

CONSIDERAÇÕES ACERCA DA EXCLUSÃO DO LUCRO ILÍCITO DO PATRIMÔNIO DO AGENTE OFENSOR

CONSIDERATIONS ABOUT THE EXCLUSION OF THE ILLICIT PROFIT TO THE OFFENDER' S PATRIMONY

Aline de Miranda Valverde Terra¹
Gisela Sampaio da Cruz Guedes²

RESUMO: Este artigo se propõe a apontar, de forma não exaustiva, alguns instrumentos existentes no direito privado brasileiro capazes de promover a retirada, do patrimônio do agente, do lucro ilícito ou ilegitimamente obtido com sua conduta. Verificar-se-á que a figura que melhor promove referida finalidade de forma genérica é o enriquecimento sem causa, sob o viés do lucro da intervenção, ao contrário da responsabilidade civil que, definitivamente, não se destina a exercer essa função, salvo disposição legal excepcional em sentido diverso. Há, ainda, alguns institutos cuja disciplina permite, de forma indireta, retirar o benefício patrimonial da esfera jurídica do agente, a exemplo do que se passa no mandato, na gestão de negócios e na posse de má-fé.

PALAVRAS-CHAVE: danos; enriquecimento sem causa; intervenção; responsabilidade civil; retirada do lucro ilegítimo.

ABSTRACT: This article aims to point out, in a non-exhaustive manner, some existing instruments in the Brazilian private law capable to promote the removal of the agent's property, the illegal profit or illegitimately obtained by his conduct. It will be checked that the one which best promotes, generically, the referred purpose is unjust enrichment, under the bias of the profit of intervention, instead the civil responsibility that definitely is not intended to perform this function, except legal provision in different meanings. There are also some institutes whose course allows, indirectly, to suppress the balance benefit of the agent's sphere, similar on what happens in the contract of mandate, in business management and in bad faith possession.

¹ Doutoranda e Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professora do Departamento de Direito Civil da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Professora da Pós-Graduação *lato sensu* da UERJ e da PUC-Rio. Coordenadora editorial da Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil.

² Doutora e Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professora Adjunta do Departamento de Direito Civil da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Professora da pós-graduação *lato sensu* da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RJ), do Centro de Estudos e Pesquisas no Ensino de Direito (CEPED/UERJ) e da EMERJ.

KEYWORDS: damages; unjust enrichment; intervention; civil responsibility; disgorgement of profits.

INTRODUÇÃO

No campo da responsabilidade civil, pode-se afirmar como regra – sobretudo, quando se trata de danos patrimoniais – que o 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 (neste caso, a exceção que confirma a regra geral). Chama a atenção, entretanto, o fato de o lucro obtido pelo ofensor ao causar o dano, em algumas situações, ser levado em conta pela jurisprudência como critério para a reparação dos danos sofridos pelo lesado (especialmente, na esfera dos lucros cessantes³). Esta tendência de atentar para o lucro do agente causador do dano injusto tem-se feito sentir, com mais intensidade, fora das instituições tradicionais do que se designa de direito privado – notadamente, no campo da propriedade industrial.

Com efeito, não raro, a atuação ilícita ou ilegítima afigura-se extremamente lucrativa para o agente. É o que ocorre, por exemplo, quando o sujeito viola o direito de imagem de famosa atriz e publica sua foto seminua em revista, incrementando consideravelmente as vendas da publicação, ou, então, quando alguém usa da propriedade alheia sem autorização do proprietário, poupando, assim, despesas em que incorreria se tivesse alugado outro imóvel para alcançar a finalidade desejada.

Em ambas as situações descritas, o suporte fático do incremento patrimonial do agente é a violação de direitos de terceiros. Diante de tal constatação, afigura-se imprescindível investigar se o direito brasileiro oferece instrumentos suficientemente eficazes para promover a exclusão, do patrimônio do agente, de referidos proveitos econômicos, a fim de impedir que a prática de condutas antijurídicas se revele, ao fim e ao cabo, lucrativa.

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

³ Nessas hipóteses, a noção de equivalência cede lugar para o que seria, por assim dizer, uma nova forma de se estimar os lucros cessantes, a faceta problemática do dano patrimonial.

do patrimônio do agente, uma vez que este é o instrumento hodiernamente invocado pela jurisprudência para desempenhar tal finalidade; na segunda, embora não haja, no direito brasileiro, instituto único capaz de promover a exclusão do benefício econômico ilegítimo da esfera jurídica do agente em toda e qualquer situação, identifica-se o regime mais vocacionado a promover referida função; e, por fim, na terceira parte, investigam-se, de forma não exaustiva, outros institutos cuja disciplina oferece regras específicas, que acabam, ainda que indiretamente, por impedir que o agente conserve o proveito econômico ilegitimamente auferido.

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 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, a fim de aferir sua compatibilidade com referida prática. 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) no direito brasileiro, e se é possível atribuir à responsabilidade civil a função de expurgar aquela verba do patrimônio do ofensor.

