

Contornos do enriquecimento sem causa e da responsabilidade civil: estudo a partir da diferença entre lucro da intervenção e lucros cessantes

Rodrigo da Guia SILVA*

RESUMO: A partir da análise do acórdão proferido pela Terceira Turma do STJ no julgamento do REsp. 1.335.624/RJ, o presente trabalho busca expor parâmetros que auxiliem na definição dos contornos do enriquecimento sem causa e da responsabilidade civil, especialmente no que diz respeito ao enquadramento dogmático do lucro da intervenção no direito brasileiro e, por fim, à sua distinção face ao dano patrimonial na modalidade de lucros cessantes.

PALAVRAS-CHAVE: Lucro da intervenção; lucros cessantes; enriquecimento sem causa; responsabilidade civil.

SUMÁRIO: 1. À guisa de introdução: o caso do comercial de Coca-Cola; – 2. Reparação do dano e restituição do enriquecimento sem causa; – 3. A vedação ao enriquecimento sem causa como fundamento da obrigação de restituir o lucro da intervenção; – 4. (Re)qualificação das pretensões e conclusões no caso em tela; – 5. Síntese conclusiva; – 6. Referências bibliográficas.

ENGLISH TITLE: *Outlines of Unfair Enrichment and Civil Liability: a Study from the Difference Between Intervention Profits and Ceasing Profits*

ABSTRACT: *From the analysis of the judgement by the Brazilian Supreme Court of Justice (STJ) in the case identified as REsp. 1.335.624/RJ, the current work seeks to present some parameters that may aid in the definition of the outlines of unfair enrichment and civil liability, especially in what concerns the dogmatic classification of intervention profits in Brazilian law and, finally, their distinctions in relation to the patrimonial damages known as ceasing profits.*

KEYWORDS: *Intervention profits; ceasing profits; unfair enrichment; civil liability.*

SUMMARY: *1. Introduction: the Coca-Cola commercial case; – 2. Damage reparation and the restitution of unfair enrichment; 3. The prohibition of unfair enrichment as the fundament of the intervention profit's restitution obligation; – 4. (Re)qualification of the demands and some conclusions in the case; – 5. Final remarks; – 6. References.*

1. À guisa de introdução: o caso do comercial de Coca-Cola

Coca-Cola Indústrias Ltda. veiculou na mídia comercial de seu principal produto, o refrigerante Coca-Cola, propaganda na qual os ex-jogadores Bebeto, Biro-Biro e Dario trajavam *short* e camisa de futebol nas cores verde e amarela, figurando em destaque o número 7 (sete) no verso da camisa de Bebeto. Irresignada pela veiculação da referida campanha publicitária sem sua prévia autorização, a Confederação Brasileira de Futebol (CBF) ajuizou ação de obrigação de fazer e não fazer cumulada com indenização, aduzindo ser titular do direito de uso, gozo, posse e propriedade da bandeira, emblema

* Mestrando em Direito Civil pela UERJ. Advogado. *E-mail:* rodrigo.daguiasilva@gmail.com.

e uniformes da Seleção Brasileira de Futebol.

A CBF argumentou que a Coca-Cola Indústrias Ltda. fizera uma cópia disfarçada do uniforme da seleção brasileira masculina de futebol utilizado na conquista da Copa do Mundo de 1994. Segundo o relato da petição inicial, o propósito fraudulento da parte ré se evidenciava pelo fato de o comercial, além das inserções normais, ser veiculado nos momentos que antecediam os intervalos e após os jogos da seleção brasileira na Copa das Confederações de 2009 e nas eliminatórias da Copa do Mundo de 2010.

Em primeira instância, o juízo sentenciante julgou parcialmente procedente o pleito autoral para, confirmando os efeitos da tutela antecipada deferida, determinar que a parte ré se abstinhasse de veicular, por qualquer meio, a peça publicitária que fazia menção indireta à seleção brasileira de futebol. Ambas as partes interpuseram recurso de apelação. A Coca-Cola Indústrias Ltda. pugnou pela reforma da sentença para que prevalecesse a improcedência total dos pedidos formulados na petição inicial. A CBF, por sua vez, requereu a reforma parcial da sentença para que se determinasse, conforme relato do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ), a “indenização por danos morais, indenização por danos materiais, a serem apurados em liquidação de sentença” e, por fim, “devolução do lucro com enriquecimento ilícito”.

A Décima Quinta Câmara Cível do TJRJ concluiu, por unanimidade, pelo desprovimento do recurso da Coca-Cola Indústrias Ltda. e pelo provimento parcial do recurso da CBF, para “condenar a primeira apelante a pagar à segunda lucros cessantes, a serem apurados em liquidação por arbitramento”.¹ Entendeu-se que a configuração de lucros cessantes decorreria do “uso indevido, por imitação, de uniforme e distintivo de propriedade da autora da ação, ora segunda apelante, em propaganda veiculada pela ré, primeira recorrente, visando obtenção de lucro”. No tocante ao *quantum* indenizatório, concluiu-se que o mesmo deveria “corresponder ao que a autora/segunda apelante poderia ter

¹ TJRJ, AC. 0383190-62.2009.8.19.0001, 15ª C.C., Rel. Des. Celso Ferreira Filho, julg. 07.06.2011, publ. 13.06.2011. O acórdão restou assim ementado: “AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DE USO INDEVIDO, POR IMITAÇÃO, DE UNIFORME E DISTINTIVO DE PROPRIEDADE DA CBF/AUTORA DA AÇÃO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA PARCIAL DO PEDIDO, CONFIRMANDO A TUTELA ANTECIPADA ANTERIORMENTE DEFERIDA. AGRAVO RETIDO PREJUDICADO, tendo em vista a apreciação do mérito da apelação nesta oportunidade. Propaganda utilizando os ex-jogadores Bebeto, Biro-Biro e Dario trajando vestimenta bem parecida com o uniforme da Seleção Brasileira, constando o número sete na camisa do jogador Bebeto. Propaganda que induz o expectador a levar em consideração a ideia de sucesso da seleção para a bebida Coca-Cola. Obrigação de indenizar da primeira apelante, pelo uso indevido, por imitação. Lucros Cessantes que se reconhecem e que necessitam ser liquidados por arbitramento. Danos emergentes não comprovados, descabendo reconhecê-los por presunção. Inocorrência de dano moral. Sucumbência da primeira apelante estabelecida em conformidade com o artigo 21, parágrafo único, arbitrando-se os honorários em 10% sobre o valor da condenação. DESPROVIMENTO DO PRIMEIRO APELO E PROVIMENTO PARCIAL DO SEGUNDO RECURSO”.

ganhado, caso tivesse autorizado o uso de seu uniforme e distintivo, tendo-se em conta o que suas demais patrocinadoras lhe pagaram e considerando apenas o período em que efetivamente houve divulgação da propaganda”. Vale destacar que o Tribunal não se referiu expressamente ao pleito de “devolução do lucro com enriquecimento ilícito”.

Em face da referida decisão veio a ser interposto recurso especial pela Coca-Cola Indústrias Ltda., aduzindo, no que diz respeito ao cerne do presente estudo, que i) “a CBF não deixou de lucrar nada com os comerciais da Coca-Cola (a CBF já tinha vendido antecipadamente a terceiros o direito de exploração comercial e somente estes terceiros poderiam ter sofrido alguma perda com os comerciais da Coca-Cola)”, e ii) “não há ilícito algum cometido pela Coca-Cola ao realizar campanha publicitária valendo-se de camisas amarelas e calções verdes - as cores que representam a nação brasileira - exatamente porque estas marcas específicas, por lei, são de domínio público e descabe à CBF invadir a propriedade imaterial de todos os brasileiros e torná-la direito subjetivo da CBF”.

A Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) concluiu, por unanimidade, pelo desprovimento do recurso especial.² Entendeu-se que a campanha publicitária relacionada ao refrigerante Coca-Cola não se limitou a utilizar as cores da bandeira nacional, tendo, ao revés, promovido “sua utilização dentro de um contexto que remete, de forma inequívoca, ao escrete canarinho, cuja titularidade dos direitos de imagem são pertencentes à CBF”. No tocante à configuração de lucros cessantes, a Corte asseverou que o caso em comento não cuidava de lucros cessantes meramente presumidos, mas de

² STJ, REsp. 1.335.624/RJ, 3ª T., Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julg. 05.12.2013, DJe 18.03.2014. A decisão restou assim ementada: “RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO. UTILIZAÇÃO NÃO AUTORIZADA DE IMAGEM DA SELEÇÃO BRASILEIRA DE FUTEBOL. NEGATIVIDADE DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL AFASTADA. INTUITO EXCLUSIVAMENTE INFRINGENTE DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. LUCROS CESSANTES. CONTRATOS FIRMADOS COM PATROCINADORES OFICIAIS. MERO PARÂMETRO PARA ALIQUIDAÇÃO POR ARBITRAMENTO. ANTECIPAÇÃO DO EXAME DE MATÉRIAS RELATIVAS À LIQUIDAÇÃO DO JULGADO. IMPOSSIBILIDADE. 1. A fundamentação levantada na prefacial confunde-se com a linha argumentativa que desafia o mérito do acórdão recorrido, motivo pelo qual, ausentes os pressupostos de cabimentos dos embargos de declaração, se afasta a negativa de prestação jurisdicional alegada. 2. Tendo o Tribunal de origem fixado a responsabilidade, reconhecido o dever de indenizar, e determinado a liquidação, por arbitramento, do valor da indenização, as indagações da agravante revelam-se prematuras, porque afetas à fase de liquidação da sentença. 3. O acórdão recorrido é claro o bastante para propiciar a regular liquidação do julgado, sendo inegável a possibilidade de a recorrente, oportunamente, acessar os documentos que servirão de base de cálculo da indenização, bem como de impugnar as conclusões do laudo pericial que deverá ser apresentado (art. 475-D, parágrafo único, do CPC). Sob essa perspectiva, não se justifica a reabertura da instrução processual para a juntada dos contratos de patrocínio firmados pela CBF e a polemização prévia a respeito desses documentos. 4. Não trata o caso da apropriação da camisa e da bandeira nacional, mas da sua utilização dentro de um contexto que remete, de forma inequívoca, ao escrete canarinho, cuja titularidade dos direitos de imagem são pertencentes à CBF. 5. Também não cuida a hipótese de mera presunção de lucros cessantes, circunstância que a jurisprudência consolidada nesta Corte Superior repudia, mas de evidente prejuízo, pois, segundo a prática comercial usual, somente patrocinadores oficiais obtêm autorização para a utilização da imagem da seleção brasileira de futebol. 6. A apreciação do quantitativo em que autor e réu saíram vencidos na demanda, bem como a verificação da existência de sucumbência mínima ou recíproca, encontram inequívoco óbice na Súmula nº 7/STJ, por revolver matéria eminentemente fática. Precedentes. 7. Recurso especial não provido”.

