

AS FRONTEIRAS ENTRE A RESTITUIÇÃO DO LUCRO ILÍCITO E O ENRIQUECIMENTO POR INTROMISSÃO

Nelson Rosenvald¹

1. INTRODUÇÃO

“É um fundamental princípio de justiça natural que ninguém deva injustamente se enriquecer as expensas de outrem”

(Pomponius- Digesto 12,6,14)

Indubitavelmente, o mais difundido equivalente funcional da restituição por lucros ilícitos é o enriquecimento injustificado. Todavia, temos que primeiramente compreender qual noção de enriquecimento injustificado é objeto de comparação. A final esse é um princípio demasiadamente amplo, podendo ser considerado como uma grande diretriz, posto que em última instância todo o direito privado pode ser reconduzido a proibição do enriquecimento injustificado, propiciando resultados excessivos.

Em um prólogo a uma obra sobre o enriquecimento injustificado, *Fernando Pantaleón* remete ao aprisionamento de *Hugo Grotius* (1583-1645) no Castelo de *Loevestein*, para indagar se o direito privado ainda se mantém encarcerado no referido castelo, com base na idealização formulada por *Grotius* para a ação de enriquecimento, com fundamento na equidade. Uma formulação pouco técnica, imprecisa e, insuficiente para responder aos problemas atuais do direito restitutório. Escapar do cárcere, demanda uma reformulação do conceito de enriquecimento injustificado, desprendendo-se da

¹ Doutor em Direito. Professor do IDP/DF. Procurador de Justiça do Ministério Público/MG

configuração tradicional e modernizando a matéria para delimitar rigorosamente os remédios jurídicos que resolvem importantes problemas práticos do direito privado.²

Com efeito, em países como França, Itália e Espanha o que ainda temos é a tradição romana do enriquecimento injustificado generalizante, como uma doutrina segregada da figura do “pagamento indevido”, mediante um exercício de abstração que conduz a um tratamento unitário de conflitos completamente heterogêneos. Contudo, com base nos desenvolvimentos da ciência jurídica alemã, cogita-se atualmente de uma tipologia dos principais conflitos de interesse que dão azo a um enriquecimento. Não deixa de resultar paradoxal que a leitura dos autores que mais estudaram o enriquecimento injustificado - analisando os prós e contras dos distintos sistemas jurídicos - preferiram o modelo tipológico ao unitário. Por sua vez, os legisladores – tanto os francófonos como germanófilos e anglo-saxões optam por fórmulas mais basicamente unitárias.³ Por conseguinte, o tratamento da matéria conforme o viés unificador ou tipológico facilitará a compreensão da explanação que virá adiante.

E aqui se esclarece a razão da nossa insistência em evoluir do sistema francês para o alemão. Na tipologia desenvolvida pela doutrina alemã, entre as categorias paulatinamente edificadas há espaço para o modelo do enriquecimento injustificado por intromissão de direitos (*Eingriffskondition*). Em contrapartida, na *common law*, o enriquecimento decorrente da violação de direitos é tratado no interno na responsabilidade extracontratual. Ou seja, surgem duas formas alternativas de se pensar o problema da expropriação dos benefícios indevidos, cada qual com seus prós e contras. Todavia, essa eleição entre um refinamento do enriquecimento ou um refinamento da responsabilidade civil é uma impossibilidade vigente no direito francês (e também no direito brasileiro), pois nenhum dos dois setores obrigacionais sofreu o desejado “refinamento”. Por um lado, não se concedeu destaque para a rica taxonomia do enriquecimento, o que permitiria discutir o lucro decorrente da intervenção com requisitos próprios e distintos de outras espécies de enriquecimento. Por outro, mantém-se a perspectiva da responsabilidade civil como mecanismo de transferência de danos injustos,

²PANTALEÓN, Fernando Prieto. “Prólogo” a Basozábal Arrúe. *Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno*, p. 14.

³RUBIO, Maria Paz Garcia. *Propuestas o modelos de regulación del enriquecimiento sin causa*, p. 246/7.

inviabilizando-se a discussão sobre *gain based damages*, seja pela via do *disgorgement* como do *reasonable fee*.

2. DO “MONOENRIQUECIMENTO” AO “POLIENRIQUECIMENTO” INJUSTIFICADO

As dificuldades para fixar regras são certamente maiores no direito do enriquecimento que em outros âmbitos do direito privado (como os contratos ou a responsabilidade civil), pelo fato desse modelo desempenhar uma função auxiliar de “fechamento”, preenchendo vazios e corrigindo desvios entre as demais atribuições patrimoniais do direito privado. Essas dificuldades se intensificam na medida em que sistemas da *civil law* insistam na manutenção de um modelo unitário de enriquecimento, em detrimento de uma necessária tipologia que possa abarcar grupos de casos semelhantes. Como observa Jan Smiths, em crítica à redação do *Draft Common Frame of Reference* (DCFR), se a função do direito de enriquecimento é residual, tal função não pode ser levada a cabo em um modelo unificado em que todas as pretensões se meçam pelos mesmos requisitos, mas em nível de cada direito nacional, adaptando-se as peculiaridades e estrutura interna de cada ordenamento jurídico.⁴

A dificuldade de estabelecimento de limites se intensifica pela obscuridade que cerca o enriquecimento injustificado. Trata-se de um setor normativo muito mais impreciso que o contrato ou o ilícito extracontratual, de modo que a restituição não responde a critérios da mesma generalidade (ou homogeneidade) que as indenizações por incumprimento contratual ou por danos, já que não se pode assumir uma regra geral de restituição de todo e qualquer ganho que seja recebido de terceiros sem justificação na lei ou em contrato. Há uma enorme dificuldade em se construir uma explicação unitária da figura do

⁴ SMITHS, Jan. *An European Law on unjustified enrichment*, p. 180.

enriquecimento sem causa, por sua excessiva abstração, daí a formação de teorias com base em tipos ou grupos de casos.^{5 6}

Tendo em vista a nossa perspectiva de um enquadramento remedial da restituição, permitindo que essa pretensão seja vinculada não apenas ao fato jurídico do enriquecimento, mas também a violação de contratos e cometimento de ilícitos extracontratuais, é de grande importância que seja rompido o modelo unitário do direito de enriquecimento em favor de grupos de casos e tratamento das questões por tipos. Daí a nossa menção aos neologismos, “monoenriquecimento” e “polienriquecimento”, como ênfase ao aprimoramento da doutrina brasileira - a partir da sintonia fina sobre o conceito indeterminado do “enriquecimento sem causa” -, em um trabalho de “garimpagem” do mosaico de fatos jurídicos que dão margem a uma indevida transferência patrimonial. Ilustrativamente, não é possível tratar hipótese de *condictio* por prestação (liquidações contratuais ou pagamento por erro) junto às hipóteses de *condictio* de intromissão ilícita por uso e desfrute de bens alheios, que complementam a responsabilidade civil em um contexto de proteção de bens e direitos, pois tanto a indenização por danos causados ao titular de um direito, como a restituição dos proveitos ilegítimamente obtidos pelo demandado são peças que contribuem, cada uma de sua perspectiva, a proteção de direitos e posições jurídicas equiparáveis.⁷

O fato é que hoje as fundações do enriquecimento injustificado do século XIX estão em ruínas. A ação unitária de enriquecimento injustificado foi dividida em diferentes ações de naturezas jurídicas bastante divergentes. Essas ações não estão necessariamente limitadas ao valor que sobrevive; e a fórmula de *Savigny (shifting-of- property)* não desempenha mais nenhum papel significativo. De fato, atualmente existe uma enorme lacuna entre a redação das cláusulas gerais dos códigos sobre enriquecimento injustificado e a lei como ela é realmente aplicada. Não é de surpreender que o progresso

⁵ Enrique Barros Bourie explica que “la vida en común supone que unos obtengamos provecho de los otros de las maneras mas disimiles, sin que sea razonable llevar una cuenta corriente de esos beneficios...los beneficios que nos proveemos son de índoles muy diversas; y, aunque se establecer un método de medición, los costos de transacción que envolvería esa medición serian inabordables”, *Derecho de daños*, p. 17. Citando Jean Carbonnier, o autor presume que por isso a restituição seja conhecida como a mais romântica das ações.

⁶ De acordo com Maria Paz Garcia Rubio, a grande dificuldade de abrigar a restituição no guarda-chuva do enriquecimento sem causa é a heterogeneidade de hipóteses concretas. *Restitución de beneficios obtenidos por intromisión en derecho ajeno*, p. 89.