Observa-se, contemporaneamente, no direito brasileiro, nítida mudança de foco da responsabilidade civil, a que já se designou “giro conceitual do ato ilícito para o dano injusto”,⁴ resultado da constatação de que há inúmeros danos provenientes de condutas outras, que não atos ilícitos, a exigirem, também, reparação.⁵ O dano injusto não se identifica, portanto, com antijuridicidade, com violação de direito ou norma; a injustiça do dano está, sim, na lesão a interesse jurídico merecedor de tutela.⁶⁻⁷ Altera-se, assim,

⁴ 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. 293.

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, op. cit., p. 295).

⁶ Sobre o conceito de dano no direito brasileiro, veja-se: SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: da erosão dos filtros da responsabilidade civil à diluição dos danos**, São Paulo: Atlas, 2007, p. 102 et. seq. 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 o concepção de dano injusto segundo Stefano

profundamente a função da responsabilidade civil, que abandona seu viés moralizador, e se volta para a tutela da vítima, perseguindo a reparação integral do dano sofrido, cuja medida deve ser o próprio dano, como, em boa hora, estabeleceu o art. 944 do Código Civil.

De todo modo, a despeito dessas profundas mudanças, mantêm-se inalteradas as duas categorias de dano tradicionalmente reconhecidas:⁸ o moral, entendido como a lesão à dignidade da pessoa humana,⁹ a abarcar, sob categoria única na tradição brasileira, todos os danos extrapatrimoniais¹⁰; e o patrimonial, subdividido em dano emergente, relativo à efetiva diminuição do ativo ou o incremento do passivo patrimonial, e lucro cessante, definido como o não aumento do ativo ou a não

Rodotà, para quem a injustiça do dano surge a partir de uma violação à solidariedade social (**II Problema dela responsabilità Civile**. Milano: Giuffrè, 1967, p. 89).

⁷ Sobre o conceito de merecimento de tutela, confira-se: SOUZA, Eduardo Nunes. “Merecimento de tutela: a nova fronteira da legalidade no direito civil”, **Revista de Direito Privado**. São Paulo, n. 58, abr-jun/2014, p. 75-107.

⁸ Ressalte-se, no entanto, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ), 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”. Todavia, a existência de dano autônomo designado “dano estético” é objeto de severas críticas por parte da doutrina: 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, op. 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 da lesão (RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**, 13. ed. atual., São Paulo: Saraiva, 1993).

¹⁰ Veja-se, a esse respeito, o comentário de Judith Martins-Costa: “A tradição brasileira utiliza a expressão ‘dano moral’ para aludir a todas as espécies de danos não-patrimoniais, assim constando do art. 5º, incisos V e X, da Constituição Federal, do art. 186 do Código Civil e da legislação especial. A mesma denominação é seguida por grande parte da doutrina e da jurisprudência, encontrando-se a distinção seja entre danos morais subjetivos e objetivos, seja entre danos morais diretos ou indiretos para especificar aqueles que dizem respeito diretamente à esfera da mais direta subjetividade e os que atinem à repercussão social da esfera da personalidade” (“Do inadimplemento das obrigações (arts. 389 a 420)”. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Comentários ao novo Código Civil**, v. 5, tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 2004, pp. 346-347). E, mais à frente, conclui a autora: “Em nossa opinião, o mais conveniente seria acabar de vez com o uso da expressão ‘dano moral’ em caráter genérico, como o faz a doutrina mais recente, para assentar o emprego da expressão ‘danos extrapatrimoniais’ como indicativa do gênero do qual seriam espécies os ‘danos à personalidade’ e os demais danos extrapatrimoniais antes assinalados, inclusive os danos morais em sentido próprio, isto é, os que atingem a honra e a reputação. Seria alcançada, assim, a reunião numa mesma etiqueta – dano extrapatrimonial – das duas definições mais correntes na doutrina: a que identifica a área não-patrimonial com os prejuízos de caráter moral; e a que constrói tal definição em termos residuais, reconduzindo à categoria a heterogeneidade dos danos, quais quer que sejam, não configuráveis em termos patrimoniais” (“Do inadimplemento das obrigações (arts. 389 a 420)”, op. cit., p. 349).

diminuição do passivo.¹¹ 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.¹²

Nessa esteira, afasta-se, em definitivo, a adoção, no direito brasileiro, de nova categoria autônoma de dano, a qual se poderia designar “dano decorrente de lucros ilegítimos”,¹³ cujo escopo residiria na retirada, do patrimônio do agente, dos lucros obtidos a partir da violação de 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,¹⁴ sob pena de violação do art. 402 do Código Civil. A função da 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.

A indenização por dano moral, a seu turno, ostenta a função de compensar a vítima pelos danos sofridos. Não condiz com o tipo de lesão causada, atribuir à indenização a função reparatória, uma vez que o dano à dignidade da pessoa humana é insuscetível de avaliação pecuniária;¹⁵ o montante em dinheiro conferido a título de

¹¹ Art. 402 do Código Civil. Sobre o conceito de dano emergente e lucro cessante no direito brasileiro, confira-se SAMPAIO DA CRUZ GUEDES, Gisela. **Lucros Cessantes**: do bom-senso ao postulado normativo da razoabilidade, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

¹² MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo, op. cit., p. 51. Ressalve-se, no entanto, o entendimento do STJ já referido em nota anterior.