“evidente prejuízo, pois, segundo a prática comercial usual, somente patrocinadores oficiais obtêm autorização para a utilização da imagem da seleção brasileira de futebol”. Por fim, o Tribunal relegou o arbitramento do referido prejuízo à fase de liquidação, sob a alegação de que, conquanto os ajustes de patrocínio com terceiros sirvam como ponto de partida para o arbitramento da indenização, “não há qualquer determinação para que sejam considerados (...) os valores globais daquelas contratações, mormente porque, não se pode também deixar de reconhecer, elas envolvem inúmeros outros direitos além daquele que foi usurpado no presente processo”.

As decisões proferidas no caso, bem como os argumentos aduzidos pelas partes desde a primeira instância, revelam a recorrente dificuldade, na prática do direito brasileiro, em se definirem os contornos do enriquecimento sem causa e da responsabilidade civil, especialmente no que diz respeito ao enquadramento dogmático do lucro da intervenção no direito brasileiro e, por fim, à sua distinção face ao dano patrimonial na modalidade de lucros cessantes. A presente análise consistirá, em primeiro lugar, na distinção funcional entre responsabilidade civil e vedação ao enriquecimento sem causa, com o que será possível vislumbrar o adequado enquadramento dogmático do lucro da intervenção no direito brasileiro. Espera-se que seja possível, ao fim, propor alguns parâmetros preliminares para uma requalificação das pretensões autorais e das conclusões alcançadas pelos julgadores.

2. Reparação do dano e restituição do enriquecimento sem causa

O lucro da intervenção pode ser definido como “o lucro obtido por aquele que, sem autorização, interfere nos direitos ou bens jurídicos de outra pessoa e que decorre justamente desta intervenção”.³ A sua adequada compreensão pressupõe, do ponto de vista metodológico, seu enquadramento no âmbito da teoria geral das obrigações. Com efeito, soaria ilógico discutir a restituibilidade do lucro da intervenção sem que, preliminarmente, fosse reconhecida uma fonte jurídica da obrigação de restituir. Sem embargo das diversas classificações desenvolvidas pela doutrina pátria a respeito das

³ SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa: o lucro da intervenção*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 7. Vale mencionar, ainda, a conceituação proposta por Francisco Manuel PEREIRA COELHO: “A intervenção ou ingerência de uma pessoa nos direitos ou bens jurídicos alheios, quer se trate do uso, do consumo ou da alienação desses bens, pode trazer, e na verdade traz frequentes vezes, uma vantagem patrimonial ao autor daquela ingerência ou intervenção. A tal vantagem patrimonial se chama ‘lucro por intervenção’ ou ‘lucro da intervenção’” (*O enriquecimento e o dano*. Coimbra: Almedina, 1970, pp. 5-6).

fontes das obrigações,⁴ parece mais oportuna, para os fins do presente trabalho, a classificação das obrigações de acordo com a função precípua desempenhada por cada uma delas. Adotando-se, então, a “tripartição fundamental” proposta por Fernando Noronha, pode-se falar em obrigações negociais, obrigações de responsabilidade civil e obrigações de enriquecimento sem causa.⁵ Especificamente no que tange ao enriquecimento sem causa, outrora relegado a papel secundário pela civilística,⁶ hodiernamente parece não haver dúvida quanto ao seu caráter autônomo, diante da positivação expressa do instituto pelo Código Civil de 2002 (arts. 884-886).⁷

Reconhecidas as três possíveis categorias de obrigações de acordo com as funções desempenhadas e com as respectivas categorias de interesse do credor, importa investigar a qual delas o lucro da intervenção mais propriamente se relaciona. De início, afasta-se a categoria das obrigações de fonte negocial, vez que a problemática do lucro da intervenção tem como pressuposto lógico a intromissão *não autorizada* (i.e., sem qualquer liame causal com negócio jurídico prévio) em bens ou direitos alheios. Restam à investigação, portanto, as espécies atreladas à responsabilidade civil e à vedação ao enriquecimento sem causa, por vezes associadas a distintos “princípios de justiça”. Diz-se, nesse sentido, que a responsabilidade civil teria como fundamento o princípio de justiça *neminem laedere* (“não lesar a outros”), enquanto a vedação ao enriquecimento sem causa encontraria fundamento na máxima *suum cuique tribuere* (“dar a cada um o

⁴ Sabe-se, por exemplo, que, por considerável período de tempo, prevaleceram na civilística as classificações romanísticas, a indicar a existência de duas ou quatro fontes das obrigações – conforme ao negócio jurídico e ao ato ilícito se agregassem ou não os “quase contratos” e os “quase delitos”. Clóvis Verissimo do COUTO E SILVA sintetiza: “O tratamento analítico das fontes provém dos ‘manuais’ já existentes ao tempo do direito romano, Gaius já as dividia em *ex contractu* e *ex delictu*. Com as *Institutas* de Justiniano, aparecem, ao lado da divisão tradicional, as *quase ex contractu* e as *quase ex delictu*. O Código Napoleônico recebeu a de Justiniano e difundiu-a, tendo alguns códigos posteriores disposto de modo similar” (*A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 71).

⁵ “Falar na diversidade de funções que desempenham as obrigações que acabamos de caracterizar como autônomas, é o mesmo que nos reportarmos à diversidade de interesses que são prosseguidos em cada uma delas. Assim, a tripartição entre obrigações negociais, de responsabilidade civil e de enriquecimento sem causa constitui a divisão fundamental das obrigações, do ponto de vista dos interesses tutelados” (NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 439). No mesmo sentido, v. KONDER, Carlos Nelson. Enriquecimento sem causa e pagamento indevido, cit., p. 378; e NANNI, Giovanni Ettore Nanni. *Enriquecimento sem causa*, cit., p. 214.

⁶ Na contramão da doutrina tradicional, Orlando GOMES advertia, ainda sob a vigência do Código Civil de 1916: “A figura do enriquecimento sem causa pode ser isolada como fonte autônoma das obrigações. Não é a lei que, direta e imediatamente, faz surgir a obrigação de restituir. Não é a vontade do enriquecido que a produz. O fato condicionante é o locupletamento injusto. Evidentemente, o locupletamento dá lugar ao dever de restituir, porque a lei assegura ao prejudicado o direito de exigir a restituição, sendo, portanto, a causa eficiente da obrigação do enriquecido. Mas assim é para todas as obrigações, ainda as contratuais” (*Obrigações*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 308).

⁷ Sobre a evolução do tratamento dispensado à vedação ao enriquecimento sem causa no direito brasileiro, outrora mero princípio geral de direito e hoje objeto de regramento expresso pelo Código Civil, v. KONDER, Carlos Nelson. Enriquecimento sem causa e pagamento indevido. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pp. 370-381; e NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 84-95.

que lhe é devido”).⁸

Sem embargo do valor didático e histórico da correlação entre as categorias obrigacionais e as referidas máximas de justiça, somente a análise funcional dos institutos possibilitará a delimitação precisa das suas fronteiras dogmáticas e, por conseguinte, a adequada compreensão do lucro da intervenção.⁹ Com efeito, impõe-se ao intérprete-aplicador do direito a consideração não apenas da estrutura da categoria jurídica, mas sobretudo da sua função, entendida como aspecto dinâmico congregador, a um só tempo, dos efeitos essenciais, bem como dos valores e interesses mercedores de tutela.¹⁰

O recurso à análise funcional torna possível, com efeito, reconhecer que a similitude estrutural entre os institutos sob análise não tem o condão de extirpar a distinção funcional que lhes acompanha desde sua gênese.¹¹ A referida similitude estrutural reside na circunstância de que ambos os institutos visam, em alguma medida, à restauração do equilíbrio patrimonial originário – ou, na hipótese específica dos danos morais, à

⁸ “As obrigações de responsabilidade civil baseiam-se essencialmente no princípio *neminem laedere*, não lesar ninguém: quem causa dano a outrem, deve repará-lo. As obrigações de enriquecimento sem causa assentam no velho princípio de justiça *suum cuique tribuere*, dar a cada um o que é seu, e mesmo que este princípio tenha um alcance bem maior: quem beneficiou com algo alheio, deve restituir o valor do benefício” (NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*, cit., pp. 445-446). A ligação entre vedação ao enriquecimento sem causa e *suum cuique tribuere* é destacada, ainda, por MALAURIE, Philippe; AYNÈS, Laurent; STOFFEL-MUNCK, Philippe. *Droit des obligations*. 7. ed. Paris: LGDJ, 2015, pp. 581-582. Giovanni Ettore NANNI, por sua vez, assenta nos princípios constitucionais (em especial a solidariedade social) o fundamento da vedação ao enriquecimento sem causa: “Em vista disso, não é a equidade ou a justiça que dão sustento à teoria que veda o enriquecimento sem causa, mas o efeito direto produzido pelos princípios constitucionais no direito civil” (*Enriquecimento sem causa*, cit., p. 172).

⁹ A necessidade de análise funcional dos institutos do direito civil é ressaltada por Pietro PERLINGIERI: “Para evitar os perigos de um estruturalismo árido, de maneira a subtrair-se ao fascínio de doutos questionamentos sobre o consentimento, sobre a troca sem diálogo e sem acordo, é necessário deslocar a atenção para os aspectos teleológicos e axiológicos dos atos de autonomia negocial, para o seu merecimento de tutela segundo o ordenamento jurídico. Isto representa o sinal de uma forte mutação no enfoque hermenêutico e qualificador do ato e, sobretudo, de um modo mais moderno de considerar a relação entre lei e a autonomia negocial, configurada unitariamente” (*O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 358-359).

¹⁰ “Analisar qualquer categoria jurídica pelo prisma de sua função significa levar em consideração seu aspecto dinâmico, consubstanciado nos efeitos jurídicos dela decorrentes e nos valores e interesses que justificam seu reconhecimento pelo ordenamento jurídico” (SOUZA, Eduardo Nunes de. *Por uma releitura funcional das invalidades do negócio jurídico*. Tese de Doutorado apresentada à Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Rio de Janeiro, 2016, pp. 13-14).

¹¹ Francisco Manuel PEREIRA COELHO afirma: “Se pode dizer-se que é esta – a de operar uma tal redistribuição da riqueza – a função genérica dos dois institutos, a verdade, porém, é que há entre ambos profundas e inegáveis diferenças, a revelarem a distinta intenção ou função específica de um e outro” (*O enriquecimento e o dano*, cit., p. 22).

compensação pecuniária da vítima.¹² Assim como o abalo no patrimônio da vítima pode deflagrar o dever de indenizar, o incremento patrimonial injusto de uma pessoa tem o condão de implicar a obrigação de restituir. Em ambas as hipóteses, o ordenamento jurídico parece visar à restauração do equilíbrio patrimonial anterior à ocorrência do fato originador da variação não tolerada.¹³

Em que pese tal similitude estrutural, uma análise detida dos institutos em análise revela a existência de acentuada distinção funcional,¹⁴ a qual se poderia traduzir, em termos sintéticos, por uma diferença de *foco*. A vedação ao enriquecimento sem causa visa à restauração do patrimônio da pessoa ao estado em que estaria acaso não ocorrido o fato gerador de enriquecimento injustificado.¹⁵ Pouco importa, para a determinação da obrigação de restituir, o estado anímico do enriquecido ou mesmo a ilicitude do fato gerador do enriquecimento.¹⁶

Já a responsabilidade civil, outrora focada no causador do dano, hoje se encontra voltada

¹² Sérgio SAVI afirma que “(...) a função específica do enriquecimento sem causa é diversa daquela inerente à responsabilidade civil. Contudo, não há como negar certa similitude na estrutura e entre as respectivas funções genéricas destes dois institutos do direito civil brasileiro. Ambos visam repor um equilíbrio que se rompeu e, neste sentido, aproximam-se por estarem ligados pela ideia geral de ‘reparação’, aqui referida em sentido amplo” (*Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa*, cit., p. 50). O autor afirma que “[A] semelhante função genérica de ambos os institutos acaba gerando uma confusão pragmática” (Ibid., p. 52). Gisela Sampaio da Cruz GUEDES afirma que, “(...) por mais paradoxal que possa parecer, é preciso reconhecer, ainda que minimamente, certa similitude funcional entre a responsabilidade civil e a disciplina do enriquecimento sem causa, além de alguma semelhança de estrutura” (*Lucros cessantes*: do bom-senso ao postulado normativo da razoabilidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 207).