⁷ ARRUE, Xavier Basozabal. *Propuestas unitarias v. propuestas tipológicas en la modernización del derecho de enriquecimiento*, p. 228.

doutrinário só tenha sido feito quando juristas começaram a desenvolver argumentos independentemente da substância conceitual das normas sobre enriquecimento injustificado.⁸

Daí, apesar da destinação original ao contexto austríaco e alemão, há uma importância considerável em nível de direito comparado do enfoque no “mapa universal” do direito do enriquecimento injustificado, a luz da taxonomia de *Wilburg e Von Caemmerer*, que se inicia pela básica e principal distinção entre o enriquecimento por prestação⁹ (*Leistung*) e outras formas de enriquecimento desvinculadas de uma prestação. A doutrina se distanciou da construção Pandectística de uma configuração unitária do enriquecimento injustificado, estampada no § 812 BGB, mas com base na dualidade contemplada pelo mencionado dispositivo¹⁰ e iniciou o caminho da teoria da diferenciação. A opção pela tese diferenciadora ou tipológica se tornou dominante na doutrina germânica, como especial repercussão pela classificação efetuada por *König*, que distinguiu as hipóteses de enriquecimento por prestação -*leistungskondiktion*, do *Eingriffskondiktion* - enriquecimento por intromissão em direitos alheios e do *Verwendungskondiktion* - o enriquecimento por inversão ou desembolso, que produz melhorias em bens alheios, sem se olvidar de incluir uma cláusula geral de caráter residual quando não forem aplicáveis as hipóteses anteriores.

As regras unitárias de enriquecimento injustificadas nos §§ 812 a 822 do BGB foram baseadas em suposições doutrinárias do século XIX que já foram superadas há muito tempo. Por isso, fala-se de uma convicção quase que generalizada da necessidade de adoção das novas abordagens tipológicas, com repercussão substancial na configuração normativa do direito do enriquecimento, entre eles, a erradicação dos pressupostos gerais para a ação de enriquecimento, o que torna esta instituição altamente imprevisível.¹¹ Não há incompatibilidade em construir um sistema normativo diferenciador, de maneira que cada uma das situações de enriquecimento injustificado tenha os seus próprios requisitos

⁸ JANSEN, Nils. *In, Farewell to unjustified enrichment?* p. 14.

⁹ A noção de enriquecimento por prestação se distancia do pagamento indevido (base do sistema francês), pois o pagamento é apenas um dos tipos de prestação, que se restringe a cumprimentos realizados com o propósito de extinguir obrigações, enquanto no direito alemão alcança o cumprimento baseado em outros propósitos.

¹⁰ “(1) 1 Quem obtém algo sem razão legal pela prestação de outro ou de qualquer outra forma à sua custa, é obrigado a restituir. 2 Esta obrigação também existe se a razão legal deixar de existir mais tarde ou se o resultado pretendido por um serviço de acordo com o conteúdo da transação legal não se concretizar”.

¹¹ CERVANTES, Carles Vendrell. *El enriquecimiento injustificado en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo*, p. 308.

e pressupostos jurídicos materiais e que todas se conectem a um fundamento normativo (tal como uma cláusula geral) que permita exercitar materialmente uma pretensão.

Infelizmente, há um divórcio entre o que deseja a doutrina e a acomodação legislativa, mantida a configuração unitária tradicional. Portanto é censurável, tal como se vê do DCFR, persistir na edificação de um único fundamento para a pretensão de enriquecimento injustificado. Ao dispor no Livro VII, Capítulo 1, a regra básica (1.101) pela qual “quem obtém um enriquecimento injustificado a custa de outrem está obrigado a restituí-lo”, o projeto traz um grau de abstração e indefinição insatisfatórios, deixando de reconhecer pretensões restitutórias distintas para os grupos de casos típicos amplamente reconhecidos na maior parte dos ordenamentos – consistentes em enriquecimento por atribuição, prestação, intromissão e melhorias.

“É justo por natureza que ninguém se enriqueça à custa de outrem”. A declaração, atribuída ao jurista Romano *Pomponius* é universalmente conhecida.¹² De fato, toda jurisdição possui remédios legais para retificar ganhos não aprovados pela legislação. Não obstante, até agora não existe um consenso sobre o significado da declaração de *Pomponius*. Trata-se de uma mera máxima de equidade, ou então uma regra substantiva de direito, diretamente aplicável? Sempre houve receio de uma influência ilimitada da justiça natural. Porém, por outro lado sempre houveram tentativas de sistematização das pretensões existentes para a restituição de benefícios indevidos, com objetivação de requisitos e características próprias.

A origem histórica do enriquecimento sem causa foi profundamente estudada por *Díez-Picazo* – principal referência do direito civil patrimonial espanhol na segunda metade do século XX - desde as suas raízes na exegese, glosa e comentários à referida citação de *Pomponius*, como dos textos sobre as *condictiones* em que aquele se fundava, completada com a chamada *actio in rem verso*. A ideia subjacente destas figuras foi desenvolvida pela Escola de Direito Natural racionalista, que reuniu diversas hipóteses restitutórias em um conceito genérico e abstrato, legisladas no Código civil austríaco de 1811. O conceito unitário de enriquecimento sem causa foi desenvolvido por Savigny,¹³

¹² Digesto.12.6.14 – *Nam hoc naturae aequum est, neminem cum alterius detrimento fieri locupletionem*

¹³ Explica Nils Jansen, que não foi até Savigny, no entanto, que a cláusula geral do enriquecimento foi finalmente reconhecida. Savigny havia explicado que todas as *condictio* romana se baseiam em um enriquecimento injustificado vindo da propriedade do credor. Com essa formulação abstrata, conhecida como “shifting of property formula”, ele definiu o ponto de partida para os desenvolvimentos do século

herdado pela Pandectística, passando depois ao BGB (§§812 s). Também foi admitido no Código suíço das obrigações (arts. 62-7), no CC italiano (art. 2041), que atribuiu à ação caráter subsidiário, admitida unicamente quando o interessado não disponha de outro meio para alcançar o seu interesse (art. 2.042) e, com similares características o CC de Portugal (arts. 473 e 474).¹⁴

A maioria dos sistemas jurídicos se serve de uma ação de enriquecimento injustificado composta por três elementos: a) o demandado tenha recebido um benefício; b) às expensas do demandante; c) sem justificativa, ou seja, sem base legal ou de outra forma injusta. Não existe uma abordagem unificada para interpretar os critérios b e c, e, se particularmente a ação também requer que o demandante tenha sofrido um prejuízo. De qualquer forma, o enriquecimento injustificado é considerado uma contrapartida do direito contratual e da responsabilidade civil. Todavia, as questões relacionadas a sua *ratio*, escopo de aplicação e, particularmente, se deve haver um setor autônomo do enriquecimento injustificado, são temas de infundáveis discussões. As pretensões restitutórias em caso de transferências indevidas, remoção de lucros decorrentes de violações de direitos, reembolso de despesas em caso de assistência em emergência, repartição entre devedores solidários, são hipóteses de partes distintas de um instituto do enriquecimento injustificado ou se tratam de modelos jurídicos distintos?¹⁵

Se em um primeiro momento, o modelo do enriquecimento injustificado ajudou os juristas a superarem as antigas categorias dos quase-contratos e quase-delitos - categorias de nenhum valor doutrinário ou força explicativa – por outro, a abstração do conceito de enriquecimento sem causa fez com que, tempos depois, os civilistas reanalisassem completamente as várias ações agrupadas sob o guarda-chuva desse conceito, permitindo a identificação dos fundamentos adequados de cada qual dessa formas de enriquecimento. Como resultado desse processo, o outrora unificado direito de enriquecimento se

XIX. Posteriormente, os pandectistas presumiram que todas as condições se baseavam no fato de que algum benefício havia sido transferido da propriedade de uma pessoa para outra. In, *Farewell to unjustified enrichment?* p, 10.

¹⁴ DIÉZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, I, p. 108/12. O autor investe na posição majoritária, pela qual é impossível construir uma explicação unitária sobre o enriquecimento sem causa por sua excessiva abstração, preferindo acudir a uma tipologia com grupos de casos em que é possível reclamar a restituição, divididos em três tipos de *condictiones* (ações dirigidas a exigir a restituição): a) a *condictio* da prestação; b) a *condictio* por intromissão; a *condictio* por inversão ou desembolso. Op.cit, p. 124.