¹³ Nos países em que é reconhecida, tal categoria é designada como *disgorgement damages* ou *gain-based damages*.

¹⁴ 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 SAMPAIO DA CRUZ GUEDES, Gisela, op. cit., p. 212. Sobre situação em que se autoriza 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*.

¹⁵ Esta é a posição de Maria Celina Bodin de Moraes: “Aquele que sofre um dano moral deve ter direito a uma satisfação de cunho compensatório. Diz-se compensação, pois o dano moral não é propriamente indenizável; ‘indenizar’ é a palavra que provem do latim, ‘*in dene*’, que significa devolver (o patrimônio)

dano moral visa, apenas, a servir de lenitivo para mitigar, de alguma forma, o dano sofrido.¹⁶ Com efeito, os parâmetros utilizados para a quantificação do dano devem ser igualmente reconduzidos à lesão sofrida, bem como à análise de seus efeitos sobre a vítima, que poderão variar, sobremaneira, consoante suas circunstâncias pessoais.¹⁷

Logo, seja o dano patrimonial ou moral, os critérios de quantificação não sempre de convergir para o dano, e não para as circunstâncias do ofensor, a exemplo dos benefícios auferidos com a conduta lesiva. Conforme se observou, à responsabilidade civil se atribui a função precípua de tutelar a vítima por meio da reparação integral do dano sofrido, cuja medida exclusiva há de ser a extensão do dano, e nada mais.¹⁸

Chega-se, assim, à inafastável conclusão de que a responsabilidade civil não soluciona o problema dos lucros auferidos por meio de conduta lesiva a direitos. O instituto, voltado para a proteção da vítima, permite que o ofensor conserve em seu patrimônio os benefícios obtidos, sempre que o dano patrimonial se revelar menor do que o proveito embolsado.

2 Enriquecimento sem causa: o lucro da intervenção 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

ao estado anterior, ou seja, eliminar o prejuízo e suas consequências – o que, evidentemente, não é possível no caso de uma lesão de ordem extrapatrimonial. Prefere-se, assim, dizer que o dano moral é compensável, embora o próprio texto constitucional, em seu artigo 5º, X, se refira à indenização do dano moral”. MORAES, Maria Celina Bodin de. Op. Cit., p. 145.

¹⁶ Nessa esteira, a doutrina brasileira propugna, cada vez mais, pela utilização de formas não pecuniárias de compensação do dano moral, a exemplo do que sustenta SCHREIBER, Anderson. “Reparação não pecuniária dos danos morais”. In: **Direito Civil e Constituição**. São Paulo: Atlas, 2013.

¹⁷ “Enfim, se o objetivo é reparar o dano moral *sofrido* injustamente, não há como se ater a qualquer conceito de dano *causado*” (BODIN DE MORAES, Maria Celina, op. cit., p. 304).

¹⁸ O Código Civil de 2002, assim como o seu antecessor, não determinou que a indenização fosse medida pelo grau de culpa do agente, tampouco impôs função punitiva à responsabilidade civil, o que só se admite excepcionalmente. É bem verdade que o parágrafo único do art. 944, segundo o qual “se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização”, refere-se à gravidade da culpa. Isso não quer dizer, porém, que é o grau de culpa que determina a indenização, nem autoriza, como preconizam alguns julgados, que o julgador aumente a indenização com base numa pretensa função punitiva que o dano extrapatrimonial não tem. Significa, em vez disso, que a reparação, dependendo da desproporção entre o grau de culpa do agente e o dano, até poderá não ser integral, mas de forma alguma traduz a ideia (equivocada) de que a culpa serve como medida da indenização, nem muito menos que a responsabilidade civil tem como regra função punitiva.

instituto, no ordenamento jurídico brasileiro, que se mostra apto para desempenhar referida função, presentes alguns requisitos.

O instituto, fonte autônoma de obrigações expressamente previsto pelo Código Civil de 2002, difere da responsabilidade civil não apenas pela diversidade das situações que permitem a aplicação de uma ou outra disciplina, mas, sobretudo, em razão da função que cada uma desempenha. Enquanto a responsabilidade civil visa a 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.¹⁹ Pouco importa, portanto, em sede de enriquecimento sem causa, a modificação do patrimônio daquele 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: 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 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, como adiante esclarecido.²⁰

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

¹⁹ “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.

²⁰ 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.

com benfeitorias realizadas pelo possuidor –, ou de exploração de bens, trabalho ou direitos alheios.²¹ 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. O lucro da intervenção consiste, pois, no incremento patrimonial obtido por aquele que, sem autorização, interfere em situação jurídica subjetiva alheia,²² e pode resultar tanto de efetivo aumento do ativo, quanto de diminuição do passivo ou poupança de certa despesa.²³

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.²⁴

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 seja, com bens jurídicos pertencentes a pessoa diversa”,²⁵ 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 pertence, em princípio, de acordo com o conteúdo da destinação ou afectação de tais direitos, ao respectivo titular. A pessoa que, intrometendo-se nos bens

²¹ KONDER, Carlos Nelson, op. cit., p. 381.