¹³ Em estudo comparatista dos sistemas jurídicos inglês, alemão e italiano, Francesco GIGLIO afirma: “Compensação e restituição promovem resultados diferentes, mas o mecanismo de operação é o mesmo em ambas as respostas: após a compensação, a vítima deve estar em uma posição de indiferença em relação às situações anterior e posterior ao ilícito. Após a restituição, o malfeitor deve estar em uma posição de indiferença em relação às suas situações pré-ilícito e pós-restituição” (*The foundations of restitution for wrongs*. Oxford: Hart Publishing, 2007, p. 34).

¹⁴ Em que pese a similitude em referência à denominada *função genérica* dos institutos, Sérgio SAVI reconhece haver nítida distinção no tocante à dita *função específica*: “Ao contrário do que ocorre na responsabilidade civil, o enriquecimento sem causa tem por função específica remover o enriquecimento; a remoção do dano é que, neste caso, é indireta e eventual” (*Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa*, cit., p. 54). Em sentido semelhante, v. GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Lucros cessantes*, cit., pp. 224-225.

¹⁵ Sobre a distinção funcional entre responsabilidade civil e vedação ao enriquecimento sem causa, Gisela Sampaio da Cruz GUEDES afirma: “O foco da responsabilidade é a situação do lesado (e não a do ofensor) e a sua principal função é eliminar os prejuízos que lhe foram causados, seja na modalidade de dano emergente, seja na forma de lucro cessante, ao passo que o enriquecimento sem causa (e o ilícito) têm por escopo aniquilar um acréscimo, indevidamente injustificado, do qual o ofensor se beneficiou. É por isso que a doutrina tradicional ressalta que a responsabilidade civil e o enriquecimento sem causa estão sujeitos a princípios fundamentalmente diversos” (*Lucros cessantes*, cit., pp. 203-204). Em sentido semelhante, v. NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*, cit., pp. 216-218; e, no direito português, v. MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de direito civil português*, vol. II, t. III. Coimbra: Almedina, 2010, p. 208.

¹⁶ Júlio Manuel VIEIRA GOMES esclarece que, diversamente da responsabilidade civil, “(...) a obrigação de restituir o que se obteve injustificadamente não depende de um comportamento culposo ou sequer de um comportamento ilícito do enriquecido – em rigor, não é mesmo necessário que tenha havido qualquer conduta do enriquecido, podendo este ter obtido algo à custa alheia em virtude de um comportamento da própria pessoa que vem agora exigir a restituição” (*O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1998, p. 223).

precipualemente à tutela da vítima do dano injusto.¹⁷ Expressão maior de tal preocupação é a determinação, contida no *caput* do art. 944 do Código Civil, de que “[A] indenização mede-se pela extensão do dano”. Ao mesmo tempo que assegura à vítima a reparação integral do dano injusto por ela sofrido, a norma aludida garante ao causador do dano que a sua responsabilidade não ultrapassará o estrito limite do dano. O montante da indenização pode até mesmo se revelar inferior à extensão do dano, na hipótese do parágrafo único do art. 944 do Código Civil, mas jamais se lhe poderá sobrepor.¹⁸

A negativa da possibilidade de indenização superior ao dano tem como premissa a rejeição das teses genéricas de atribuição de caráter punitivo à responsabilidade civil.¹⁹ A advertência faz-se de especial relevância no cenário contemporâneo, no qual juízes e tribunais brasileiros reiteradamente invocam a noção punitivista supostamente associada à responsabilidade civil para fundamentar a fixação de indenizações em montantes aleatórios e desprovidos de qualquer substrato racional – particularmente na seara dos danos morais, por influxo da doutrina estadunidense dos *punitive damages*.²⁰

Tal prática jurisprudencial, ainda que imbuída de louváveis propósitos, encontra óbice intransponível no princípio da legalidade: toda e qualquer punição, independentemente

¹⁷ “A constitucionalização do direito dos danos impôs, como se viu, a releitura da própria função primordial da responsabilidade civil. O foco que tradicionalmente recaía sobre a pessoa do causador do dano, que por seu ato reprovável deveria ser punido, deslocou-se no sentido da tutela especial garantida à vítima do dano injusto, que merece ser reparada. A punição do agente pelo dano causado, preocupação pertinente ao direito penal, perde a importância no âmbito cível para a reparação da vítima pelos danos sofridos” (BODIN DE MORAES, Maria Celina. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. In: *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 331).

¹⁸ “O referido dispositivo [parágrafo único do art. 944 do CC] apenas autoriza que o juiz, com base na equidade, reduza a indenização – nunca, porém, que a aumente –, quando houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano” (GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Lucros cessantes*, cit., p. 217). Sérgio SAVI critica, ainda, a proposta de interpretação extensiva da regra contida no parágrafo único do artigo 944 do Código Civil: “O legislador de fato inovou ao introduzir uma exceção expressa ao princípio da reparação integral dos danos. A regra, contudo, é de exceção, e deve ser interpretada restritivamente. O parágrafo único do artigo 944 do Código Civil não pode, portanto, ser utilizado como ‘porta de entrada’ ou fundamento para as indenizações punitivas no direito brasileiro e, tampouco, para justificar o cômputo dos lucros do interventor no cálculo da indenização” (*Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa*, cit., pp. 75-76).

¹⁹ Para uma crítica à tese atribuição genérica de caráter punitivo à responsabilidade civil, v. BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Punitive damages* em sistemas civilistas: problemas e perspectivas. In: *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, pp. 371 e segs. A autora reconhece, todavia, a possibilidade de o legislador instituir a sistemática dos *punitive damages* no direito brasileiro, desde que, por coerência, preveja a destinação da verba a fundos de interesse da coletividade (Ibid., pp. 378-380).

²⁰ Gustavo TEPEDINO e Anderson SCHREIBER relatam que “(...) na experiência brasileira, assim como em diversos ordenamentos ocidentais, vive-se um momento de fascínio pelos *punitive damages* norte-americanos e pelas indenizações milionárias que de suas aplicações resultavam. Ensaiou-se, na prática advocatícia, uma importação acrítica do modelo do *common law*, que somente agora vem, pouco a pouco, reconhecido como inaplicável, ao menos em seus contornos originais, ao ordenamento jurídico brasileiro, de tradição romano-germânica. Nem por isso, todavia, se pode dizer que à responsabilidade civil por dano moral seja, entre nós, atribuído caráter exclusivamente compensatório, já que o caráter punitivo aflora nos critérios de quantificação” (As penas privadas no direito brasileiro. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (Orgs.). *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 520).

do ramo do Direito em que situada, deve se fundamentar diretamente em lei em sentido formal. Trata-se do princípio da legalidade, segundo o qual “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (CF, art. 5º, XXXIX). Trazido à esfera cível, o referido princípio determina que nenhuma punição pode ser imposta pelo juiz sem prévia e estrita cominação legal. Não bastasse a afronta direta ao princípio da legalidade, a imposição de penas através da responsabilidade civil findaria por agravar sobremaneira a situação do acusado no que tange às garantias substanciais e processuais.²¹ Mencione-se, no intuito de demonstrar o propósito do legislador brasileiro, que todos os dispositivos do Projeto do Código de Defesa do Consumidor que contemplavam hipóteses de indenização punitiva sofreram veto presidencial, o qual não foi derrubado pelo Congresso Nacional por ocasião da promulgação do diploma legal.²²

O que se tem, ao fim e ao cabo, é a opção expressa do direito brasileiro pela limitação da indenização à extensão do dano (CC, art. 944, *caput*). Consagrou-se, assim, modelo jurídico em que a responsabilidade civil assume caráter exclusivamente reparatório (ou compensatório).²³ Diante disso, não é facultado ao julgador, no momento da quantificação do dever de indenizar, levar em consideração circunstâncias atinentes à pessoa ou à intenção do causador do dano.

Neste ponto, cumpre indagar: o lucro eventualmente obtido pelo causador do dano serve como critério legítimo à quantificação da indenização? Diante das premissas assentadas no presente trabalho, impõe-se a resposta negativa.²⁴ Com efeito, do sistema positivo se

²¹ Em síntese das críticas ora expostas, Maria Celina BODIN DE MORAES afirma que, “(...) ao se adotar o caráter punitivo e o deixar ao arbítrio unicamente do juiz, corre-se o risco de violar o multissecular princípio da legalidade, segundo o qual *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Além disso, em sede cível, não se colocam à disposição do ofensor as garantias substanciais e processuais – como, por exemplo, a maior acuidade quanto ao ônus da prova – tradicionalmente prescritas ao imputado no juízo criminal” (*Punitive damages* em sistemas civilistas, cit., p. 375).

²² Faz-se referência aos arts. 16, 45 e 52, §3º, *verbis*: “Art. 16 - Se comprovada a alta periculosidade do produto ou do serviço que provocou o dano, ou grave imprudência, negligência ou imperícia do fornecedor, será devida multa civil de até um milhão de vezes o Bônus do Tesouro Nacional - BTN, ou índice equivalente que venha substituí-lo, na ação proposta por qualquer dos legitimados à defesa do consumidor em juízo, a critério do juiz, de acordo com a gravidade e proporção do dano, bem como a situação econômica do responsável”; “Art. 45 - As infrações ao disposto neste Capítulo, além de perdas e danos, indenização por danos morais, perda dos juros e outras sanções cabíveis, ficam sujeitas à multa de natureza civil, proporcional à gravidade da infração e à condição econômica do infrator, cominada pelo juiz na ação proposta por qualquer dos legitimados à defesa do consumidor em juízo”; “Art. 52 - § 3º - O fornecedor ficará sujeito a multa civil e perda dos juros, além de outras sanções cabíveis, se descumprir o disposto neste artigo”.

²³ “A função primordial da responsabilidade civil, portanto, é a de remover o dano sofrido pela vítima, sem preocupar-se com a punição do ofensor” (SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa*, cit., p. 45).