¹⁵ MEIER, Sonja. *The Max Planck Encyclopedia*, vol. II, p. 1745.

fracionou em partes, deixando de ser um campo integrado do direito com um conjunto de princípios comuns e regras uniformemente aplicadas.

Esses questionamentos demonstram como é delicada a delimitação de fronteiras no mapa do direito das obrigações: sobremaneira a zona *gris* que delimita responsabilidade civil e o enriquecimento sem causa. Nas jurisdições da *civil law*, a restituição dos ganhos decorrentes da intervenção em esfera jurídica alheia é respaldada pelo enriquecimento sem causa.¹⁶ Carneiro da Frada é enfático no sentido da inexistência de qualquer conexão intrínseca de significado entre a remoção do lucro e a prevenção em sede de responsabilidade civil: “estando em jogo a interferência do autor da lesão em direitos que confirmam um espaço reservado de atuação ao respectivo titular (direitos de exclusividade), a teoria do conteúdo da destinação (*zuweisungsgehalt*) encarregar-se-á de justificar, segundo os princípios do enriquecimento sem causa a obrigação de restituir os lucros obtidos com a lesão”.¹⁷

Apesar de tudo, tentaremos demonstrar que tanto no âmbito teórico como no aspecto prático, é limitado o significado do enriquecimento injustificado para a remoção de ganhos ilícitos. Para tanto, devemos previamente avaliar o *Zeitgeist* da matéria no direito brasileiro.

¹⁶ No direito Português, escreve Diogo Leite Campos que “no enriquecimento sem causa, o que provoca a reação da lei é a vantagem ou aumento injustificado do patrimônio do enriquecido (independentemente do modo como tal enriquecimento se verificou) e não a possível perda ou diminuição produzida no patrimônio do credor da obrigação de restituir. Reflete-se aqui uma importante distinção entre o enriquecimento sem causa e a responsabilidade civil (e demais fontes das obrigações): existe entre ambos os institutos uma diferença de nível ou plano. No enriquecimento sem causa atende-se exclusivamente ao efeito (enriquecimento), o que se espelha no fato deste instituto ter uma função meramente restitutória e não sancionatória. Na responsabilidade civil, embora se vise preferentemente o efeito (o dano), atende-se também ao ato gerador (a ação ilícita). Esta diferença de plano justifica-se, fundamentalmente por os fenômenos de enriquecimento se alargarem a todo o direito de circulação de bens originados pelos mais diversos factos, tendo por isto o instituto do enriquecimento sem causa de prescindir da fonte desse enriquecimento se quiser, como é sua finalidade, preencher as lacunas desse mesmo direito. Portanto, é o enriquecimento que a lei, sem mais indagações, pretende remover, transferindo-o do patrimônio do enriquecido para o do credor da obrigação de restituir. O dano que o credor da obrigação de restituir tenha sofrido é indiferente as normas do enriquecimento sem causa”. In *A subsidiariedade da obrigação de restituir o enriquecimento*, p. 323).

¹⁷ FRADA, Carneiro da. *Direito civil – responsabilidade civil. O método do caso*, p. 67.

3. A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA RECENTE

Como forma adequada de expor nosso ponto de vista absolutamente refratário à tese da aplicação subsidiária do enriquecimento injustificado à remoção de ganhos indevidos em razão da insuficiência do aludido modelo para abarcar um remédio restitutivo devidamente justificado por um fato ilícito, pretendemos expor primeiramente o cenário doméstico vigente.

O enriquecimento sem causa se tornou no direito brasileiro recente a rota natural para que se supra a lacuna legislativa quanto a um remédio de restituição de lucros ilícitos. Há uma tendência em curso ao concerto entre doutrina e jurisprudência quanto ao modelo jurídico nomeado como “lucro da intervenção”.

Porém essa figura não resulta de uma interpretação normativa, porém de pura criação jurisprudencial. Evidentemente o Código Civil brasileiro de 2002 optou por um modelo unitário de enriquecimento sem causa no Capítulo IV do Título VII do Livro de Obrigações, dentre os considerados “atos unilaterais” (junto à promessa de recompensa, pagamento indevido e gestão de negócios). “Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários” (art. 884, CC/02) Instala-se um paradoxo, haja vista que o caráter generalizante da referida ação não cobre os principais casos de enriquecimento injustificado, como as melhorias realizadas em patrimônio alheio ou a intromissão em bens alheios para fins do uso, gozo, consumo ou disposição.

A melhor forma de explanar esse déficit legislativo consiste em destacar o *leading case* “Giovanna Antonelli”, decidido em outubro de 2018, pelo Superior Tribunal de Justiça (REsp 1698701-RJ).¹⁸ Faremos referência ao raciocínio adotado para embasar a

¹⁸ RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. USO INDEVIDO DE IMAGEM. FINS COMERCIAIS. ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. ART. 884 DO CÓDIGO CIVIL. JUSTA CAUSA. AUSÊNCIA. DEVER DE RESTITUIÇÃO. LUCRO DA INTERVENÇÃO. FORMA DE QUANTIFICAÇÃO. “1. Calcado no artigo 884 do Código Civil e no princípio norteador da vedação ao enriquecimento sem causa, o dever de restituição do lucro da intervenção, ou seja, daquilo que é auferido mediante indevida interferência nos direitos ou bens jurídicos de outra pessoa, surge não só como forma de preservar a livre disposição de direitos, nos quais estão inseridos os direitos da personalidade, mas também de inibir a prática de atos contrários ao ordenamento jurídico naquelas hipóteses em que a reparação dos danos causados, ainda que integral, não se mostra adequada a tal propósito”, declarou o ministro. 2. Ação de indenização proposta por atriz em virtude do uso não autorizado de seu nome e da sua imagem em campanha publicitária. Pedido de reparação dos danos morais e patrimoniais, além da restituição de todos os

decisão, bem como a citação a parte da doutrina que serviu de referência ao desfecho do caso. Em síntese, a *vexata quaestio* se referiu à apuração do lucro da intervenção obtido por uma farmácia de manipulação com o uso indevido da imagem da famosa atriz para vender um produto. Isto é, sem contrato ou autorização, a farmácia utilizou o nome e a imagem de Giovana Antonelli de forma sugestiva para alavancar as vendas de um composto “detox” que teria efeitos de emagrecimento.

Em primeiro grau, a sentença condenou a empresa à retratação pública, além do pagamento de indenização de R\$ 30 mil por danos morais. O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ) incluiu na condenação o montante correspondente ao lucro da intervenção, fixado em 5% sobre o volume de vendas do produto. No recurso ao STJ, Giovanna Antonelli afirmou que o TJRJ restringiu o alcance da norma disposta no artigo 884 do CC ao arbitrar determinado percentual sobre as vendas, independentemente de apurar o efetivo enriquecimento patrimonial obtido. Segundo o Ministro relator Villas Bôas Cueva, o relativo ineditismo da questão do lucro da intervenção trazia consigo a dificuldade de enquadramento em algum dos institutos de direito civil. A forma utilizada para contornar o obstáculo foi o de fundamentar o dever da restituição do lucro da intervenção no enriquecimento sem causa. O denominado lucro da intervenção, de acordo com o conceito trazido por Sérgio Savi, representa o “(...) lucro obtido por aquele que,

benefícios econômicos que a ré obteve na venda de seus produtos.³ Além do dever de reparação dos danos morais e materiais causados pela utilização não autorizada da imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais, nos termos da Súmula no 403/STJ, tem o titular do bem jurídico violado o direito de exigir do violador a restituição do lucro que este obteve às custas daquele.⁴ De acordo com a maioria da doutrina, o dever de restituição do denominado lucro da intervenção encontra fundamento no instituto do enriquecimento sem causa, atualmente positivado no art. 884 do Código Civil.⁵ O dever de restituição daquilo que é auferido mediante indevida interferência nos direitos ou bens jurídicos de outra pessoa tem a função de preservar a livre disposição de direitos, nos quais estão inseridos os direitos da personalidade, e de inibir a prática de atos contrários ao ordenamento jurídico.⁶ A subsidiariedade da ação de enriquecimento sem causa não impede que se promova a cumulação de ações, cada qual disciplinada por um instituto específico do Direito Civil, sendo perfeitamente plausível a formulação de pedido de reparação dos danos mediante a aplicação das regras próprias da responsabilidade civil, limitado ao efetivo prejuízo suportado pela vítima, cumulado com o pleito de restituição do indevidamente auferido, sem justa causa, às custas do demandante.⁷ Para a configuração do enriquecimento sem causa por intervenção, não se faz imprescindível a existência de deslocamento patrimonial, com o empobrecimento do titular do direito violado, bastando a demonstração de que houve enriquecimento do interventor. 8. Necessidade, na hipótese, de remessa do feito à fase de liquidação de sentença para fins de quantificação do lucro da intervenção, observados os seguintes critérios: a) apuração do *quantum debeatur* com base no denominado lucro patrimonial; b) delimitação do cálculo ao período no qual se verificou a indevida intervenção no direito de imagem da autora; c) aferição do grau de contribuição de cada uma das partes e d) distribuição do lucro obtido com a intervenção proporcionalmente à contribuição de cada partícipe da relação jurídica”

sem autorização, interfere nos direitos ou bens jurídicos de outra pessoa e que decorre justamente desta intervenção"¹⁹

Anote-se que a referida decisão igualmente se apoiou em argumentos de direito comparado²⁰ e no recente Enunciado 620 da VIII Jornada de Direito Civil (abril de 2018), que interpretou o artigo 884 do Código Civil, “a obrigação de restituir o lucro da intervenção, entendido como a vantagem patrimonial auferida a partir da exploração não autorizada de bem ou direito alheio, fundamenta-se na vedação do enriquecimento sem causa”.