²² 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 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.univali.br/seer/index.php/rdp/article/view/6753>. Acesso em 30.3.2015.

²⁵ ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. **Direito das Obrigações**. 8 ed. rev. e aum., Coimbra: Almedina, 2000, p. 446, grifos no original.

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.²⁶

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, a justificar o incremento patrimonial.

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*.²⁷ Nos casos de 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 obtidos pelo interventor de forma integral, a permitir que o interventor mantenha consigo parcela do proveito.²⁸

No enriquecimento por atribuição patrimonial, o ordenamento jurídico determina a retirada dos valores ilegitimamente obtidos do patrimônio do enriquecido, seja restituindo o que houver recebido indevidamente, seja devolvendo ao possuidor o

²⁶ ANTUNES VARELA, João de Matos. **Das Obrigações em Geral**. v. I, 10 ed., Coimbra: Almedina, 2005, p. 492-493.

²⁷ 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)

²⁸ Afirmam que, nesses casos, o enriquecimento sem causa é o único instrumento disponível para a restituição do valor devido: SAVI, Sérgio, op. 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.

valor das benfeitorias feitas em seu imóvel.²⁹ No que tange ao enriquecimento por intervenção, o lucro deve ser entregue ao titular do direito na forma de restituição, de acordo com o liame de causalidade entre o enriquecimento e o objeto da intervenção.³⁰ Note-se que o emprego da palavra *restituição* não significa que o interventor 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*.³¹

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 à vítima.

Diante dessa constatação, e na tentativa de oferecer ao lesado tutela mais efetiva, 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

²⁹ Sobre o ressarcimento das benfeitorias, veja-se Código Civil, Arts. 1.219, 1.220 e 1.222.

³⁰ Sobre a quantificação do que deve ser restituído, confira-se SAVI, Sérgio, op. cit., p. 122 et. seq.

³¹ SAVI, Sérgio, op. cit., p. 91.

reparatória/compensatória,³² requer expressa previsão legal, inexistente no direito positivo contemporâneo.³³

Paradigmática, nesse sentido, foi a decisão proferida em março de 1995, pela 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, nos autos da Apelação Cível nº 6.913, relatada pelo Desembargador Murillo Fábregas, em que se discutia a violação do direito de imagem de jogadores de futebol pela Confederação Brasileira de Futebol - CBF, que não teria obtido as autorizações necessárias para a impressão e venda de álbuns e figurinhas. O Tribunal fixou a indenização aos jogadores, a título de danos morais, com base em percentual do lucro obtido pela infratora.³⁴

Em outras oportunidades, os Tribunais permitem a utilização do 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.³⁵

³² Para crítica contundente à função punitiva do dano moral, confirmam-se: BODIN DE MORAES, Maria Celina, op. cit., p. 258 et seq.; TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. “As penas privadas no direito brasileiro”. In. GALDINO, Flávio; SARMENTO, Daniel (Org.). **Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 521; TEPEDINO, Gustavo, et al. **Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República**. v. I. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 341; MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A Responsabilidade Civil por Presunção de Causalidade*. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2009, p. 32-33.

³³ 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 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>.

³⁴ A decisão foi reformada pelo STJ justamente na parte em que utilizou o lucro do ofensor como critério para fixação do dano moral (STJ, 4ª T, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar Junior, REsp 100764/RJ, j. 16.3.1998).

³⁵ STJ, 4ª T., Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, REsp 521.697/RJ, j. 16.2.2006. Cumpre advertir que não se discute, nesta seara, o mérito da decisão, mas apenas se questiona a legitimidade do critério de quantificação do dano material utilizado pelo Tribunal.

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. (...)”.³⁶

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.³⁷ 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 por ele 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.

2.1.2 Violação do direito de propriedade

³⁶ TJRJ, 4ª CC, Rel. Des. Paulo Maurício Pereira, AC 0107626-90.2011.8.19.0001, j. 15.5.2013.

³⁷ TJRJ, 9ª CC, Rel. Des. Marcus Tullus Alves, AC 20.737/00, j. 13.3.2001.

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. Por vezes, referida exploração gerará danos ao proprietário, a exemplo do que ocorre 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.³⁸

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

Assim, o amigo que recebe as chaves da casa de veraneio para conservá-la enquanto seu proprietário viaja mas passa a usá-la com sua família, o faz sem título jurídico que o justifique, uma vez que recebe as chaves como mero detentor (art. 1.198,

³⁸ SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil**: da erosão dos filtros da responsabilidade civil à diluição dos danos, op. cit., p. 102 e ss.

Código Civil). Logo, ao usar o imóvel, poupa despesas em que incorreria caso alugasse outra casa para passar suas férias, razão pela qual deverá entregar ao proprietário o valor do aluguel, independentemente de seu proprietário pretender alugá-la ou não.³⁹

3 Outras normas passíveis de promover a exclusão do proveito econômico ilegitimamente auferido

3.1 A quantificação dos danos patrimoniais na violação de propriedade industrial

A despeito da incompatibilidade do conceito de dano patrimonial 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,⁴⁰ a utilização de referido critério para o cálculo dos lucros cessantes, a excepcionar o art. 402 do Código Civil.