²⁴ A conclusão não é unânime na doutrina. Para um relato das principais teses de enquadramento dogmático do lucro da intervenção no âmbito da responsabilidade civil, v. PEREIRA COELHO, Francisco Manuel. *O enriquecimento e o dano*, cit., pp. 32-35. O autor destaca que tais propostas assentam sobre o reconhecimento de uma função sancionadora e preventiva da responsabilidade civil, ao lado da sua tradicional função reparadora (Ibid., p. 33). Ainda segundo o autor, eventuais aspectos “(...) sancionatórios e preventivos serão simples efeitos úteis da obrigação de indenizar” (Ibid., p. 36).

depreende que, ao preceituar que a extensão do dano é a medida da indenização, o legislador brasileiro afasta, *a priori*, qualquer possibilidade de consideração dos reflexos do dano sobre o patrimônio do agente ofensor na seara da responsabilidade civil.²⁵ Conforme já exposto, a função precípua do instituto consiste na recomposição da esfera patrimonial e existencial da vítima (esta última operacionalizada sobretudo, mas não exclusivamente, através da compensação pecuniária dos danos morais),²⁶ não apresentando especial relevância o reflexo do dano no patrimônio do agente ofensor.²⁷ Pode-se entender, por fim, que a responsabilidade civil apenas indiretamente promove a remoção do enriquecimento.²⁸

Tal como a indenização devida à vítima não se reduz diante da verificação de prejuízo no patrimônio do agente causador do dano, não deverá aquela aumentar-se em razão de eventual lucro obtido pelo ofensor. Conclui-se, enfim, pela inadequação da responsabilidade civil para a resolução integral da problemática do lucro da intervenção.

3. A vedação ao enriquecimento sem causa como fundamento da obrigação de restituir o lucro da intervenção

Reconhecido que as obrigações no direito civil podem ser divididas em três possíveis fontes, das quais duas se revelam incapazes de fundamentar a restituição do lucro da intervenção, cumpre investigar se tal dever de restituir encontra fundamento adequado na vedação ao enriquecimento sem causa. Preliminarmente, deve-se reconhecer que se trata de categoria abrangente de duas modalidades: enriquecimento por prestação e

²⁵ Nesse sentido, Sérgio SAVI afirma que “(...) a responsabilidade civil ignora, para fins de cálculo da indenização, eventuais lucros que o ofensor tenha obtido com o ato que deu origem aos danos à vítima” (*Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa*, cit., p. 45).

²⁶ Para uma análise dos limites e possibilidade de reparação não pecuniária dos danos extrapatrimoniais, v. SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015, pp. 195 e segs.

²⁷ “Visando remover o dano do patrimônio do lesado, reconstituir a situação hipotética em que este patrimônio se encontraria se o facto constitutivo de responsabilidade não tivesse sido praticado, compreende-se que o direito da responsabilidade civil não se interesse por saber se o lesante lucrou com este facto e quanto lucrou. O direito da responsabilidade civil não pretende remover o enriquecimento do patrimônio do lesante; os seus cuidados ou preocupações não são esses. Do ponto de vista daquela função puramente reparadora ou reintegrativa da responsabilidade civil, é natural que não lhe importe o que esteja a mais no patrimônio do lesante, mas tão-só o que esteja a menos no patrimônio do lesado. Não terá pois o lesante que restituir o seu enriquecimento, ou melhor, só terá que o restituir até ao limite do dano, e como dano” (PEREIRA COELHO, Francisco Manuel. *O enriquecimento e o dano*, cit., pp. 31-32).

²⁸ Francisco Manuel PEREIRA COELHO afirma que “(...) a responsabilidade civil visa a remover o dano; a remoção do enriquecimento é indirecta e eventual. (...) Pelo contrário, o enriquecimento sem causa visa a remover o enriquecimento; a remoção do dano é indirecta e eventual” (*O enriquecimento e o dano*, cit., pp. 24-25). Nesse sentido, v., ainda, KONDER, Carlos Nelson. *Enriquecimento sem causa e pagamento indevido*, cit., pp. 378-379.

enriquecimento por intervenção.²⁹ De fato, o enriquecimento sem causa pode decorrer de uma transferência patrimonial realizada pela pessoa à custa de quem se enriquece, mas igualmente pode decorrer da exploração desautorizada de bens ou direitos alheios por parte do enriquecido.³⁰ Desde logo, percebe-se que o lucro da intervenção parece se amoldar à segunda modalidade de enriquecimento sem causa,³¹ de modo que a presente investigação a ela dedicará maior atenção.

Como não poderia deixar de ser, o enquadramento dogmático do lucro da intervenção como hipótese de enriquecimento sem causa depende da adequada compreensão dos requisitos para a configuração deste último, extraídos do art. 884 do Código Civil.³² Elencam-se, assim, os seguintes pressupostos: a) deve haver *enriquecimento*; b) esse enriquecimento deve ter sido obtido *à custa de outrem*; e c) tal enriquecimento deve se revelar *sem justa causa*. Passa-se à análise pormenorizada de cada um deles.

Em primeiro lugar, a propósito do *enriquecimento*, deve-se ter em mente que o mesmo pode consistir no incremento do ativo, na diminuição do passivo ou na poupança de

²⁹ O reconhecimento de duas modalidades parece encontrar maior acolhida na doutrina, mas há quem sustente a existência de outras modalidades de enriquecimento sem causa. Luís Manuel Teles de MENEZES LEITÃO, por exemplo, propõe a distinção de quatro possíveis hipóteses de enriquecimento sem causa: i) enriquecimento por prestação; ii) enriquecimento por intervenção; iii) enriquecimento por despesas realizadas em benefício de outrem; iv) enriquecimento por desconsideração de um patrimônio intermediário (*Direito das obrigações*, vol. I. 8. ed. Coimbra: Almedina, 2009, pp. 421-448).

³⁰ Carlos Nelson KONDER afirma: “O enriquecimento pode ocorrer em diversas situações, conforme as quais seus requisitos tomarão distintas formas. A modalidade mais clara de enriquecimento é aquela originada de uma transferência patrimonial, como no caso de pagamento indevido, ou quando o proprietário recebe a coisa com benfeitorias realizadas pelo possuidor. Contudo, há também o enriquecimento gerado pela exploração de bens, trabalho ou direitos alheios. Essas modalidades, mais complexas, têm como exemplos, respectivamente: a utilização de casa alheia, ou o caso do condômino que desfruta de toda a copropriedade; a descoberta de direito à herança em virtude do trabalho de um genealogista (não contratado); e o uso de imagem alheia sem autorização” (Enriquecimento sem causa e pagamento indevido, cit., p. 381). Antônio MENEZES CORDEIRO igualmente relata a tendência doutrinária de reconhecimento de duas modalidades de enriquecimento sem causa: “A doutrina actual mantém, como foi referido, a existência de, pelo menos, duas modalidades distintas de enriquecimento: por prestação (*Leistungskonditionen*) e sem prestação (*Nichtleistungskonditionen*), fundamentalmente por intervenção (*Eingriffskonditionen*)” (*Tratado de direito civil português*, cit., p. 208).

³¹ Assim também concluem Aline de Miranda Valverde TERRA e Gisela Sampaio da Cruz GUEDES: “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” (Considerações acerca da exclusão do lucro ilícito do patrimônio do agente ofensor. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*. Rio de Janeiro, n. 28, dez./2015, p. 8).

³² *Verbis*: “Código Civil - Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários. Parágrafo único. Se o enriquecimento tiver por objeto coisa determinada, quem a recebeu é obrigado a restituí-la, e, se a coisa não mais subsistir, a restituição se fará pelo valor do bem na época em que foi exigido”. Vale observar que, em matéria de vedação ao enriquecimento sem causa, o Código Civil brasileiro de 2002 parece ter se inspirado diretamente no Código Civil português de 1966, cujo art. 473 assim dispõe: “Art. 473 (Princípio geral) - 1. Aquele que, sem causa justificativa, enriquecer à custa de outrem é obrigado a restituir aquilo com que injustamente se locupletou. 2. A obrigação de restituir, por ‘enriquecimento sem causa’, tem de modo especial por objecto o que for indevidamente recebido, ou o que for recebido por virtude de uma causa que deixou de existir ou em vista de um efeito que não se verificou”.

despesas.³³ Desse modo, enriquece aquele que aumenta seu ativo (como a pessoa que recebe pagamento indevido), diminui suas dívidas (como o pai que vê sua obrigação alimentar de meses pretéritos adimplida por pessoa que acreditava, equivocadamente, ser o verdadeiro pai) ou mesmo deixa de realizar despesas (como a pessoa que invade casa alheia e dela desfruta no período de ausência do proprietário).

Em que pese a aparente simplicidade do ponto, tradicionalmente a doutrina controverteu sobre o real conteúdo do enriquecimento: trata-se do valor objetivo da vantagem ou, ao revés, da diferença entre a variação efetiva no patrimônio do enriquecido e a vantagem hipotética que ocorreria caso não houvesse acontecido o fato gerador do enriquecimento? Tais métodos de cálculo correspondem, respectivamente, ao que se convencionou denominar *enriquecimento real* e *enriquecimento patrimonial*.³⁴

Diante da referida ambiguidade do conteúdo do enriquecimento, a depender da perspectiva adotada, já se considerou que a restituição deveria se basear, via de regra, no enriquecimento real.³⁵ Ocorre que tal linha de pensamento finda por desnaturar a função precípua do instituto, que consiste na restauração do patrimônio do enriquecido ao

³³ “Apesar do silêncio do art. 884 do Código Civil de 2002, o indevidamente auferido que dá ensejo ao enriquecimento sem causa não ocorre apenas em acréscimos patrimoniais positivos, sendo extensível a alterações no acervo passivo, *verbi gratia*, quando se reduzem dívidas que gravam o patrimônio” (NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*, cit., p. 237). Em sentido semelhante, João de Matos ANTUNES VARELA afirma: “O enriquecimento consiste na obtenção de uma vantagem de carácter patrimonial, seja qual for a forma que essa vantagem revista. Umhas vezes a vantagem traduzir-se-á num aumento do activo patrimonial (...); outras, numa diminuição do passivo (...); outras, no uso ou consumo de coisa alheia ou no exercício de direito alheio, quando esses actos sejam susceptíveis de avaliação pecuniária (...); outras ainda, na poupança de despesas” (*Das obrigações em geral*, vol. I. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 481). A presente compreensão do *enriquecimento* é encontrada também na experiência estrangeira. V., no direito português, MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de direito civil português*, cit., pp. 224-226; e MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de. *Direito das obrigações*, cit., pp. 452-453; no direito italiano, SACCO, Rodolfo. *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto: contributo alla teoria della responsabilità extracontrattuale*. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1959. Ristampa inalterata: Centro Stampa Università de Camerino, 1980, pp. 196-200; e, no direito francês, CARBONNIER, Jean. *Droit civil*, vol. II. Paris: PUF, 2004, p. 2.436; e TERRÉ, François; SIMLER, Philippe; LEQUETTE, Yves. *Droit civil: les obligations*. 11. ed. Paris: Dalloz, 2013, pp. 1.114-1.115.