A decisão em questão levanta uma série de desafios. O primeiro deles consiste em compreender por qual razão se fez apelo ao enriquecimento sem causa quando todas as peculiaridades do caso indicavam por uma perfeita oportunidade de aplicação do remédio da remoção dos ganhos indevidos no interno da responsabilidade civil.

No entender do relator, a inclusão do lucro da intervenção na indenização devida àquele que tem o seu direito violado aparenta conflitar com o princípio da reparação integral e com o disposto no art. 944 do Código Civil – “segundo o qual a indenização se mede pela extensão do dano”, não se mostrando a responsabilidade civil o instituto mais

¹⁹ SAVI, Sérgio. Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa. pág. 7. Segundo o autor, quando o ofensor intervém na esfera jurídica alheia, normalmente usando, consumindo ou dispondo de bens ou direitos de outrem, as regras tradicionais da responsabilidade civil podem não ser suficientes enquanto sanção pela violação de um interesse merecedor de tutela. O ato do interventor pode não causar danos ao titular dos bens ou direitos. Quando causar danos, os lucros obtidos pelo interventor podem ser superiores aos danos causados à vítima. Na primeira hipótese, não há que se falar em responsabilidade civil, pois para que se conceda a indenização é indispensável que a vítima tenha efetivamente experimentado um prejuízo. Na célebre frase de Henri Lalou: 'Pas de prejudice, pas de responsabilité civile'. Já quando os lucros obtidos forem superiores aos danos causados, mesmo após indenizar a vítima, o ofensor estará em uma situação melhor do que estava antes da prática do ato não tutelado pelo ordenamento jurídico. Afinal, como a indenização é medida pela extensão do dano (CC, art. 944), nas hipóteses de lucros superiores aos danos causados, o saldo positivo entre lucros obtidos e prejuízo indenizado permanecerá em definitivo no patrimônio do interventor. Tal situação poderia servir de estímulo para a violação a institutos fundamentais para a vida em sociedade, como a propriedade, o contrato e os direitos da personalidade. Diante da ineficácia das tradicionais regras da responsabilidade civil para lidar com o problema do lucro da intervenção, buscou-se no ordenamento jurídico brasileiro uma solução alternativa. Em razão de suas características e funções, concluiu-se que o lucro da intervenção deve ser dogmaticamente enquadrado no enriquecimento sem causa”.

²⁰ CAMPOS, Diogo Leite de: “Através do mecanismo da responsabilidade civil, a lei não pretende atribuir outros efeitos ao enriquecimento, no sentido do art. 474, pois ela não pensou nele, mas tão só em reparar um dano. Nestes termos, a referência ao dano não impedirá a restituição do enriquecimento, se este lhe for superior. Trata-se de uma verdadeira lacuna a preencher pelo enriquecimento sem causa. E isso porque, como visto, ao contrário da responsabilidade civil, o enriquecimento sem causa tem por função específica remover o enriquecimento. A reação do ordenamento jurídico é contra o aumento injustificado do patrimônio do enriquecido e não contra os possíveis prejuízos sofridos pelo titular do direito (o 'empobrecido')”. In *A Subsidiariedade da obrigação de restituir o enriquecimento*, p. 92 a 95)

apropriado para lhe dar guarida. Isso porque, em determinadas hipóteses, a vantagem patrimonial obtida por meio da indevida intervenção em direitos ou bens jurídicos alheios, objeto do pedido de restituição, superará o próprio prejuízo sofrido pelo titular do direito.²¹

Contudo, um segundo desafio para o acesso ao modelo do enriquecimento sem causa consistia em justificar como a atriz poderia obter a restituição de ganhos, tendo em vista que o artigo 884 do Código civil dispõe que “Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários”. A expressão “enriquecer à custa de outrem”, a princípio pressupõe uma transferência de patrimônio do empobrecido para o enriquecido, um nexo causal entre o agravamento de uma posição jurídica e o consequente acréscimo econômico daquele que se beneficia. No caso referido, a atriz evidentemente não “empobreceu” ou deslocou um ativo para a farmácia de manipulação que fez uso inconsciente de sua imagem.

Nada obstante, segundo o relator, “para a configuração do enriquecimento sem causa por intervenção, não se faz imprescindível a existência de deslocamento patrimonial, com o empobrecimento do titular do direito violado, bastando a demonstração de que houve enriquecimento do interventor”.²² Nesse particular, a decisão fez alusão ao Enunciado n. 35 do Conselho de Justiça Federal, com o seguinte texto: “A expressão 'se enriquecer à custa de outrem' do art. 886 do novo Código Civil não significa, necessariamente, que deverá haver empobrecimento” (grifou-se). Para a configuração do enriquecimento sem causa por intervenção, portanto, não se faz imprescindível a existência de deslocamento

²¹ A esse respeito, observa Maria Cândida do Amaral Kroetz: “(...) A questão que se coloca neste momento é a de se saber qual instituto jurídico seria suficiente para dar fundamento à pretensão do titular do bem de exigir o lucro da intervenção. Ocorre que a responsabilidade civil, entendida como geradora da obrigação de reparar um dano, nem sempre se revela suficiente para justificar a restituição de um lucro, ainda que ilicitamente obtido, quando este é superior ao dano provocado.” (Enriquecimento sem causa no direito civil brasileiro contemporâneo e recomposição patrimonial. Tese (Doutorado) - Universidade Federal do Estado do Paraná, Faculdade de Direito, orientador Professor Luiz Edson Fachin, 2005, pág. 160)

²² Essa, a propósito, é a opinião de Giovanni Ettore Nanni: “ Não se exige o empobrecimento como requisito indispensável para a caracterização do enriquecimento sem causa e, consequentemente, para o exercício da ação de enriquecimento. Em variadas vicissitudes, inclusive de vantagem obtida não patrimonial, o empobrecimento pode não ser configurado de forma concreta no patrimônio do empobrecido, mas, de qualquer forma, fica tipificado o enriquecimento sem causa. Nessas circunstâncias, negar a utilização da ação de enriquecimento pela ausência do requisito do empobrecimento significaria obnubilar a segurança jurídica que representa o acolhimento do enriquecimento sem causa na nova ordem civil.” (Enriquecimento sem causa, p. 276).

patrimonial, com o empobrecimento do titular do direito violado, bastando a demonstração de que houve enriquecimento do interventor.

Em adendo, conforme se extrai do acordo, a cláusula geral da proibição do enriquecimento sem causa também contempla a situação de alguém obter um enriquecimento por uma ingerência não-autorizada no patrimônio alheio, como sucederá nos casos de uso, consumo, fruição ou disposição de bens alheios. A doutrina alemã há muito tem qualificado o caso como enriquecimento por intervenção (*Eingriffskondiktion*).²³ Assim, com base na cláusula geral do art. 884, deve ser atribuída, nessas hipóteses, ao titular uma pretensão à restituição do enriquecimento sem causa, sempre que essa pretensão não seja excluída pela aplicação de outro regime jurídico. O fim da pretensão será a recuperação da vantagem patrimonial obtida pelo interventor, o que ocorrerá sempre que, de acordo com a repartição dos bens efetuada pela ordem jurídica, essa vantagem se considere como pertencente ao titular do direito. Acresça-se que, ainda segundo o Ministro relator, “tal solução pode ser confirmada pelo fato de o art. 12 do Código Civil brasileiro admitir que a violação dos direitos de personalidade não apenas desencadeie perdas e danos, mas também outras sanções legais, entre as quais naturalmente se incluirá a restituição por enriquecimento sem causa.”