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.⁴¹ O dispositivo tem sido amplamente aplicado pela jurisprudência, e serve para promover a retirada, do patrimônio do ofensor, do lucro ilegitimamente auferido, 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

³⁹ TERRA, Aline de Miranda Valverde, op. cit., p. 1632 et. seq. Disponível em: <http://www6.univali.br/seer/index.php/rdp/article/view/6753>. Acesso em 30.3.2015.

⁴⁰ “A função dos lucros cessantes na responsabilidade civil é flagrantemente reparatória, não sendo, portanto, recomendável introduzir na aferição desta faceta do dano patrimonial critérios que sequer são afeitos à responsabilidade civil, sob pena de a reparação dos lucros cessantes se transformar numa verdadeira *caixa de Pandora* que, embora incite a curiosidade, é sempre preferível não tocar” (SAMPAIO DA CRUZ GUEDES, Gisela, op., cit., p. 223, grifos no original).

⁴¹ CERQUEIRA, João da gama. **Tratado da Propriedade Industrial**, v. I, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 284.

determinou que se entregassem à lesada os lucros efetivamente percebidos pelo ofensor.⁴²

Trata-se, portanto, de norma peculiar à violação da propriedade industrial, aplicável nos exatos termos previstos em lei, e que afasta a incidência da disciplina da vedação ao enriquecimento sem causa em razão da subsidiariedade do instituto.

3.2 A disciplina dos frutos na posse de má-fé

Tradicionalmente, no direito brasileiro, define-se posse a partir da noção de possuidor, a quem se confere a titularidade do exercício de uma das faculdades inerentes à propriedade.⁴³ Deve ser adquirida, a posse, com fundamento em relação positiva com o antigo possuidor, a traduzir, intrinsecamente, ausência de lesão a direito de outrem.⁴⁴ Todavia, se houver obstáculo, ou vício, conhecido pelo possuidor, que o impeça de adquirir a coisa ou o direito possuído, ainda assim, adquirir-se-á a posse, mas será ela reputada de má-fé.⁴⁵

O Código Civil estabeleceu disciplina rigorosa quanto aos efeitos da posse de má-fé. Nota-se, pelas regras estabelecidas, o esforço do legislador de não permitir que o possuidor conserve consigo os benefícios produzidos pelo bem durante a sua posse. Nesse sentido, impõe-se-lhe o dever de restituir os frutos colhidos e percebidos, sendo-lhe recusado, ainda, o direito aos frutos pendentes e aos colhidos por antecipação (art. 1.216, CC). No entanto, a fim de evitar, por outro lado, o enriquecimento sem causa do

⁴² STJ, 4ª T., REsp 710.376/RS, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, j.15.12.2009. Confira-se, ainda, na mesma direção: TJSP, 10ª CDP, Rel. Des. Coelho Mendes, AC 0159157-25.2008.8.26.0100, j. 29.11.2011.

⁴³ TEPEDINO, Gustavo, et al. **Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República**, v. III, Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 441. De acordo com Ebert Chamoun, “é a posse um estado de fato, um poder de fato que alguém exerce sobre uma coisa, e cujo conteúdo é exclusivamente econômico, porque se relaciona com o aproveitamento econômico da coisa, considerada com objeto de satisfação das necessidades humanas. Mas é um estado de fato apenas no sentido de prescindir da existência de um título jurídico: há um direito à proteção da posse sem que a posse esteja fundada em direito. A lei protege, assim, a posse como estado de fato, sem embargo de reconhecer que há um direito a esse estado de fato, e tão ampla é a proteção, que o possuidor turbado ou esbulhado, conserva a posse, embora às vezes provisoriamente, ainda que contra o titular do direito, ou em detrimento deste” (CHAMOUN, Ebert. “Exposição de Motivos do Esboço do Anteprojeto do Código Civil – Direito das Coisas”. Separata do v. 23 da **Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara**. Rio de Janeiro, 1970, p. 14).

⁴⁴ GOMES, Orlando. **Direitos Reais**, 20. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 49, 50.

⁴⁵ *A contratio senso* do art. 1.201, do Código Civil.

legítimo possuidor, reconhece-se àquele de má-fé o direito à restituição das despesas de produção e custeio da coisa, desde que tal investimento tenha sido proveitoso.⁴⁶

A despeito, contudo, de o Código Civil prever disciplina específica relativa aos frutos aplicável ao possuidor de má-fé, entende-se possível a incidência, concomitante, da teoria do lucro de intervenção, a fim de promover a retirada de qualquer outro benefício econômico incorporado a seu patrimônio.