³⁴ V. TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 756. Vale destacar a explicação fornecida por Francisco Manuel PEREIRA COELHO: “Este [o enriquecimento] corresponderá, numa concepção real, ao valor objectivo da vantagem real adquirida; numa concepção patrimonial, ao saldo ou diferença para mais no patrimônio do enriquecido, que resulte da comparação entre a situação em que ele presentemente se encontra (situação real) e aquela em que se encontraria se não se tivesse verificado a deslocação patrimonial que funda a obrigação de restituir (situação hipotética)” (*O enriquecimento e o dano*, cit., pp. 29-30).

³⁵ Nesse sentido, Júlio Manuel VIEIRA GOMES sustenta que se deve operar, via de regra, a restituição do enriquecimento real, funcionando o enriquecimento patrimonial como um limite à obrigação de restituir, em homenagem à boa-fé do enriquecido (*O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*, cit., pp. 105 e segs.).

estado em que deveria estar caso não verificado o enriquecimento injusto.³⁶ Desse modo, somente uma concepção de enriquecimento que leve em conta as concretas condições patrimoniais da pessoa poderá revelar a exata medida do seu enriquecimento no caso concreto, pouco importando aquilo que seria a média (ou o valor “objetivo”) da vantagem na generalidade das situações.³⁷ A presente proposta de investigação do enriquecimento sem causa com base no critério patrimonial justifica, por via de consequência, o estudo do lucro da intervenção nesta seara.³⁸

Analisados os contornos gerais do conceito de *enriquecimento*, deve-se perquirir o escopo da exigência de que o mesmo tenha sido obtido *à custa de outrem*. Em posição tradicional no direito nacional e estrangeiro, afirma-se que o enriquecimento necessariamente deve vir acompanhado de um correspectivo empobrecimento da pessoa à custa de quem se enriqueceu.³⁹ Sustenta-se, nesse sentido, que um “(...) elemento fundamental do enriquecimento sem causa é a perda patrimonial de alguém”.⁴⁰ Também neste ponto parte da doutrina distingue o empobrecimento real do empobrecimento patrimonial, segundo critério semelhante ao utilizado na definição do enriquecimento, com o que usualmente conclui pela necessidade de consideração do critério do

³⁶ Francisco Manuel PEREIRA COELHO afirma que “(Q)uem usa, consome ou aliena bens alheios, quem recebe de outrem uma obrigação de *facere* não devida (...) não se enriquece assim na medida do valor objectivo do uso, do valor dos bens consumidos ou alienados ou da própria prestação, mas na medida da diferença que haja – se diferença houver – entre a situação em que o património do enriquecido se encontra e aquela em que se encontraria se não tivessem ocorrido aqueles factos” (*O enriquecimento e o dano*, cit., p. 44).

³⁷ “Só uma avaliação dinâmica do enriquecimento permitirá que o instituto do enriquecimento sem causa realize as suas funções específicas: remover todo o enriquecimento, e só ele, do património do enriquecido. Correspondendo enriquecimento a utilidade, há que determinar qual a utilidade que o beneficiado com a deslocação patrimonial retirou desta” (CAMPOS, Diogo José Paredes Leite de. *A subsidiariedade da obrigação de restituir o enriquecimento*. Coimbra: Almedina, 1974, pp. 452-453). No mesmo sentido, v. KONDER, Carlos Nelson. *Enriquecimento sem causa e pagamento indevido*, cit., pp. 383-384.

³⁸ Sérgio SAVI afirma: “A concepção real do enriquecimento, se adotada para todo e qualquer caso, acabaria inviabilizando a utilização do instituto do enriquecimento sem causa como ferramenta para solucionar o problema do lucro da intervenção” (*Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa*, cit., p. 59). E arremata o autor: “Portanto, para a configuração do enriquecimento sem causa, deve-se verificar se há enriquecimento patrimonial” (*Ibid.*, p. 60).

³⁹ V., no direito brasileiro, GOMES, Orlando. *Obrigações*, cit., p. 306; no direito italiano, SACCO, Rodolfo. *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, cit., p. 3; no direito português, MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de direito civil português*, cit., pp. 227-228; e, no direito francês, CARBONNIER, Jean. *Droit civil*, cit., p. 2.436; e TERRÉ, François; SIMLER, Philippe; LEQUETTE, Yves. *Droit civil*, cit., p. 1.115.

⁴⁰ NEVES, José Roberto de Castro. *O enriquecimento sem causa: dimensão atual do princípio do direito civil*. In: BODIN DE MORAES (Coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 208. Partindo de semelhante concepção quanto à imprescindibilidade de empobrecimento, Rodolfo SACCO, pioneiro no estudo da matéria na Itália, entende que o problema do lucro da intervenção não deveria ser resolvido pelo enriquecimento sem causa: “Observe-se, desde logo, longe de equívocos, que o presente problema não tem nenhuma relação com a matéria do enriquecimento sem causa. O enriquecimento sem causa pressupõe o incremento patrimonial de um sujeito, e o correspectivo empobrecimento patrimonial do contra-interessado; pressupõe, então, o dano (no sentido de empobrecimento) do sujeito ao qual é concedida a ação” (SACCO, Rodolfo. *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, cit., p. 3. Tradução livre do original).

empobrecimento real.⁴¹

A verificação de empobrecimento correspectivo ao enriquecimento, todavia, parece não se afigurar indispensável à configuração do enriquecimento sem causa em todas as suas possíveis modalidades. Com efeito, ainda que se possa constatar empobrecimento em algumas hipóteses – especialmente as relacionadas ao enriquecimento por prestação –, a configuração dogmática do instituto não tem como pressuposto necessário o empobrecimento da pessoa à custa de quem se enriqueceu.⁴² Tal percepção se revela da maior importância na seara do enriquecimento por intervenção, cujas hipóteses fáticas usualmente se apresentam completamente dissociadas de qualquer empobrecimento por parte do titular do direito.⁴³

Tal conclusão decorre, em primeiro lugar, do fato de o Código Civil brasileiro em nenhum momento prever o empobrecimento (real ou patrimonial) como requisito de configuração do enriquecimento sem causa, não se podendo extrair esse suposto requisito da expressão “se enriquecer à custa de outrem” constante do art. 884 do diploma.⁴⁴ Some-se a isso a constatação de que a exigência de demonstração de empobrecimento correspectivo ao enriquecimento não se coaduna com a função da vedação ao enriquecimento sem causa, para a qual não assume especial relevância a

⁴¹ Carlos Nelson KONDER afirma: “O empobrecimento patrimonial é também calculado com base na diferença entre a situação efetiva do empobrecido e a situação hipotética. (...) Já o empobrecimento real vincula-se às condições objetivas da vantagem auferida pelo enriquecido, ou melhor, neste caso, às condições objetivas da vantagem não fruída pelo ‘empobrecido’. Abstrai, portanto, qualquer especulação sobre a aplicação especial que o lesado teria dado ao bem, ou a relação com seus outros bens” (Enriquecimento sem causa e pagamento indevido, cit., pp. 385-386). Com base em tal distinção, o autor conclui: “O que é requisito do enriquecimento sem causa – e que define o outro limite da obrigação de restituir – é o ‘empobrecimento’ real, e não o patrimonial. Como foi observado, o patrimonial muitas vezes sequer ocorrerá” (Ibid., p. 386).

⁴² João de Matos ANTUNES VARELA apresenta exemplos para demonstrar a insuficiência do critério do empobrecimento: “Admitamos que o dono da casa onde outrem se instalou indevidamente (por julgá-la própria) a não teria rendado em quaisquer circunstâncias; que o dono do cavalo ou do automóvel com que o amigo, utilizando abusivamente o animal ou o veículo, ganhou avultado prêmio numa competição desportiva, não estaria disposto a concorrer a tal prova; que o dono da obra editada, sem a sua autorização, por terceiro não estaria inclinado a publicá-la, etc. Em nenhum desses casos se pode rigorosamente falar numa diminuição do patrimônio do dono da coisa e nem sequer na privação dum aumento dele, uma vez que o titular não estava disposto a usar ou fruir a coisa nos termos em que o fez o intrometido. E, todavia, não pode duvidar-se de que a vantagem patrimonial do beneficiado foi obtida à custa do dono da coisa” (*Das obrigações em geral*, cit., pp. 490-491).

⁴³ “Não bastasse a ausência de previsão legal, como o lucro da intervenção muitas vezes surge em hipóteses em que o ato do interventor não causa danos ao titular do direito, a se entender que a expressão ‘à custa de outrem’ significa uma exigência de que algo efetivamente saia do patrimônio do titular do direito para o do enriquecido, os problemas relacionados ao lucro da intervenção continuariam sem solução” (SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa*, cit., p. 61).

⁴⁴ Afirma-se, nesse sentido, que “(...) não incluiu o Código como elemento de configuração do enriquecimento sem causa a necessidade de a outra parte empobrecer com o enriquecimento do beneficiado” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, vol. III. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 525). No mesmo sentido, Sérgio SAVI afirma: “Por ora, basta destacar que não há, no ordenamento jurídico brasileiro, qualquer regra estabelecendo ser o empobrecimento do titular do direito um requisito para a configuração do enriquecimento sem causa” (*Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa*, cit., p. 61). Tal linha de pensamento foi consagrada pelo Enunciado n. 35, aprovado pela I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, *verbis*: “Art. 884: a expressão ‘se enriquecer à custa de outrem’ do art. 884 do novo Código Civil não significa, necessariamente, que deverá haver empobrecimento”.

situação patrimonial da pessoa à custa de quem se enriqueceu – diversamente do que sucede com a responsabilidade civil.⁴⁵

Tais considerações parecem indicar a insubsistência teórica em se exigir que o enriquecimento seja acompanhado por um correspectivo empobrecimento, o que deixa pendente a afirmação do conteúdo da exigência, estatuída pelo art. 884 do Código Civil brasileiro, de que o enriquecimento seja obtido “à custa de outrem”. A adequada leitura do dispositivo parece ser a que condiciona a restituição do enriquecimento à comprovação do nexo de causalidade entre o enriquecimento e uma conduta anterior do enriquecido ou do titular do direito – conforme se trate de enriquecimento por intervenção ou por prestação, respectivamente.⁴⁶ Afirma-se, nesse sentido, que deve haver “uma relação de causa e efeito entre o enriquecimento e um fato”,⁴⁷ sem a qual não se poderia concluir que um dado enriquecimento foi obtido em decorrência de um fato atrelado ao patrimônio alheio.⁴⁸

Especificamente no que tange ao lucro da intervenção, verifica-se que a doutrina alemã, berço histórico da matéria, originalmente entendia a exigência de causalidade com base na teoria da *conditio sine qua non*, concluindo que o titular do direito faria jus à

⁴⁵ V. GOMES, Júlio Manuel Vieira. *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*, cit., pp. 383 e segs. Em sentido semelhante, v. NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*, cit., p. 257.