Um terceiro desafio para erigir o enriquecimento sem causa como equivalente funcional da restituição por lucros ilícitos consiste em superar a natureza subsidiária da pretensão de enriquecimento sem causa. Com efeito, de acordo com o art. 886, do Código Civil, “Não caberá a restituição por enriquecimento, se a lei conferir ao lesado outros meios para se ressarcir do prejuízo sofrido”. Entretanto, para o relator - novamente amparado no direito comparado -²⁴ a subsidiariedade da ação de enriquecimento sem

²³ “As hipóteses mais comuns de enriquecimento por intervenção reconduzem-se às intervenções em direitos absolutos, como os direitos reais, os direitos autorais e da propriedade industrial, e os direitos de personalidade. No caso dos direitos reais, o *uti, frui, abuti* sobre a coisa cabe exclusivamente ao proprietário (art. 1.228), pelo que o gozo ou disposição por outrem não-autorizados legitimam sempre o titular a exigir a restituição por enriquecimento, embora não tenha sofrido qualquer prejuízo efetivo. No caso dos direitos autorais e da propriedade industrial, há igualmente uma atribuição exclusiva de um bem imaterial ao titular do direito correspondente, pelo que a ingerência não-autorizada pelo titular (publicação de uma obra alheia; utilização de patentes, modelos de utilidade ou marcas alheias) deverá permitir-lhe o recurso à ação de enriquecimento. Finalmente, quanto aos direitos de personalidade, o fato de, na atual sociedade econômica, ter-se vindo a verificar cada vez mais um aproveitamento comercial dos bens de personalidade implica o reconhecimento ao seu titular de um direito à restituição do enriquecimento obtido pela ingerência nesses bens sem autorização do respectivo titular (utilização do nome, imagem, ou divulgação de fatos relativos à vida privada doutrem com intuítos comerciais)”.

²⁴ MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de: “A referida norma pretende estabelecer que a ação de enriquecimento seja o último recurso a utilizar pelo empobrecido. Estar-lhe-á, por isso, vedada a sua

causa não impede que se promova a cumulação de ações, cada qual disciplinada por um instituto específico do Direito Civil, sendo perfeitamente plausível a formulação de pedido de reparação dos danos mediante a aplicação das regras próprias da responsabilidade civil, limitado ao efetivo prejuízo suportado pela vítima, cumulado com o pleito de restituição do indevidamente auferido, sem justa causa, às custas do demandante.

Por fim, o relator lembrou que muito mais complexo do que reconhecer o dever de restituição dos lucros auferidos por meio da indevida utilização da imagem da atriz é a quantificação desse valor. Haveriam dois caminhos, buscar o lucro real, ou objetivo, e lucro patrimonial, ou subjetivo: O chamado lucro real equivaleria ao valor normalmente cobrado pela autora para autorizar, por meio de um contrato regularmente celebrado, a utilização de sua imagem em uma campanha publicitária de iguais proporções – valor de mercado da exploração comercial da imagem. Como parâmetro de quantificação não foi esse o lucro adotado, tendo-se entendido que, da reparação desse específico prejuízo já se encarrega o instituto da responsabilidade civil, limitando-se aos danos efetivamente sofridos. Portanto, considerou-se que o “preço razoável de uso” não é um *gain-based damages*, porém, apenas um método alternativo de compensação de danos.²⁵ Para o relator, incidem as regras do enriquecimento sem causa com vistas à restituição do lucro

utilização no caso de possuir outro fundamento para uma ação de restituição (como em caso de anulação do contrato por erro ou dolo – arts. 138 e ss.), no caso de a lei pretender que a aquisição à custa de outrem seja definitiva (como nas hipóteses de usucapião – arts. 1.238 e ss. – e prescrição – arts. 189 e ss.) ou quando a lei atribui outros efeitos ao enriquecimento sem causa (como na modificação do contrato, em caso de lesão – arts. 157 e ss. ou por onerosidade excessiva – arts. 478 e ss.). Essa exclusão ocorrerá mesmo que a ação concorrente não possa já ser exercida por ter decorrido o prazo respectivo, sob pena de perder sentido o estabelecimento desse prazo. Uma análise mais cuidada do regime do enriquecimento sem causa permite, porém, concluir que a denominada 'regra da subsidiariedade' não tem um alcance absoluto. A ação de enriquecimento não parece pressupor que o empobrecido tenha perdido a propriedade sobre as coisas obtidas pelo enriquecido, pelo que ela pode concorrer com a reivindicação. Também é manifesto que a ação de enriquecimento poderá concorrer com a responsabilidade civil, sempre que esta não atribua uma proteção idêntica à da ação de enriquecimento. Não parece assim que a regra do art. 886 consagre uma subsidiariedade geral da ação de enriquecimento, mas antes uma incompatibilidade de pressupostos entre as situações referidas e essa ação. Efetivamente, se a lei determina a subsistência do enriquecimento é porque lhe reconhece justa causa e, se atribui algum direito ao empobrecido em consequência da situação ocorrida, fica excluída a obtenção de enriquecimento à custa de outrem. Não parece existir, por isso, uma verdadeira subsidiariedade do enriquecimento sem causa, funcionando muitas vezes a invocação de tal regra como um 'cripto argumento', destinado a evitar uma utilização desproporcionada da cláusula geral do art. 884." (O enriquecimento sem causa no novo código civil brasileiro. In: Revista CEJ, v. 8, n. 25, págs. 24-33, abr./jun. 2004)

²⁵ “De fato, não se pode limitar a pretensão daquele que teve o seu direito de imagem violado ao valor que a ele seria devido em uma regular contratação. Na feliz expressão utilizada pelo Ministro Vitor Nunes Leal em precedente da Corte Suprema, ‘a consequência do ato vedado não pode ser a mesma do ato permitido (RE nº 56.904/SP, DJ 5/10/1966)’”

patrimonial ao seu verdadeiro titular, pois o art. 884 do Código Civil é categórico ao determinar a restituição do que for indevidamente auferido, a revelar a intenção do legislador de que seja, então, devolvido o que aqui se denominou "lucro patrimonial".

Assim, considerou o relator que seria mais sensato o perito analisar o incremento de vendas do produto e, com base nessa informação, aferir em que medida a exploração desautorizada da imagem da autora influiu no lucro obtido pelo interventor. No voto acompanhado pela unanimidade do colegiado, o ministro estabeleceu alguns parâmetros a serem utilizados pelo perito judicial para chegar ao montante a ser restituído: a) apuração do *quantum debeatur* com base no denominado lucro patrimonial; b) delimitação do cálculo ao período no qual se verificou a indevida intervenção no direito de imagem da autora; c) aferição do grau de contribuição de cada uma das partes mediante abatimento dos valores correspondentes a outros fatores que contribuíram para a obtenção do lucro, tais como a experiência do interventor, suas qualidades pessoais e as despesas realizadas; e d) distribuição do lucro obtido com a intervenção proporcionalmente à contribuição de cada partícipe da relação jurídica.

4. A INSUFICIÊNCIA DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA COMO ALTERNATIVA À RESTITUIÇÃO POR LUCROS ILÍCITOS

4.1 Enriquecimento sem causa como fonte obrigacional residual

“O enriquecimento sem causa precisa de pelo menos alguns livros em que seja tratado isoladamente, o que é a prova de sua independência. Porém, nada há de errado com livros sobre o direito restitutório como um todo, desde que sejam internamente compartimentados, de forma a distinguir entre diferentes fatos jurídicos que dão origem ao direito de restituição, como uma condenação baseada em ganhos, de natureza multicausal. Via de consequência, um livro sobre a restituição de ganhos é muito diferente de um livro sobre o enriquecimento sem causa propriamente dito, porque o

enriquecimento sem causa é apenas um dos seus eventos causadores, embora o mais importante. (Peter Birks²⁶)

Para fins de restituição por lucros ilícitos, o enriquecimento injustificado – mesmo na refinada tipologia do enriquecimento por intervenção – é um equivalente funcional indesejável por três razões: a) a restituição por lucros ilícitos não pertence ao terreno do enriquecimento injustificado; b) Na restituição por lucros ilícitos não há enriquecimento na acepção da expressão “à custa de outrem” do artigo 884 do CC; c) o enriquecimento injustificado é espécie de enriquecimento independente da existência de um ato ilícito.