3.3 A transferência dos benefícios auferidos pelo mandatário ao mandante

Trata-se o mandato do contrato pelo qual “uma pessoa (*mandatário*) recebe poderes de outra (*mandante*) para, em seu nome, praticar atos jurídicos ou administrar interesses”.⁴⁷ No direito brasileiro, portanto, para que o mandatário possa efetivamente desempenhar suas funções, que se projetam para fora da relação contratual, indispensável que a ele sejam conferidos, pelo mandante, poderes de representação, razão pela qual se afirma que a representação compõe a própria causa do contrato de mandato.⁴⁸

Nessa direção, o mandatário, ao contratar com terceiros, vincula a esfera jurídica do mandante como se ele próprio houvesse executado pessoalmente o ato, desde que aja nos limites dos poderes outorgados.⁴⁹ Sendo assim, determina o art. 668 do Código Civil que todos os benefícios gerados pela prática do ato pertencem, necessariamente, ao mandante, e não pode o mandatário conservá-los em seu patrimônio. Logo, na hipótese, por exemplo, de o mandatário estar incumbido de alienar certo bem por determinado preço e conseguir vendê-lo por valor superior, deverá entregar ao mandante o montante total obtido, inclusive a diferença a maior, não podendo dela se apropriar.

⁴⁶ GOMES, Orlando. **Direitos Reais**, cit., p. 78.

⁴⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**, v. III, 19. ed., Rio de Janeiro, Forense, 2015, p. 373.

⁴⁸ BEVILAQUA, Clovis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado**, v. V, 10. ed., Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1957, p. 24. TEPEDINO, Gustavo. **Comentários ao Novo Código Civil**, v. X, Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 41. Em sentido diverso SCHREIBER, Anderson. “A Representação no Código Civil de 2002”. In: **Direito Civil e Constituição**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 61-78.

⁴⁹ Por outro lado, se exceder os poderes conferidos, a esfera jurídica do mandante não restará vinculada, mas sim a do próprio mandatário, conforme determina expressamente o art. 662, do Código Civil.

No âmbito do contrato de mandato, portanto, resta inegável a cautela do legislador brasileiro, que cuidou de evitar que o mandatário pudesse reter, ilegitimamente, os lucros percebidos para o mandante, no exercício dos poderes conferidos, obrigando-o a repassar ao outorgante quaisquer proveitos assim obtidos.⁵⁰

3.4 As normas da gestão de negócios como expressão da vedação ao enriquecimento sem causa

Gestão de negócios é o ato jurídico unilateral consistente na “administração oficiosa de negócio alheio, feita sem procuração”.⁵¹ O gestor toma a iniciativa de gerir negócio sabidamente alheio, sem que, para tanto, disponha de autorização contratual ou esteja a isso obrigado: o gestor age voluntária e espontaneamente, contratando, praticando atos materiais ou emitindo manifestações de vontade, sempre no interesse do dono do negócio e segundo sua vontade presumível, nos termos do art. 861, do Código Civil. Sendo utilmente administrado, ocorrerá a vinculação do dono do negócio ao ato praticado pelo gestor, que deverá, então, cumprir as obrigações contraídas em seu nome.

O dono do negócio é obrigado a indenizar o gestor pelas despesas necessárias ou úteis que este houver feito, além dos prejuízos sofridos em virtude da gestão utilmente realizada, incluídos os juros legais que couberem desde o desembolso (art. 869, CC). Para receber, o gestor poderá exercer direito de retenção sobre o objeto da gestão, uma vez que sua situação jurídica é a mesma do mandatário, a quem o art. 664 do Código Civil concede o direito de retenção. Se, no entanto, os benefícios auferidos pela gestão excederem os prejuízos, o dono do negócio os lucrará legitimamente no excesso que apresentarem.

A função do instituto reside, pois, em permitir a vinculação da esfera jurídica do dono do negócio aos atos praticados pelo gestor, sempre que a administração oficiosa lhe for útil. Indiretamente, no entanto, viabiliza-se, de um lado, a retirada de eventual lucro obtido pela gestão do patrimônio do gestor, uma vez que tal benefício pertence ao dono do negócio; por outro lado, evita-se o enriquecimento sem causa do

⁵⁰ Revelam, ainda, a mesma preocupação, os artigos 669, 670 e 671 do Código Civil.

⁵¹ Clovis Bevilacqua, **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado**, edição histórica, Rio de Janeiro: Editora Rio, 1980, p. 65.

próprio dono do negócio, obrigando-o a indenizar o gestor pelas despesas necessárias ou úteis por ele realizadas.

4 Os lucros auferidos com o inadimplemento contratual: uma situação peculiar

A discussão acerca da remoção do lucro auferido pelo contratante com o inadimplemento contratual é tarefa das mais tormentosas no direito brasileiro, primeiro, porque não há sequer consenso sobre o juízo de legitimidade acerca da obtenção de lucros a partir de certos suportes fáticos de inadimplemento; e, em segundo lugar, 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 finalidade 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.

Inadimplido o contrato, duas são as possibilidades: (1) se a prestação ainda for útil para o credor e de possível execução pelo devedor, a configurar apenas mora (art. 394, CC), o credor pode exigir a execução específica da obrigação; (2) se, todavia, a prestação se tornar inútil para o credor ou de cumprimento impossível para o devedor, a configurar inadimplemento absoluto, pode o credor optar entre: a) resolver o contrato (art. 475, CC); ou (b) manter o contrato e pleitear a execução pelo equivalente pecuniário da prestação que lhe era devida.