⁴⁶ Sérgio SAVI afirma: “Ignorando a desnecessária discussão doutrinária acerca da independência ou não de tal requisito, este é, de fato, mais um pressuposto do enriquecimento sem causa. Contudo, afigura-se inapropriado falar na existência de um ‘liame’ entre enriquecimento e empobrecimento. O liame exigido como requisito para a configuração do enriquecimento sem causa deve ser entendido como a correlação entre o enriquecimento e um fato que se ligue à outra parte. Portanto, para o surgimento do direito à restituição, fundada no enriquecimento sem causa, o titular do direito terá que demonstrar a relação entre o enriquecimento da outra parte e a sua esfera de direitos” (*Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa*, cit., p. 57). Imbuído de semelhante preocupação, Diogo José Paredes Leite de CAMPOS se refere à exigência de um *nexo de imputação* para a configuração do enriquecimento sem causa: “Como medida da obrigação de restituir, as palavras à custa não têm um significado literal unívoco. Estabelecem tão só a necessidade da imputação do enriquecimento a um certo patrimônio. É tarefa do intérprete fixar que nexo de imputação deva ser este, para determinar que parte do patrimônio do enriquecido foi alcançada em virtude do gozo de bens jurídicos alheios” (Enriquecimento sem causa e responsabilidade civil. *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 42. Lisboa: Ordem dos Advogados Portugueses, 1982, p. 44). Na linha dessa última proposta, v. MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de. *Direito das obrigações*, cit., p. 458. Em sentido semelhante, a sustentar a necessidade de demonstração da relação de causalidade entre enriquecimento e empobrecimento, v. CARBONNIER, Jean. *Droit civil*, cit., p. 2.436; e TERRÉ, François; SIMLER, Philippe; LEQUETTE, Yves. *Droit civil*, cit., p. 1.115. Por fim, vale mencionar o destaque atribuído por Rodolfo SACCO ao *nexo de causalidade* entre lesão do direito e enriquecimento, embora se saiba, como já exposto, que o autor busca resolver a problemática do lucro da intervenção na seara da responsabilidade civil (*L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, cit., pp. 212-227).

⁴⁷ NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*, cit., p. 261.

⁴⁸ Em que pese a diversidade de preocupações acerca da suposta relevância do empobrecimento real, vale fazer menção ao que Carlos Nelson KONDER denominou *indivisibilidade de origem*: “Alguns autores falam ainda da necessidade de um nexo de causalidade entre o ‘empobrecimento’ e o enriquecimento. Contudo, como explica Agostinho Alvim, não há uma relação de causa e efeito entre enriquecimento e empobrecimento; o que dever haver é uma interdependência em virtude de um fato originário em comum, que causou ambos – o que se tem chamado de indivisibilidade de origem” (Enriquecimento sem causa e pagamento indevido, cit., p. 388).

restituição integral do lucro obtido pelo interventor.⁴⁹ Tal conclusão não parece ser a mais adequada à luz do direito brasileiro,⁵⁰ uma vez que a investigação do nexo de causalidade entre o lucro obtido e a intervenção em bens ou direitos alheios não pode descuidar do grau de contribuição causal dos envolvidos.⁵¹

Delineadas as noções gerais acerca dos requisitos de *enriquecimento* e de sua obtenção *à custa de outrem*, cumpre, por fim, investigar o conteúdo do requisito de que o mesmo se repute *sem justa causa*. Preliminarmente, cumpre esclarecer que não se está a tratar da causa dos negócios jurídicos, mas sim de pressuposto específico para a deflagração da obrigação de restituir.⁵² A propósito, tradicionalmente se afirma que deve ser investigada a presença de *justo título* a legitimar o enriquecimento.⁵³ Deveria, nesse sentido, haver um título jurídico idôneo a justificar o enriquecimento, sob pena de sua restituição.⁵⁴ Em perspectiva semelhante, desenvolveu-se a noção de *causa de atribuição patrimonial*, ora enunciada como a expressão do “julgamento ético-jurídico do fenómeno enriquecimento

⁴⁹ Neste ponto, vale destacar a tese pioneira de Fritz Schulz, segundo o relato de Francisco Manuel PEREIRA COELHO: “A obrigação de restituir estender-se-ia a todo o lucro causado pela intervenção no património do interventor – a quanto aí estivesse mas lá não estaria se a intervenção não se tivesse dado – e visaria a reconstituir no património do devedor uma tal situação hipotética, aquela em que o devedor estaria se não tivesse praticado a acção de intervenção que lhe trouxe o lucro” (*O enriquecimento e o dano*, cit., p. 62). Ainda sobre a proposição de Fritz Schulz, v. o relato de Júlio Manuel VIEIRA GOMES: “Defendeu este autor [Franz Schulz] a existência de um direito ao resultado da intervenção ou ingerência (*Eingriffserwerb*), isto é, de um direito a tudo aquilo que se obteve através da interferência num direito alheio. Por intervenção entende este autor qualquer actuação com reflexos num direito alheio (seja através da destruição desse direito seja através da alteração da relação jurídica) em cujo contexto esse direito existe. (...) O princípio fundamental para Schulz é o de que, em princípio, ninguém deve poder retirar um lucro de uma intervenção ilícita num direito alheio” (*O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*, cit., pp. 180-182).

⁵⁰ No âmbito do direito português, Francisco Manuel PEREIRA COELHO afirma em tom contundente que “(T)anto em geral como no plano do nosso direito, a posição de Schulz não deve aceitar-se” (*O enriquecimento e o dano*, cit., p. 62). O autor conclui: “O alcance do reparo, que muitas vezes se faz à tese de Schulz, de que esta leva longe demais a responsabilidade do interventor não deve certamente exagerar-se, pois a exigência de que interceda uma relação de causalidade entre a intervenção e o *Eingriffserwerb* já põe um limite apreciável à obrigação de restituir o lucro da intervenção, a qual não existirá se não puder, ou na medida em que não possa, afirmar-se uma tal relação de causalidade” (*Ibid.*, p. 63. Nota de rodapé n. 120).

⁵¹ “Para temperar uma avaliação rígida do enriquecimento patrimonial, é essencial a aferição, no caso concreto, do grau de contribuição das partes para a produção do lucro, de forma a obviar a restituição integral do lucro de intervenção ao titular do direito e impedir o raciocínio abstrato e determinista de que, como o interventor não teria conseguido outro bem que fosse apto à produção daquele lucro, deveria ele proceder à restituição integral do lucro da intervenção” (LINS, Thiago Drummond de Paula. *O lucro da intervenção e o direito à imagem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 189). Para uma análise da relevância da causa virtual na configuração do enriquecimento sem causa, v. PEREIRA COELHO, Francisco Manuel. *O enriquecimento e o dano*, cit., pp. 89 e segs.

⁵² Sérgio SAVI adverte que não se está a tratar da causa do negócio jurídico: “(...) pode-se dizer que a causa a que o art. 884 do Código Civil é distinta da causa do negócio jurídico. O conceito de causa utilizado no âmbito do enriquecimento sem causa é o de ‘causa de atribuição patrimonial’” (*Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa*, cit., p. 61).

⁵³ A propósito, François TERRÉ, Philippe SIMLER e Yves LEQUETTE sustentam que o enriquecimento será reputado sem causa quando não encontrar amparo direto em título legal, convencional ou judicial (*Droit civil*, cit., pp. 1.115-1.118).

⁵⁴ Nesse sentido, v. KONDER, Carlos Nelson. *Enriquecimento sem causa e pagamento indevido*, cit., p. 390); e NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*, cit., p. 268.

à custa de outrem”,⁵⁵ ora associada às noções de “razão justa”, “título legítimo” ou “motivo lícito”.⁵⁶

A noção de *título jurídico idôneo*, de fato, serve como valioso parâmetro interpretativo, mas não parece recomendável que o intérprete resuma a análise à presença ou não de *justo título* tal como tradicionalmente concebido. Em vez disso, afigura-se mais razoável entender que o enriquecimento somente poderá ser considerado *sem causa* quando sobre ele incorrer juízo de reprovabilidade à luz da tábua axiológica constitucional. Desse modo, ainda que careça de justo título em sentido estrito, a situação jurídica do enriquecido pode vir a ser resguardada caso se conclua, diante das circunstâncias do caso concreto, que satisfatoriamente promove os princípios e valores do ordenamento.⁵⁷ Pense-se, por exemplo, na família de trabalhadores sem-terra que invade propriedade rural alheia descumpridora da função social (nos moldes enunciados pelo art. 186 da Constituição Federal)⁵⁸ e, sem causar qualquer prejuízo ao bem, lá reside por dois meses. Soaria um efetivo contrassenso impor-se-lhes a obrigação de restituir o enriquecimento sem causa (pela poupança de despesas) caso, simultaneamente, fosse possível concluir que a propriedade rural definitivamente não cumpria sua função social.⁵⁹

Uma vez compreendidos os requisitos gerais de configuração do enriquecimento sem causa, parece não haver óbice ao enquadramento dogmático do lucro da intervenção

⁵⁵ CAMPOS, Diogo José Paredes Leite de. Enriquecimento sem causa e responsabilidade civil, cit., pp. 42-43. O estudo do autor pode ser encontrado, ainda, sem alteração substancial, em CAMPOS, Diogo José Paredes Leite de. Enriquecimento sem causa, responsabilidade civil e nulidade. *Revista dos Tribunais*, vol. 560, jun./1982, pp. 259-266.

⁵⁶ GOMES, Orlando. *Obrigações*, cit., p. 306.

⁵⁷ Segundo Mário Júlio de Almeida COSTA, “(...) reputa-se que o enriquecimento carece de causa, quando o direito o não aprova ou consente, porque não existe uma relação ou um facto que, de acordo com os princípios do sistema jurídico, justifique a deslocação patrimonial” (*Direito das obrigações*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 500). António MENEZES CORDEIRO adverte: “Cada sector jurídico dirá, perante a concreta situação em jogo, se existe, ou não, tal fonte de legitimação. Mantemos a nossa intuição de juventude, a qual não é vaga: antes é remissiva, uma vez que não compete, ao enriquecimento sem causa, antecipando todo o ordenamento, explicar, caso a caso, quando é que certa atribuição tem cobertura jurídico-normativa” (*Tratado de direito civil português*, cit., p. 237).

⁵⁸ *Verbis*: “Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: I - aproveitamento racional e adequado; II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores”.

⁵⁹ Em tendência contrária à tese ora exposta, Diogo José Paredes Leite de CAMPOS afirma que “(...) quem utiliza bens alheios deve – salva a hipótese de atribuição gratuita – pagar por eles ao titular do direito o correspondente às utilidades usufruídas, independentemente da maior ou menor utilidade social da sua intervenção” (Enriquecimento sem causa e responsabilidade civil, cit., p. 45).

nessa seara.⁶⁰ Desse modo, caso se conclua que alguém enriqueceu injustamente em decorrência da intervenção em bens ou direitos alheios, o ordenamento jurídico imporá a obrigação de restituir o denominado *lucro da intervenção*, em concretização à vedação geral ao enriquecimento sem causa. O que parece não se justificar, à luz do direito brasileiro, é o recurso desenfreado à responsabilidade civil, dada a nítida distinção funcional que subjaz aos institutos.⁶¹

O referido enquadramento dogmático contribui, por via reflexa, à rejeição de um suposto caráter punitivo da responsabilidade civil.⁶² A concepção punitiva poderia parecer interessante, em um primeiro olhar, quando constatada a insuficiência da disciplina tradicional da responsabilidade civil, especialmente nas hipóteses em que o dano sofrido pelo titular do direito se revelar inferior ao lucro ilegítimo do interventor.⁶³ Tal impressão preliminar, todavia, por certo não poderia prosperar, em razão da já exposta incompatibilidade da atribuição genérica de caráter punitivo à responsabilidade civil no direito brasileiro à minguada de previsão legal expressa.