É comum lermos que enquanto o enriquecimento sem causa lida com os ganhos do demandado, a responsabilidade civil enfrenta os danos do demandante. Essa abordagem unilateral é evidentemente equivocada, pois resume os limites entre duas fontes obrigacionais em uma perspectiva puramente remedial. Ou seja, a pretensão de compensação de danos em oposição a de restituição de benefícios econômicos.²⁷ O fato é que devemos redefinir as fronteiras entre responsabilidade civil e enriquecimento sem causa.

A distinção entre os fatos jurídicos que constituem uma relação obrigacional e os remédios que o sistema jurídico apresenta para sancionar um comportamento indevido é a chave para a compreensão da relação entre o evento do enriquecimento injustificado e o remédio restitutivo. A lei do enriquecimento injustificado descreve os eventos que dão origem a uma pretensão de restituição. Trata-se da única resposta possível a um enriquecimento injustificado. Todavia, também pode se utilizar o remédio restitutivo fora do enriquecimento sem causa, alcançando os setores obrigacionais da responsabilidade civil e dos contratos. Remédios são os meios pelos quais direitos são efetivados. Conceito que se identifica com a nossa pretensão. O que se desencadeia por um fato de um enriquecimento injustificado, da quebra de um contrato ou de um ilícito

²⁶ BIRKS, Peter. *Unjust enrichment*, prefácio à 2. Edição, 2004. “Apenas um livro separado sobre enriquecimento sem causa pode demonstrar a independência do evento tipificado pelo pagamento indevido de uma dívida inexistente ou fatos a ele análogos. Somente dentro desse livro será visto claramente que fatos singelos, não equivalentes a um ilícito ou contrato, gerarão o direito à restituição. A restituição baseada em ganhos por ilícitos é uma ‘companheira de cama’ incompatível, pois, analiticamente, um enriquecimento sem causa nunca será um ilícito”.

²⁷ Fato claramente perceptível em extrato do voto do Relator, Ministro Villas Boas Cuêva no referido julgado N. 1.698.701/RJ: “Isso porque a responsabilidade civil não tutela nada além dos prejuízos efetivamente sofridos pela vítima do evento danoso, enquanto que o enriquecimento ilícito se encarrega apenas de devolver o lucro obtido em decorrência da indevida intervenção no direito de imagem de outrem ao seu verdadeiro titular”.

extracontratual é o remédio restitutivo, meio pelo qual o titular do direito realiza o seu direito ao resgate de benefícios indevidos.

Para superar a abordagem tradicional do direito inglês pela qual restituição e enriquecimento injusto se equivalem – tal como dois lados de um mesmo quadrado – Peter Birks parte de uma correta taxonomia que vale não apenas para a *common law*, como também para as jurisdições da *civil law*. Assim como um labrador é um cachorro, o recebimento de um pagamento indevido é um enriquecimento injusto às expensas de outrem. Os elementos de generalização são os seguintes: o recebimento de um pagamento supõe o recebimento de dinheiro e este generaliza para o enriquecimento. Em resumo, o enriquecimento injusto não é nada mais do que um nome genérico concedido a um pagamento indevido. Tal como o pagamento o enriquecimento é um fato jurídico. Algo que acontece no mundo.²⁸ O pagamento também supõe que o enriquecimento acontece pela transferência por outrem. Consequentemente, o enriquecimento por transferência alheia se generaliza pelo enriquecimento às expensas de outrem. O erro reflete a existência de uma razão – que não um contrato ou ilícito extracontratual – pela qual o pagamento deve ser restituído. A razão genérica pela qual um enriquecimento às expensas de outrem deve ser restituído, é o fato de ter sido “injusto”. A utilidade dessa formulação genérica é a de permitir o reconhecimento de outros exemplos que são materialmente idênticos ao caso principal.²⁹

²⁸ BIRKS, Peter. *Unjust enrichment*, p. 9/12. Da mesma forma, “cachorro” reúne ao Labrador todos os *Rottweilers*, *Spaniels*, *Terriers*, e por aí vai. Em um certo ponto, inevitavelmente alcançamos uma fronteira. “cachorro” não é usado para raposas e lobos. Dingos levantam dificuldades, pois são usualmente referidos como cães selvagens, daí a selvageria não pode ser a chave. Quando vemos outros exemplos de enriquecimento injusto o propósito é encontrar todos os fatos jurídicos que geram o direito à restituição pela mesma lógica que o explica o caso principal. Ou seja, ao generalizarmos do pagamento indevido para o enriquecimento injusto, temos que indagar se existem outras razões para um fato não contratual ou não ilícito demandar que a pessoa enriquecida tenha que abrir mão do que obteve às expensas do autor da demanda. Finalmente, pela generalização da transferência “pelo” demandante para “às expensas” do demandante, podemos perguntar que outras conexões são suficientes para relacionar um pretenso autor à uma demanda em que pede ao réu que abandone os seus ganhos.

²⁹ A clássica ilustração inglesa do pagamento indevido por um débito inexistente é o caso *Kelly v Solari* (1841). O sr. Solari morreu, tendo a cautela de fazer um seguro para a esposa. A sua viúva foi regamente paga. Contudo, mais tarde a seguradora descobriu que o seguro havia caducado antes da morte do Sr. Solari, eis que ele havia se omitido de pagar um prêmio, sem que esse fato houvesse sido checado pela empresa. O tribunal sustentou que a viúva deveria restituir o valor indevidamente recebido, a menos que, em um novo julgamento, o júri descobrisse que a seguradora não estava enganada ao proceder ao pagamento. Primeiramente, o caso mostra que o direito à restituição de um pagamento indevido não se refere a qualquer manifestação de consentimento por parte do beneficiário. Não depende da promessa do destinatário ou, de qualquer forma de anuência em desistir do enriquecimento. O direito de restituição daquele que pagou enganado, não se baseia em contrato. Ademais, não existe ilícito. Direitos frequentemente nascem independentemente do consentimento, oportunidade em que na maior parte surgirão de ilícitos. Porém, no

A violação de contratos e a prática de ilícitos extracontratuais são caminhos bem trilhados na doutrina da *civil law* e *common law*, enquanto o território dos pagamentos indevidos e seus congêneres foi sempre mal mapeado. Porém, precisamente pelo fato de a restituição ser uma resposta multicausal, observamos que os mapas obrigacionais falharam ao isolar o enriquecimento injusto, pois ainda está aberto o desafio de conhecer quais são as razões - sejam elas poucas ou variadas - que não sejam contratos ou ilícitos, mas que todavia propiciem direito à restituição pelo enriquecimento obtido às expensas do demandante.

Para encontrar o espaço apropriado ao enriquecimento injustificado nas jurisdições da *civil law* é imprescindível se valer da tipologia desenvolvida pelo direito alemão contemporâneo, verificando se cada uma das construções realmente aporta requisitos próprios e responde a situações não disciplinadas em outros setores do direito privado. Para aquilo que nos interessa, apenas tomaremos por empréstimo o enriquecimento por intromissão (*Eingriffskondiktion*) como uma categoria diversa a figura básica do enriquecimento por prestação (*Leistungskondiktion*), na qual o remédio restitutivo surge no bojo de relações obrigacionais que erroneamente se assumem que existam (caso do pagamento indevido ou de prestações que tenham perdido a sua justificativa em razão de nulidade, resolução ou resilição contratual). Em sentido diverso, no enriquecimento por intromissão surgirá a restituição de benefícios que seguem a injustificada intromissão em direitos alheios, em princípio garantidos a um titular com exclusividade. A obrigação de restituir benefícios se associa a violação de direitos de propriedade, mesmo que não tenha ocorrido dano ao titular.³⁰

Ou seja, urge abdicar da herança francesa do enriquecimento sem causa, que até hoje se encontra presa em um círculo vicioso, oscilando por um lado, entre a extrema generalidade do princípio geral - forjado em extrema abstração de enunciados e critérios - que veda o enriquecimento (modelo unitário) e, por outro lado, pelo casuísmo equitativo

pagamento indevido não há um comportamento antijurídico. Se pensarmos que aquele que recebeu uma quantia indevida pratica um ilícito por reter o dinheiro que deveria ter devolvido, estaremos induzindo uma responsabilidade por “consciência pesada”. Ou seja, evitaríamos a pergunta: por que, sem ilícito ou contrato, aquele que enriqueceu é obrigado a restituir? Ao receber um pagamento, o destinatário não descumpriu qualquer dever. Trata-se, portanto, uma responsabilidade objetiva, que surge de fatos por vezes triviais, que não resultam nem em contrato nem em ilícito. A responsabilidade objetiva resulta simplesmente do recebimento de um pagamento equivocado. Além de contratos e ilícitos, há claramente um *tertius quid*, cujo fato causativo é o enriquecimento sem causa.