Qualquer que seja a tutela escolhida pelo credor, será sempre possível pleitear o pagamento de indenização por perdas e danos (art. 389, CC), que, tratando-se de dano patrimonial, limitam-se aos danos emergentes e aos lucros cessantes, não abarcando os lucros ilegítimamente auferidos pelo devedor com o inadimplemento contratual, nos termos do art. 402 do Código Civil. A função da indenização por dano patrimonial na responsabilidade contratual também é reparar o credor, sem qualquer preocupação com o lucro eventualmente obtido pelo devedor. Embora se reconheça, excepcionalmente, a possibilidade de indenização por dano moral diante de inadimplemento contratual,⁵² referida verba tampouco serviria para retirar o lucro do devedor, conforme já se

⁵² BODIN DE MORAES, Maria Celina, op. cit., p. 163-165.

demonstrou. Portanto, uma vez mais, apenas nas hipóteses em que o benefício econômico do inadimplente coincidir com o dano patrimonial do credor, a responsabilidade civil poderá ser chamada a atuar; nas demais, em que não se verifica tal coincidência, o instituto não será capaz de eliminar cabalmente o proveito econômico do devedor.

Diante de certos suportes fáticos de inadimplemento, o lucro obtido pelo contratante inadimplente é facilmente removido do seu patrimônio com a aplicação da teoria do enriquecimento por intervenção, a exemplo do que se passa quando o contratante, ao inadimplir o contrato, viola direitos da personalidade. A rigor, em tal hipótese, o locupletamento não decorre do simples inadimplemento, mas do fato de o inadimplemento ser o meio pelo qual se viola o direito da personalidade. É o que ocorre quando o contratante utiliza comercialmente a imagem de modelo fotográfico além dos limites autorizados em contrato, auferindo vultosos benefícios econômicos. Em situações como essa, com efeito, é a intervenção em direito da personalidade alheio, via inadimplemento contratual, que gera o enriquecimento do inadimplente. De todo modo, o contratante deverá ser condenado a restituir os lucros obtidos com o inadimplemento, na justa medida em que esses lucros foram gerados pela utilização indevida da imagem.⁵³

Em outras situações, contudo, o enriquecimento por intervenção parece não ser capaz de remover o lucro percebido pelo contratante, simplesmente porque não estão presentes os requisitos para sua aplicação. Pense-se no devedor que inadimpliu o contrato originário para celebrar com terceiro outro contrato, de conteúdo idêntico ao primeiro e mais vantajoso economicamente. Ou então, no 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.

⁵³ Não é, todavia, como, de regra, decidem os tribunais brasileiros. Nesses casos, há a tendência, já destacada no item 3.1, *supra*, de condenar o contratante a pagar, a título de lucros cessantes, o valor que o titular da imagem receberia caso tivesse havido a regular cessão do direito. Nesse sentido, confira-se a decisão proferida pelo TJRJ, 17ª CC, Rel. Des. Custódio Tostes, AC 2009.001.08023, j. 18.3.2009.

Em ambas as situações, não se pode falar em enriquecimento sem causa, já que presente o título jurídico legítimo justificador do incremento patrimonial: o segundo contrato. Embora seja possível afirmar que o contratante inadimplente só pôde celebrar referidos contratos porque descumpriu aqueles originalmente pactuados, não há que se cogitar, sequer, de lucro ilícito, se o contratante cumprir a lei e as disposições dos contratos violados relativas às penalidade a ele impostas em razão do inadimplemento,⁵⁴ razão pela qual há mesmo dúvidas se esse proveito econômico deve ser, de fato, removido do patrimônio do contratante inadimplente.

De lege lata, portanto, não há norma no direito brasileiro que impeça o contratante de inadimplir contrato previamente celebrado para pactuar outro mais vantajoso. Observadas a lei e as cláusulas contratuais incidentes diante do inadimplemento, o descumprimento de contrato poderá resultar, ao fim e ao cabo, lucrativo para o inadimplente, afigurando-se mesmo duvidosa a qualificação desse lucro como ilegítimo, diante da atual configuração do direito contratual brasileiro.

Há, ainda, situações que, apesar de encontrarem no ordenamento jurídico brasileiro instrumento apropriado para combater a percepção ilegítima de lucro pelo inadimplente, não têm encontrado a resposta adequada dos Tribunais. 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.

Embora tais situações permitam a aplicação da teoria do lucro da intervenção, uma vez que o fornecedor interfere em direitos alheios e aufere, assim, vantagens ilegítimas, a necessidade de identificação do proveito econômico a ser restituído, vale dizer, do valor que o fornecedor deixou de gastar com a implementação do serviço qualitativamente adequado, dificulta, na prática, a sua utilização, razão pela qual a jurisprudência acaba combatendo tais práticas por meio da atribuição de caráter punitivo/pedagógico à responsabilidade civil.

⁵⁴ Não se descarta, a toda evidência, a possibilidade de o contratante prejudicado pelo descumprimento pleitear a execução específica ou pelo equivalente do contrato, o que poderia inviabilizar a celebração do segundo contrato pelo inadimplente.