De fato, a responsabilidade civil poderá regular suficientemente a questão quando o dano

⁶⁰ Em sentido contrário, Francesco GIGLIO sustenta a incongruência do enquadramento do lucro da intervenção no âmbito da vedação ao enriquecimento sem causa, em posição muito mais pautada na suposta necessidade rígida de demonstração do empobrecimento (concepção superável, como supraexposto) do que em uma inadequação funcional. O autor pugna, alternativamente, pelo reconhecimento geral do princípio de *restitution for wrongs*, a se situar ao lado da responsabilidade civil e da vedação ao enriquecimento sem causa (*The foundations of restitution for wrongs*, cit., *passim*). Diversamente, em sentido mais consentâneo ao presente trabalho, Diogo José Paredes Leite de CAMPOS afirma: “Os autores que pretendem integrar o lucro da intervenção na responsabilidade civil encontram-se, directa ou indirectamente, sob influência de uma concepção do enriquecimento sem causa que o considera uma simples indemnização dos danos causados sem culpa” (Enriquecimento sem causa e responsabilidade civil, cit., p. 52). E arremata o autor: “No enriquecimento sem causa faz-se referência exclusivamente ao efeito (enriquecimento) – o que se traduz pelo caráter de restituição, e não de sanção, da obrigação dele emergente” (Ibid., p. 53).

⁶¹ Sérgio SAVI afirma contundentemente: “Portanto, é equivocado procurar resolver o problema do lucro da intervenção em sede de responsabilidade civil. Apesar de terem uma característica comum – ambos visam à redistribuição da riqueza segundo as exigências de justiça –, enriquecimento sem causa e responsabilidade civil têm funções específicas distintas no ordenamento jurídico brasileiro” (*Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa*, cit., p. 46). No mesmo sentido, v. GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Lucros cessantes*, cit., p. 223; e TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Disgorgement of Profits in Brazilian Law*. In: HONDIUS, Ewoud; JANSSEN, André (Coords.). *Disgorgement of profits: gain-base remedies throughout the world*. World. Ius Comparatum - Global Studies in Comparative Law, Springer International, 2015, pp. 447-448.

⁶² Em crítica à recorrente atribuição de um suposto caráter punitivo à responsabilidade civil, Eduardo Nunes de SOUZA afirma: “ (...) se as responsabilidades penal e administrativa preocupam-se em aplicar uma punição justa ao ofensor que sirva de desincentivo a futuras condutas, a responsabilidade civil preocupa-se em proteger a vítima, recompondo seu patrimônio ou oferecendo uma compensação pecuniária que amenize o dano moral sofrido. Em outras palavras, uma indenização punitiva pode constituir outra figura, mas responsabilidade civil não é” (*Do erro à culpa na responsabilidade civil do médico: estudo na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 221).

⁶³ A propósito, afirma Sérgio SAVI: “Em casos como os acima narrados, em que o ofensor age deliberadamente em prejuízo da vítima, simplesmente porque é economicamente mais vantajoso pagar a indenização do que eliminar a causa dos acidentes ou evitar a violação de direitos da personalidade constitucionalmente garantidos, a ideia de punir o ofensor é realmente sedutora. Nessas hipóteses, o remédio da responsabilidade civil, isoladamente e em sua forma tradicional, não oferece uma sanção eficaz ao ofensor, na medida em que, mesmo pagando indenizações, ele continua em melhor situação do que estaria se tivesse agido diligentemente” (*Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa*, cit., p. 31).

se revelar igual superior ao lucro obtido pelo interventor.⁶⁴ Por outro lado, nas hipóteses de enriquecimento superior ao dano ou mesmo de inexistência de dano ressarcível, o remédio indenizatório não traduzirá solução adequada para a problemática do lucro da intervenção, assentado que está o caráter exclusivamente reparatório ou compensatório da responsabilidade civil.⁶⁵ Em tais hipóteses, a solução oferecida pelo ordenamento jurídico brasileiro parece residir, desde que preenchidos seus requisitos gerais, no princípio da vedação ao enriquecimento sem causa.⁶⁶

4. (Re)qualificação das pretensões e conclusões no caso em tela

Conforme se pôde relatar, no caso em comento prevaleceu o entendimento de que a CBF teria sofrido lucros cessantes, em decorrência da promoção de campanha publicitária pela Coca-Cola Indústrias Ltda. com menção mascarada ao escrete canarino. Ainda que louvável o esforço do TJRJ e do STJ em demonstrar que não se estaria a impor o dever de indenizar com base em lucros cessantes meramente presumidos, da fundamentação de ambas as instâncias pode se depreender certa confusão conceitual no que tange a esta modalidade de dano patrimonial.

Para que se possa tecer comentários à tendência jurisprudencial de reconhecimento de lucros cessantes para a resolução de questões envolvendo intervenção em bens ou direitos alheios, faz-se mister proceder a um breve delineamento do conceito de lucros cessantes enquanto espécie de dano patrimonial no direito civil.⁶⁷ Os prejuízos dessa natureza costumam ser definidos, tanto na doutrina nacional quanto na estrangeira, por meio do cotejo com a figura dano emergente. Chega-se a afirmar, em forma de provérbio, que “o ‘*damnum emergens*’ deixou mais pobre o prejudicado; o ‘*lucrum cessans*’ o

⁶⁴ SAVI, Sérgio. *Enriquecimento sem causa e responsabilidade civil*, cit., pp. 16-17.

⁶⁵ Francisco Manuel PEREIRA COELHO afirma que “(...) quando a intervenção não causa dano ao titular do direito ou, causando um dano, o lucro da intervenção excede este dano, então já a questão se torna obscura e difícil” (*O enriquecimento e o dano*, cit., p. 10).

⁶⁶ Diversamente, após criticar a utilização da responsabilidade civil para resolução dos problemas envolvendo lucro da intervenção, Aline de Miranda Valverde TERRA conclui que tampouco o enriquecimento sem causa seria suficiente, afirmando que, “(...) *de lege lata*, o ordenamento jurídico brasileiro não dispõe de instrumentos de direito privado suficientemente eficientes para desempenhar tal função” (*Disgorgement of profits in Brazilian law*, cit., p. 457. Tradução livre do original). A autora conclama, então, pela alteração do direito positivo: “*De lege ferenda*, a criação de uma figura genérica que permita retirar do patrimônio do agente os lucros obtidos de forma ilegítima parece ser a melhor alternativa, a depender, todavia, de alteração legislativa” (*Ibid.*, p. 457. Tradução livre do original).

⁶⁷ A doutrina aponta que os danos patrimoniais constituem gênero do qual são espécies o dano emergente e os lucros cessantes. Nesse sentido é a lição de Francisco Cavalcanti PONTES DE MIRANDA: “Na determinação dos danos patrimoniais têm de ser computados aqueles que consistem em, devido ao fato ilícito, não se ter aumentado o patrimônio (*lucrum cessans*). Não se indenizam os danos causados pela ofensa ao aparelho com a só prestação do reparo ou das despesas necessárias à sua reparação. Também se há de prestar o que se deixou de ganhar com a falta de funcionamento do aparelho durante o tempo em que, por ter sido atingido, deixou de funcionar” (*Tratado de direito privado*, t. XXVI. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 129). E arremata o autor: “Se não se indenizassem esses lucros cessantes, não se reporia o ofendido na situação em que se acharia se não houvesse produzido o fato danoso” (*Ibid.*, p. 129).

impediu de ficar mais rico”.⁶⁸

Conforme já acentuado pela doutrina, a definição da modalidade de dano patrimonial em comento parece não ter sofrido alterações muito substanciais, de modo que os “problemas dos lucros cessantes são de outra ordem, mais ligados à sua prova, bem como à determinação de sua extensão”.⁶⁹ Nesse sentido, nota-se, por exemplo, certa controvérsia doutrinária acerca da necessidade de certeza dos ganhos perdidos para que se possam configurar lucros cessantes. Já se afirmou, a esse respeito, que, como a indenização pressupõe dano certo, seria imprescindível a demonstração de certeza do lucro perdido.⁷⁰

No direito brasileiro contemporâneo, todavia, prevalece o entendimento de que basta a demonstração da probabilidade objetiva para a configuração de lucros cessantes. Extrai-se tal conclusão do artigo 402 do Código Civil de 2002⁷¹ (reprodução quase integral do artigo 1.059 do Código Civil de 1916),⁷² o qual faz menção, no bojo das perdas e danos devidas ao credor, àquilo “que o credor razoavelmente deixou de lucrar”.⁷³ Conclui-se, então, que, entre a mera possibilidade (por demais abstrata para deflagrar o dever de indenizar) e a certeza absoluta (a qual poderia tornar quase inviável, no plano fático, a integral reparação dos prejuízos experimentados pelo lesado), a solução adequada

⁶⁸ HEDEMANN, Justus Wilhelm. *Derecho de obligaciones*, vol. III. Trad. Jaime Santos Briz. Madri: Revista de Derecho Privado, 1958, p. 124 (tradução livre do original). Pertinente, a propósito, a conceituação oferecida por Francesco MESSINEO: “O conceito de dano emergente é de rápida compreensão: é o elemento constituído pela prestação perdida, em si considerada e na diminuição patrimonial que a mesma implica. Lucro faltoso, ou lucro cessante, é o acréscimo patrimonial que o credor, verossimilmente, teria podido extrair, segundo as circunstâncias, se o inadimplemento não houvesse existido (...), mas que não foi extraído precisamente por causa do inadimplemento. Em outros termos, o lucro cessante é um elemento que teria podido estar no patrimônio do credor se o inadimplemento do devedor não o houvesse impedido” (*Manuale di diritto civile e commerciale*, vol. III. Milão: Giuffrè, 1959, p. 339. Tradução livre do original).

⁶⁹ GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Lucros cessantes*, cit., pp. 345-346.

⁷⁰ “De início, só se ressarcem danos certos: não os danos puramente eventuais correspondentes, por exemplo, à cessação de um lucro que é apenas provável. É necessário que desse lucro perdido esteja fundamentada a certeza” (BARASSI, Lodovico. *La teoria generale delle obbligazioni*, vol. III. Milão: Giuffrè, 1946, p. 1.206. Tradução livre do original). Em sentido diverso, conquanto também à luz do direito italiano, v. FRANZONI, Massimo. *Trattato dela responsabilità civile: il danno risarcibile*, vol. II. Milão: Giuffrè, 2010, p. 61.

⁷¹ *Verbis*: “CC/2002. Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar”.

⁷² *Verbis*: “CC/1016. Art. 1.059. Salvo as exceções previstas neste Código, de modo expresse, as perdas e danos devidos ao credor, abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar”.