³⁰ BOURIE, Enrique Barros. *Derecho de daños*, p.24.

das sentenças, quando o ideal seria a adoção de vias intermediárias que estruturassem internamente e conferissem consistência ao princípio, sem que o atomizassem, tornando esse modelo jurídico mais operativo e adequado às necessidades da prática. Por conseguinte, é de bom alvitre que abandonemos a tendência a polarizar o tratamento do enriquecimento sem causa em torno dos dois aludidos extremos, há muito sondados por *Ripert e Teisseire*:³¹ pelo amor a uma sistematização sem defeitos, criam-se enunciados ou proposições de caráter genérico sobre o pensamento jurídico teórico. Porém, a inescapável casuística proporciona um conteúdo material disforme e desconexo àqueles. O anseio por uma extrema singeleza e unidade destoa da irremediável aceitação de uma realidade indômita e dificilmente compreensível a partir daquela.

O reconhecimento do enriquecimento por intromissão como pretensão de enriquecimento injustificado derivado do desfrute, usurpação, consumo ou disposição de um direito ou coisa alheia, com substantividade jurídica própria e diferenciada da reparação de danos, constitui a prova mais evidente da assunção de um esquema tipológico ou diferenciador que busca a setorialização dos problemas derivados do enriquecimento sem causa. O fundamento da demanda do credor não se alicerça no argumento de que a propriedade que lhe pertencia foi transferida ao demandado (tal como pretendia a construção de *Savigny*), porém o fato de que o benefício por ele obtido era atribuído por lei ao demandante. Uma classificação fundada no conteúdo da atribuição do direito violado (*Zuweisungsgehalt*), tal como realizada por *Wilburg y von Caemmerer*, é extremamente positiva para delimitar o âmbito objetivo de aplicação do modelo do enriquecimento injustificado. A questão sobre quais posições jurídicas contam com a proteção do Direito de Enriquecimento se faz depender desse dado objetivo: que faculdades exclusivas atribui o direito usurpado ao seu titular, sem se indagar sobre a conduta do intromissor ou a reprovação que mereça em termos de dissuasão.³²

Em um giro para a *common law*, em sua classificação baseada em fatos jurídicos - “event-based classification” - *Peter Birks*³³ ressalta que restituição por enriquecimento

³¹ RIPERT e TEISSEIRE, *Essai d'une théorie de l'enrichissement sans cause en droit civil français*, p. 752.

³² ARRUE, Xavier Basozabal. *Enriquecimiento injusto comparado: una aproximación al Derecho inglés de Restituciones*, p. 43. “¿de qué se trata, de reintegrar un derecho o posición jurídica con aquello que el ordenamiento jurídico atribuye a su titular, o de reaccionar frente a determinadas conductas para evitarlas? La cuestión ha sido muy estudiada en el contexto de la *Eingriffskondiktion* alemana (doctrina del contenido de atribución frente a teoría de la antijuridicidad)”.

³³ BIRKS, Peter. *Unjust enrichment*, p. 307/8. O autor enfatiza que, à luz da tripartição do direito romano nas categorias do *contract*, *tort/delict* e *unjust/unjustified enrichment*, em todos os sistemas civis modernos,

injusto e restituição por ilícitos deitam raízes em diferentes setores do direito de obrigações e, conseqüentemente demandam pressupostos distintos por parte do ordenamento. Em comum a ambas as situações, há o fato do enriquecimento. Todavia, enquanto a restituição por ilícitos é um remédio próprio a um comportamento objetivamente antijurídico por parte daquele que obteve um benefício (mesmo que não subjetivamente culposos),³⁴ a restituição por enriquecimento injusto é uma pretensão que se relaciona a todas as situações geradoras de enriquecimento, porém alheias à violação de um pacto ou a um ilícito. O requisito da ilicitude é estranho ao remédio restitutivo no setor do enriquecimento sem causa, consistindo o benefício injustificado em fato objetivo que não pressupõe um juízo de antijuridicidade. Mesmo que o receptor do ganho tenha atuado lícitamente e demonstrado um comportamento irretocável terá que restituir no *unjust enrichment*.

Isto significa que o enriquecimento sem causa é uma *ultima ratio*, servindo como elemento residual no direito das obrigações para o conjunto de atribuições patrimoniais que não tenham como causa um ato consensual ou um comportamento antijurídico. O termo “injustificado” deve ser compreendido pela qualificação do fenômeno do enriquecimento como uma figura de fechamento e coerência do direito das obrigações. Daí que o enriquecimento é justificado não apenas quando o demandado possa reter o enriquecimento que dele se reclame, mas também, naqueles casos em que tenha que restituir, contudo a pretensão restitutória não será “justificada” no setor do enriquecimento sem causa, mas em outro fato jurídico atributivo de obrigações.

Quando a vítima de um ilícito extracontratual poderá se valer da restituição dos benefícios obtidos pelo infrator ao invés da usual resposta da compensação de danos? É requisito para a restituição do ilícito que o comportamento antijurídico tenha sido a causa necessária para a obtenção da vantagem indevida. Se o demandado pudesse obter o ganho independentemente do ilícito, não haveria justificação para a aplicação do remédio

a lei do enriquecimento sem causa ganha autonomia, emancipada de sua dependência do contrato ou de qualquer outra categoria. Além disso, uma vez confrontados com alguns exemplos simples, como o pagamento indevido do troco por parte da loja, quase todo mundo vê que o ganho existente à custa de outro gera facilmente uma responsabilidade objetiva e que essa responsabilidade surge independentemente de qualquer contrato ou ilícito.

³⁴ O enriquecimento por intromissão ocorre independentemente das razões pelas quais essa intromissão se levou a cabo. Com efeito, a propriedade outorga o direito de excluir terceiros de seu gozo, de modo que o simples fato da intromissão é pressuposto fático suficiente para a obrigação de restituir os benefícios consequentes.

restitutório no interno da responsabilidade civil. No plano da causalidade, se o ilícito não é causa do benefício, não há espaço para a responsabilidade extracontratual. Por conseguinte, se A paga a B por duas vezes o mesmo débito, não será possível reaver o segundo pagamento por meio da restituição do ilícito, pois o beneficiado não praticou um comportamento desviante ao direito. A restituição pelo enriquecimento injusto será a via adequada para a recomposição da desvantagem econômica.³⁵

Destarte, quando cogitamos do enriquecimento sem causa como modelo obrigacional residual não estamos em nenhum momento fazendo apelo ao requisito da “subsidiariedade” do enriquecimento injustificado. Quando o Art. 886 do Código Civil adverte que “Não caberá a restituição por enriquecimento, se a lei conferir ao lesado outros meios para se ressarcir do prejuízo sofrido”, traz uma regra de subsidiariedade que deriva do próprio caráter residual do enriquecimento injustificado no cotejo com ganhos ilícitos que resultem de um contrato ou de lucros ilícitos extracontratuais.

Ou seja, a hermenêutica deferida à ideia de “subsidiariedade” deve se dar em dois níveis: primeiro, conforme o entendimento tradicional, afastando a *actio in rem verso* nos casos em que o legislador oferece outras ações ao demandante, em variados setores do direito civil.³⁶ Paradoxalmente, essa clássica subsidiariedade do enriquecimento sem causa tende a ser relativizada: não mais uma opção reservada exclusivamente aos casos “sem saída”, mas também quando houver impossibilidade de utilizar uma ação especificamente destinada a corrigir o desequilíbrio patrimonial e que persiga o mesmo resultado naquela situação. Assim, é adequado se referir a subsidiariedade quando a ação preferencial para o caso concreto não possa ser utilizada naquelas circunstâncias, tornando a *actio in rem verso* uma saída mais palatável (v.g. prescrição em prazo maior).

³⁵ GIGLIO, Francesco. *The foundations of restitution for Wrongs*, p. 15. Pontua o autor que o caminho na *civil law* que está em linha com a estrutura do direito inglês é o “multicausalismo”, mantendo a restituição como resposta que não se adapta apenas ao enriquecimento injusto, mas que pode ser utilizada em um numero distinto de eventos, seja pela prática de um ilícito ou por uma aquisição originária que deixa o antigo proprietário de mãos vazias. Ao ratificar o ponto de vista de Birks, de uma taxonomia legal baseada em eventos, aduz que “If a natural scientist asserts that, say, horses belong to the same genus ‘fish’ as trout, that scientist will not be able to understand horses, trout and fishes”, op.cit, p. 18.

