos consumidores é consideravelmente inferior ao valor que deveria ser despendido para a prestação do serviço de acordo com os parâmetros de qualidade exigidos.

Há, em casos assim, inegável lucro da intervenção, uma vez que o fornecedor interfere em direitos alheios e auferir vantagens ilegítimas. A dificuldade suscitada por essas hipóteses não está apenas na quantificação do valor a ser retirado do patrimônio do fornecedor, que corresponderia ao valor que deixou de gastar com a implementação do serviço qualitativamente adequado, mas também na identificação de quem deveria receber tal montante, uma vez que o serviço de má qualidade é prestado a todos os usuários, e não apenas àqueles que ajuízam ação.

Com efeito, a aplicação da teoria do enriquecimento sem causa em situações como essa só será possível se se admitir alguma flexibilização da exigência de identificação precisa do *quantum* do enriquecimento, que poderia ser alcançado por arbitramento. Quanto à dificuldade de identificar em favor de quem deveriam ser revertidos os lucros ilegítimos, é possível superá-la revertendo tais montantes em proveito de fundo específico, voltado para campanhas preventivas e educativas no âmbito do setor ao qual pertence o agente interventor, ou mesmo para o auxílio das vítimas dos eventuais danos causados pela atividade defeituosa. Tal solução não se afigura totalmente desconhecida no direito brasileiro, havendo previsão expressa no âmbito da responsabilidade civil, a exemplo da Lei n.º 7.347/85, que regula as ações de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor e bens que específica, cujo art. 13 dispõe: "Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um

Conselho Federal ou por Conselhos estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados”. Poder-se-ia pensar em solução semelhante para o lucro da intervenção.

De todo modo, no âmbito de atividades fiscalizadas por agências reguladoras, a aplicação de multas administrativas aos prestadores de serviços, embora não promova a cabal exclusão do lucro da esfera jurídica do fornecedor, tem servido de paliativo diante da dificuldade de manejar a *actio in rem verso*.

Outra situação em que se verifica o lucro da intervenção por violação do direito de crédito, e que tem suscitado intensa discussão, é o chamado *efficient breach*, ou inadimplemento eficiente, assim entendido o inadimplemento financeiramente vantajoso ao devedor inadimplente e “neutro” ao credor, que não receberá a prestação ajustada mas será cabalmente indenizado pelas perdas e danos sofridas.<sup>58</sup> Trata-se, com efeito, de hipóteses em que o devedor opta, deliberadamente, por inadimplir contrato anteriormente celebrado para firmar outro que lhe ofereça mais vantagens econômicas, mesmo após o pagamento da indenização devida ao credor insatisfeito. Nesse cenário, o inadimplemento e o segundo contrato proporcionam ao devedor ganhos superiores aos lucros que seriam percebidos caso adimplisse o primeiro contrato.

Imagine-se o mutuário que contraiu empréstimo em dinheiro para aplicar o valor em investimento financeiro e, no termo ajustado para a devolução da quantia, não o fez, pois o investimento lhe garantia maior retorno financeiro do que os juros de mora devidos ao seu credor pelo atraso no adimplemento.

58 De acordo com José Eduardo Figueiredo de Andrade Martins, “a *efficient breach theory* diz que a quebra de um contrato é eficiente e desejável se o ganho da parte culpada pela inadimplência excede seu lucro esperado com o adimplemento, além de exceder os gastos que tem com a compensação pelas perdas e danos da parte contrária. Após todas as operações, ninguém fica em situação pior que a anterior e ao menos uma das partes se encontra em situação melhor” (MARTINS, José Eduardo Figueiredo de Andrade. Reflexões sobre a incorporação da teoria da quebra eficiente (*efficient breach theory*) no direito civil brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo et al. (Coord.). *Anais do IV Congresso do Instituto Brasileiro de Direito Civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 94).

Nessa situação a responsabilidade civil não será capaz de remover do patrimônio do devedor o lucro auferido com o inadimplemento, já que o valor da indenização pelas perdas e danos causadas ao credor será inferior ao proveito obtido com o segundo contrato.

Ademais, do ponto de vista meramente estrutural, a aplicação da teoria do enriquecimento sem causa enfrentaria dificuldades. Isso, porque, a rigor, há título jurídico legítimo justificador do incremento patrimonial: o segundo contrato. Não haveria, numa primeira análise meramente estrutural, lucro ilícito se o contratante cumprisse a lei e as disposições do contrato relativas às penalidades pelo inadimplemento. Assim, observadas a lei e as cláusulas contratuais incidentes em caso do inadimplemento, o descumprimento do contrato poderia resultar, ao fim e ao cabo, lucrativo para o inadimplente.