Com efeito, a aplicação da teoria do enriquecimento sem causa em situações como a descrita só será possível se se admitir alguma flexibilização da exigência de identificação precisa do *quantum* do enriquecimento, solução sequer aventada pelos Tribunais. 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*.

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 patrimônio do interventor, do lucro obtido a partir da intervenção injustificada em direitos ou bens alheios. 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 ilegítimamente 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 e do direito de propriedade, 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). Tratando-se de proveitos obtidos pela posse de má-fé, resta inegável a intenção do legislador de evitar que o possuidor os conserve em seu patrimônio, tendo em vista a particular disciplina prevista acerca dos frutos; os lucros auferidos que não constituam percepção de frutos, no entanto, devem ser expurgados do patrimônio do possuidor de acordo com as regras da vedação do enriquecimento sem causa por lucro da intervenção.

Identificam-se, ainda, no Código Civil brasileiro, alguns dispositivos referentes a certos tipos contratuais que acabam por promover a retirada do lucro ilegítimo do patrimônio do credor, como se passa no âmbito do contrato de mandato e da gestão de negócios.

Por fim, em relação ao inadimplemento contratual, impõe-se analisar, preliminarmente, a legitimidade, ou não, do lucro percebido pelo inadimplente, já que, em algumas hipóteses, o ordenamento jurídico brasileiro parece não impedir que o contratante descumpra o contrato previamente celebrado para pactuar outro, economicamente mais vantajoso, desde que observe todas as normas incidentes no caso de inadimplemento. Tratando-se, todavia, de lucro ilegítimo, o enriquecimento por intervenção se revela o instrumento mais adequado para promover a exclusão do benefício da esfera jurídica do inadimplente, embora se reconheça que, diante de alguns suportes fáticos de inadimplemento, a dificuldade de aferir o montante do proveito obtido pode, na prática, embaraçar a aplicação da teoria.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. **Direito das Obrigações**. 8 ed. rev. e aum., Coimbra: Almedina, 2000.
- ANTUNES VARELA, João de Matos. **Das Obrigações em Geral**. v. I, 10 ed., Coimbra: Almedina, 2005.
- BEVILAQUA, Clovis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado**, v. V, 10. ed., Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1957.
- _____. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado**, edição histórica, Rio de Janeiro: Editora Rio, 1980.
- BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- CERQUEIRA, João da Gama. **Tratado da Propriedade Industrial**, v. I, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.
- CHAMOUN, Ebert. “Exposição de Motivos do Esboço do Anteprojeto do Código Civil – Direito das Coisas”. Separata do v. 23 da **Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara**. Rio de Janeiro, 1970.
- GOMES, Orlando. **Direitos Reais**, 20. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- _____. **Obrigações**, 11. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- _____. “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.
- KONDER, Carlos Nelson. “Enriquecimento sem causa e pagamento indevido”. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Obrigações. Estudos na perspectiva civil-constitucional**, Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- MARTINS-COSTA, Judith. “Do inadimplemento das obrigações (arts. 389 a 420)”. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Comentários ao novo Código Civil**, v. V, tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- MICHELON Jr., Cláudio. “O enriquecimento sem causa no Código Civil brasileiro”. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (coord.). **Obrigações**, São Paulo: Atlas, 2011.
- MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. **Elementos de Responsabilidade Civil por Dano Moral**, Rio de Janeiro: Renovar: 2000.
- MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. **A Responsabilidade Civil por Presunção de Causalidade**. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2009.
- NANNI, Giovanni Ettore. **Enriquecimento sem Causa**, 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

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

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**, v. III, 19. ed., Rio de Janeiro, Forense, 2015.

RODOTÀ, Stefano. **Il Problema dela responsabilità Civile**. Milano: Giuffrè, 1967.

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

SAMPAIO DA CRUZ GUEDES, Gisela. **Lucros Cessantes: do bom-senso ao postulado normativo da razoabilidade**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil e Enriquecimento sem causa. O Lucro da Intervenção**, São Paulo: Atlas, 2011.

SCHREIBER, Anderson. “A Representação no Código Civil de 2002”. In: **Direito Civil e Constituição**. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: da erosão dos filtros da responsabilidade civil à diluição dos danos**, São Paulo: Atlas, 2007.

_____. “Reparação não pecuniária dos danos morais”. In: **Direito Civil e Constituição**. São Paulo: Atlas, 2013.

SOUZA, Eduardo Nunes. “Merecimento de tutela: a nova fronteira da legalidade no direito civil”, **Revista de Direito Privado**. São Paulo, n. 58, abr-jun, 2014.

TEPEDINO, Gustavo, et al. **Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República**, v. II, Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____, et al. **Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República**. v. I. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____, et al. **Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República**, v. III, Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

_____. **Comentários ao Novo Código Civil**, v. X, Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____; SCHREIBER, Anderson. “As penas privadas no direito brasileiro”. In. GALDINO, Flávio; SARMENTO, Daniel (Org.). **Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

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.univali.br/seer/index.php/rdp/article/view/6753>. Acesso em 30.3.2015.

TRINDADE, Marcelo. “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.