⁷³ No intuito de definir as *perdas e danos* a que alude o Código Civil, Caio Mário da Silva PEREIRA afirma que “para serem completas deverão abranger também o que ele [o lesado] tinha fundadas esperanças de auferir, e que razoavelmente deixou de lucrar, parcela (...) que nós chamamos de lucros cessantes” (*Instituições de direito civil*, vol. II. Atual. Guilherme Calmon Nogueira da Gama. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 374). E arremata o autor: “A reparação das perdas e danos abrangerá, então, a restauração do que o credor perdeu e a composição do que deixou razoavelmente de ganhar, apurado segundo um *juízo de probabilidade*” (Ibid., p. 374).

realmente seria a exigência de probabilidade objetiva.⁷⁴

Assentados os contornos gerais dos lucros cessantes, com destaque para o critério da probabilidade objetiva no tocante à sua configuração, retorna-se a atenção diretamente à problemática da intervenção em bens ou direitos alheios, tal como no caso em comento. Assim, partindo do pressuposto de que os lucros cessantes, apesar de não demandarem certeza absoluta, dependem da demonstração de probabilidade objetiva, não parece de todo adequada a conclusão do Superior Tribunal de Justiça segundo a qual a CBF sofreu “evidente prejuízo” (na modalidade de lucros cessantes) pelo mero fato de a Coca-Cola Indústrias Ltda. haver utilizado desautorizadamente a imagem da seleção brasileira de futebol.

Da análise do caso se depreende que a CBF em nenhum momento alegou ter deixado de celebrar um ou mais contratos com terceiros em decorrência da conduta da Coca-Cola Indústrias Ltda. Ao revés, nas suas razões recursais, a entidade máxima do futebol brasileiro faz expressa menção, para fins de parametrização do *quantum* indenizatório, a “outros contratos de patrocínio” em vigor que ela tem com outras empresas. O que se percebe é que a CBF parece não ter produzido qualquer prova no sentido de demonstrar algo que “razoavelmente deixou de lucrar” (na expressão do art. 402 do Código Civil).

Sem embargo do louvável esforço que subjaz à conclusão do Tribunal, parece mais consentâneo com a lógica do sistema o entendimento no sentido da impossibilidade de condenação do agente interventor à reparação por lucros cessantes quando não houver sequer prova mínima daquilo que o lesado “razoavelmente deixou de lucrar”. Entender diversamente, admitindo a configuração de lucros cessantes à revelia de elementos concretos que indiquem a probabilidade objetiva de lucro, terminaria por consagrar a ressarcibilidade de autêntico dano hipotético, em oposição à larga tradição brasileira de

⁷⁴ “Para, autorizadamente, se computar o lucro cessante, a mera possibilidade não basta, mas também não se exige a certeza absoluta. O critério acertado está em condicionar o lucro cessante a uma probabilidade objetiva resultante do desenvolvimento normal dos acontecimentos conjugados às circunstâncias peculiares do caso concreto” (DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. Atual. Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 827).

afirmar a *certeza do dano* como requisito indispensável do dever de indenizar.⁷⁵

A solução mais adequada parece ser a imposição, ao interventor, da obrigação de restituir o lucro ilegitimamente obtido, em concretização da vedação ao enriquecimento sem causa. Com efeito, a mera intervenção em bens ou direitos alheios não é suficiente à configuração de lucros cessantes, sob pena de se impor o dever de indenizar mesmo em situações nas quais o titular do direito sequer empregaria destinação comercial ao bem. A caracterização do dano ressarcível, vale frisar, não tem qualquer relação direta com o reflexo (positivo ou negativo) da intervenção sobre o patrimônio do interventor, razão pela qual não se podem reconhecer lucros cessantes como decorrência abstrata e apriorística dessa intromissão.

5. Síntese conclusiva

O acórdão proferido pela Terceira Turma do STJ nos autos do REsp. 1.335.624/RJ revela a dificuldade na definição dos contornos do enriquecimento sem causa e da responsabilidade civil, especialmente no que diz respeito ao enquadramento dogmático do lucro da intervenção no direito brasileiro e, por fim, à sua distinção face ao dano patrimonial na modalidade de lucros cessantes.

Sem embargo da similitude estrutural entre os institutos, somente o recurso à análise funcional permite estancar as distinções entre a restituição do enriquecimento e a reparação do dano. Tem-se, em síntese, uma nítida diferença de foco: enquanto a vedação ao enriquecimento sem causa visa à restituição do patrimônio do enriquecido ao estado em que deveria estar caso não houvesse ocorrido o fato gerador do enriquecimento injusto, a responsabilidade civil tem como função primordial a reparação integral do dano sofrido pela vítima.

Desses traços fundamentais decorrem, por um lado, a circunstância de o enriquecimento sem causa prescindir de qualquer empobrecimento por parte do titular do direito, e, por

⁷⁵ Pertinente, a propósito, a lição de Gisela Sampaio da Cruz GUEDES: “A prova dos lucros cessantes vem, em princípio, subordinada ao velho aforisma segundo o qual ao autor incumbe a prova do que alega. Enquanto o dano emergente deve ser absolutamente demonstrado em toda sua extensão, o lucro cessante, porém, não comporta essa prova absoluta (...). É o juízo de probabilidade objetiva que vai facilitar (ou melhor, possibilitar) a demonstração dos lucros cessantes, mas, na prática, suscita também algumas questões que estão longe de serem resolvidas, como, por exemplo, a de saber qual é a prova mínima que o lesado precisa produzir e com que critérios hão de ser calculados os lucros cessantes. O prognóstico, que sempre será realizado depois do evento danoso, deve levar a um interesse certo, porque a responsabilidade civil não tutela prejuízos eventuais ou incertos, mas o julgador não deve exigir aí uma certeza absoluta, que seria absolutamente incompatível com a própria definição de lucros cessantes” (*Lucros cessantes*, cit., pp. 347-348).

outro lado, o fato de a indenização ignorar, via de regra, eventuais reflexos patrimoniais da conduta lesiva sobre o patrimônio do próprio causador do dano. Assentados os contornos gerais dos institutos, parece plenamente possível, no direito brasileiro, enquadrar a problemática do lucro da intervenção na seara do enriquecimento sem causa, desde que preenchidos os seus requisitos gerais.

O adequado enquadramento dogmático do lucro da intervenção como modalidade de enriquecimento sem causa trará, ao menos, duas consequências positivas. Em primeiro lugar, doutrina e jurisprudência caminharão rumo ao contínuo desestímulo a demandas indenizatórias frívolas, reservando à apreciação do Poder Judiciário as hipóteses de efetiva lesão, imediata ou mediata, à dignidade da pessoa humana – conforme se trate de dano moral ou de dano patrimonial, respectivamente. Consolidar-se-á gradativamente, assim, a exigência de reparação integral do dano (CC, art. 944), regra bivalente a consagrar, a um só tempo, garantias à vítima (a qual não restará irressarcida pelo dano injusto) e ao causador do dano (cujas responsabilidades jamais poderá ultrapassar a extensão do dano).

6. Referências bibliográficas

ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das obrigações em geral*, vol. I. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2010.

BARASSI, Lodovico. *La teoria generale delle obbligazioni*, vol. III. Milão: Giuffrè, 1946.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. In: *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

_____. *Punitive damages* em sistemas civilistas: problemas e perspectivas. In: *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

CAMPOS, Diogo José Paredes Leite de. *A subsidiariedade da obrigação de restituir o enriquecimento*. Coimbra: Almedina, 1974.

_____. Enriquecimento sem causa, responsabilidade civil e nulidade. *Revista dos Tribunais*, vol. 560, jun./1982.

_____. Enriquecimento sem causa e responsabilidade civil. *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 42. Lisboa: Ordem dos Advogados Portugueses, 1982.

CARBONNIER, Jean. *Droit civil*, vol. II. Paris: PUF, 2004.

COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2006.

- DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. Atual. Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.
- FRANZONI, Massimo. *Trattato dela responsabilità civile: il danno risarcibile*, vol. II. Milão: Giuffrè, 2010.
- GIGLIO, Francesco. *The foundations of restitution for wrongs*. Oxford: Hart Publishing, 2007.
- GOMES, Orlando. *Obrigações*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.
- GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Lucros cessantes: do bom-senso ao postulado normativo da razoabilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- HEDEMANN, Justus Wilhelm. *Derecho de obligaciones*, vol. III. Trad. Jaime Santos Briz. Madri: Revista de Derecho Privado, 1958.
- KONDER, Carlos Nelson. Enriquecimento sem causa e pagamento indevido. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- LINS, Thiago Drummond de Paula. *O lucro da intervenção e o direito à imagem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
- MALAURIE, Philippe; AYNÈS, Laurent; STOFFEL-MUNCK, Philippe. *Droit des obligations*. 7. ed. Paris: LGDJ, 2015.
- MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de direito civil português*, vol. II, t. III. Coimbra: Almedina, 2010.
- MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de. *Direito das obrigações*, vol. I. 8. ed. Coimbra: Almedina, 2009.
- MESSINEO, Francesco. *Manuale di diritto civile e commerciale*, vol. III. Milão: Giuffrè, 1959.
- NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- NEVES, José Roberto de Castro. O enriquecimento sem causa: dimensão atual do princípio do direito civil. In: BODIN DE MORAES (Coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, vol. II. 24. ed. Atual. Guilherme Calmon Nogueira da Gama. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- _____. *Instituições de direito civil*, vol. III. 16. ed. Atual. Regis Fichtner. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- PEREIRA COELHO, Francisco Manuel. *O enriquecimento e o dano*. Coimbra: Almedina, 1970.
- PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, t. XXVI. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SACCO, Rodolfo. *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto: contributo alla teoria della responsabilità extracontrattuale*. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1959. Ristampa inalterata: Centro Stampa Università de Camerino, 1980.

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

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

SOUZA, Eduardo Nunes de. *Do erro à culpa na responsabilidade civil do médico: estudo na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

_____. *Por uma releitura funcional das invalidades do negócio jurídico*. Tese de Doutorado apresentada à Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Rio de Janeiro, 2016.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. As penas privadas no direito brasileiro. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flavio (Orgs.). *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TERRA, Aline de Miranda Valverde. Disgorgement of Profits in Brazilian Law. In: HONDIUS, Ewoud; JANSSEN, André (Coords.). *Disgorgement of profits: gain-base remedies throughout the world*. World. Ius Comparatum - Global Studies in Comparative Law, Springer International, 2015.

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*. Rio de Janeiro, n. 28, dez./2015.

TERRÉ, François; SIMLER, Philippe; LEQUETTE, Yves. *Droit civil: les obligations*. 11. ed. Paris: Dalloz, 2013.

VIEIRA GOMES, Júlio Manuel. *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1998.

Como citar: SILVA, Rodrigo da Guia. Contornos do enriquecimento sem causa e da responsabilidade civil: estudo a partir da diferença entre lucro da intervenção e lucros cessantes. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 5, n. 2, 2016. Disponível em: <<http://civilistica.com/contornos-do-enriquecimento-sem-causa/>>. Data de acesso.