Semelhante raciocínio, todavia, não merece prosperar. Há de se superar análise exclusivamente formal e estrutural da teoria do enriquecimento sem causa em favor de concepção funcional, que abarque não apenas as situações em que o enriquecimento não está calcado em título jurídico, mas também aquelas em que, posto haja título jurídico, ele se afigura ilegítimo, já que a sua constituição só foi possível em razão do deliberado inadimplemento contratual, que não encontra respaldo no direito brasileiro.

Com efeito, os contratos se regem pelo princípio da obrigatoriedade, bem revelado no brocardo *pacta sunt servanda*. O devedor está adstrito ao cumprimento da prestação que lhe incumbe, não ostentando pretensão de direito potestativo de optar entre o adimplemento e o inadimplemento com pagamento de perdas e danos. O inadimplemento é risco inerente ao contrato, e como todo risco, é evento incerto, que pode se implementar por ato culposo do devedor. Não pode, todavia, o devedor concretizá-lo dolosamente a fim de obter proveitos econômicos. Embora para fins de indenização não seja relevante se o devedor agiu com dolo ou culpa, para fins de enriquecimento sem causa a distinção assume importância, já que a atuação dolosa torna ilegítimo o lucro auferido, atraindo o regime mais gravoso que o Direito Civil aplica para quem age de má-fé.

Assim, revelar-se-ia ilegítimo o lucro obtido pelo mutuário com o investimento mantido durante sua mora. Nesse caso, referido

montante deve ser restituído ao credor, conforme os critérios acima analisados.

### 3. Conclusão

No direito brasileiro, não há uma única figura genérica, capaz de excluir o lucro ilícito do patrimônio do agente em toda e qualquer situação. Identificam-se, por outro lado, várias normas cuja finalidade reside precisamente em evitar que a conduta ilegítima se revele lucrativa para o ofensor.

De todo modo, o instituto que melhor desempenha referida função de forma mais abrangente é o enriquecimento sem causa por lucro da intervenção, cujo escopo reside, precisamente, na retirada do lucro obtido a partir da intervenção injustificada em direitos ou bens alheios do patrimônio do interventor. Os Tribunais, contudo, ainda não assimilaram todas as possíveis aplicações da teoria, razão pela qual, na prática, muitas vezes, a conduta antijurídica resulta economicamente lucrativa para o ofensor.

Na tentativa de eliminar esse cenário, a jurisprudência, lastreada em parte da doutrina, lança mão da responsabilidade civil, e atribui ao dano moral caráter punitivo/pedagógico, utilizando o benefício ilegitimamente auferido pelo agente como um dos parâmetros para a quantificação da indenização. Referida solução, todavia, conquanto imbuída das melhores intenções, mostra-se incompatível com a estrutura e a função contemporâneas da responsabilidade civil no direito brasileiro.

A obrigação de restituir traduz-se, a bem da verdade, no próprio inverso ou avesso da ideia de indenização: não é na esfera patrimonial do lesado, mas na do lesante que se restabelece a situação que existiria sem a intervenção ilícita. Assim é que, ao se estender a obrigação de restituir a todo o lucro causado pela intromissão, reconduz-se o patrimônio do enriquecido – e não o da vítima – à situação próxima a que estaria se não tivesse praticado a ação que lhe trouxe a vantagem. O foco deixa, portanto, de ser a vítima para ser o enriquecido-ofensor, e é exatamente por isso que o tema foge ao campo da responsabilidade civil.

A análise de específicas situações em que a conduta ilegítima do agente se revela economicamente vantajosa permite concluir que a teoria do enriquecimento sem causa, sob o viés do lucro da

intervenção, oferece solução satisfatória, de modo geral, para as hipóteses em que referido benefício decorre da violação de direitos da personalidade, de direitos transindividuais, do direito de propriedade e do *eficiente breach*, uma vez que não há norma específica a disciplinar tais situações. No que tange à violação da propriedade industrial, a própria lei excepciona a regra do art. 402 do Código Civil, e determina a utilização do benefício econômico granjeado pelo agente como parâmetro para a quantificação dos danos materiais (notadamente, dos lucros cessantes).

O grande desafio nessa matéria está em determinar o lucro a ser restituído, que não se confunde com o montante total obtido pelo agente com a intervenção. Além de considerar os montantes pagos pelo agente a título de indenização e as despesas eventualmente incorridas no curso da intervenção, o julgador deve avaliar outras variáveis que podem interferir na definição do *quantum* restitutivo, entre as quais se destacam a boa ou má-fé do interventor e o nexo de causalidade entre o enriquecimento e o objeto da intervenção.