³⁶ MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de: “A referida norma pretende estabelecer que a ação de enriquecimento seja o último recurso a utilizar pelo empobrecido. Estar-lhe-á, por isso, vedada a sua utilização no caso de possuir outro fundamento para uma ação de restituição (como em caso de anulação do contrato por erro ou dolo – arts. 138 e ss.), no caso de a lei pretender que a aquisição à custa de outrem seja definitiva (como nas hipóteses de usucapião – arts. 1.238 e ss. – e prescrição – arts. 189 e ss.) ou quando a lei atribui outros efeitos ao enriquecimento sem causa (como na modificação do contrato, em caso de lesão – arts. 157 e ss. ou por onerosidade excessiva – arts. 478 e ss.)”. O enriquecimento sem causa no novo código civil brasileiro. In: Revista CEJ, v. 8, n. 25, págs. 24-33, abr./jun. 2004

Ocorre que, uma interpretação da noção de subsidiariedade restrita ao primeiro nível, gera uma equivocada conclusão de que nos casos em que o demandante busque a reintegração de ganhos obtidos mediante a intromissão em direito, deverá obter a restituição pela via do enriquecimento injustificado, pois a responsabilidade civil decorrente de um ilícito somente oferece como resposta a indenização compensatória de danos.

Contudo, não estamos diante de uma subsidiariedade, mas de uma complementariedade em certos casos e, em outros, de uma concorrência de pretensões na qual ambos os remédios serão abertos ao reclamante, sendo ele livre para eleger a via mais adequada. Isso é o que *Birks*³⁷ chamou de "análise alternativa", embora seja mais adequado caminhar para a expressão “concorrência de responsabilidades”. Ilustrativamente, o demandado induziu o demandante a pagar-lhe 1000 por uma declaração fraudulenta. O reclamante pode buscar a restituição do ilícito com base no argumento de que o réu cometeu o delito de fraude. Alternativamente, havendo dúvidas por parte da vítima de fraude se o ato ilícito propiciará a resposta da restituição, poderá ignorar a ilicitude como causa e reivindicar a restituição de 1000 pela via do enriquecimento sem causa, alegando que o valor foi pago por erro. Esta análise somente se viabiliza na taxonomia *Birksiana*, que autonomiza o enriquecimento injusto dos contratos e da responsabilidade civil.

Verticalizando a temática, a subsidiariedade merece compreensão mais elaborada, em um segundo nível, traduzindo a referida noção do modelo residual do enriquecimento. É consequência natural da posição periférica do enriquecimento sem causa, ser apenas aplicável quando o benefício injustificado não tenha decorrido de um ato ilícito ou de uma violação contratual. Ilustrativamente, se um enriquecimento decorre do cumprimento de um contrato válido, ele não pode ser considerado “sem causa” e sequer se pode colocar em questão o requisito da subsidiariedade no primeiro nível. Em realidade, o que ocorre é que o enriquecimento da outra parte é “causado” por um contrato e não há um conflito entre *a actio in rem verso* e outra ação. Assim, se me aproprio de algo que pertença a outrem e obtenho lucros com a exploração desse bem, o enriquecimento é justificado por um ato ilícito, sendo a restituição dos benefícios ilícitos um mecanismo idôneo como alternativa à indenização por danos. Por mais que aparentemente represente um contrassenso uma sentença que exprima como “justificado”

³⁷ BIRKS, Peter. *Unjust enrichment*, 52.

um enriquecimento proveniente de um ilícito, deve-se compreender-se o vocábulo “justificado” na acepção de um ganho cuja restituição é “fundamentada” em outro setor do direito obrigacional, dispensando a aplicação residual do enriquecimento sem causa.

Ao contrário do enriquecimento injustificado, o elemento comum dos ilícitos é que eles representam a violação de um dever. Quando a restituição é o remédio aplicado na responsabilidade civil, a pretensão é fundada no ilícito e não no enriquecimento injustificado do demandado. Um exemplo recorrente no direito inglês é o caso *Yakamia Dairy Pty Ltd. v Wood*, um inequívoco caso de restituição por ilícito. Os réus invadiram o terreno vizinho, ilicitamente colocando o seu gado para pastar nas terras do demandante. Apesar da Suprema corte australiana ter entendido que o proprietário não sofreu qualquer prejuízo, teria ele direito a uma remuneração razoável – *reasonable fee* – que representa o valor de uso da terra ilicitamente obtida pelo demandado a partir do patrimônio do demandante.³⁸

Valendo-se ainda do exemplo do parágrafo antecedente, caso se entenda mantida a fictícia dicotomia pela qual a responsabilidade civil concerne aos danos injustos enquanto o enriquecimento injustificado diz respeito aos ganhos ilícitos, teríamos que concluir que se o demandante pudesse concretamente demonstrar um prejuízo (v.g. perdeu parte de sua safra), as portas da indenização compensatória estariam abertas, porém, na impossibilidade de demonstrá-los deverá migrar para o enriquecimento sem causa. Então indaga-se, o ilícito de fruição inconstentida de um bem alheio deixou de existir pelo fato de que em dado contexto os danos não se produziram (v.g. o terreno estava ocioso) porém o autor do ilícito obteve um benefício econômico, mesmo que esse consista simplesmente em uma economia de despesas (por não ter pago o valor de mercado pelo aluguel do pasto)?

O direito do enriquecimento injustificado não pode contradizer a eficácia de outras instituições, devendo a elas ceder passo, mesmo em suas implicações negativas. Em sentido comparativo, ninguém pode demandar por responsabilidade extracontratual quando por culpa de outra parte se materializou um risco que havia sido excluído por meio de uma cláusula contratual válida. Não é porque a responsabilidade extracontratual

³⁸ EDELMAN, James; BANT, Elise. *Unjust Enrichment*, p. 50.

seja subsidiária ao contrato, porém para evitar a subversão de uma norma jurídica vigente e diretamente aplicável ao caso em questão.³⁹

Três grandes vantagens decorrem do reconhecimento da independência do modelo jurídico do enriquecimento sem causa perante o remédio restitutório e a consequente multicausalidade: primeiro, um grande corpo de casos torna-se inteligível porque, ao invés do recurso às ficções, adquirem a sua própria explicação coerente. Em segundo lugar, surge um quadro mais claro da lei como um todo, porque se torna possível ver a série completa de eventos dos quais surgem o direito à restituição - consentimento, ilícito extracontratual ou enriquecimento injusto. Em suma, um sistema com uma normativa autônoma do enriquecimento sem causa incrementa a sua racionalidade em geral, porque adquire uma melhor compreensão do mapa do direito; em terceiro lugar, a racionalidade interna das categorias baseadas no consentimento é aperfeiçoada pela remoção de matéria não consensual para a lei do enriquecimento sem causa. Contratos imaginários têm sido uma ameaça. Ilícitos imaginários não são menos perturbadores.⁴⁰

Argumenta Charlie Webb⁴¹ que, para a unidade do direito restitutório como um corpo legislativo voltado à recuperação de ganhos, não é necessário que corresponda a qualquer unidade na razão pela qual os tribunais tenham de prover a sua recuperação. Destarte, o movimento inicial de excluir a restituição de ilícitos da categoria de enriquecimento sem causa foi apresentado como necessário para evitar a sobreposição entre as categorias do ilícito e do enriquecimento sem causa. Assim, foi positiva a decisão de separar a restituição de ilícitos das pretensões à restituição que surgem independentemente de um ilícito. Mas isso não foi por causa de suas diferenças estruturais por si só, mas

³⁹ DESCHEEMAEEKER, Eric. *El nuevo derecho francés del enriquecimiento injustificado*, p. 149.

⁴⁰ Todavia, aqueles autores que no direito inglês recusam a abordagem baseada no direito romano insistem em dizer que o direito restitutório e a lei do enriquecimento injustificado são expressões intercambiáveis, possuindo o mesmo significado, sendo “dois lados do mesmo quadrado”. Dessa frase, se extrai a razão pela qual, em oposição aos multicausalistas, os acadêmicos que apoiam esse viés são tidos como “quadracionists”. O professor Andrew Burrows – *The law of restitution*, p. 45/8, sintetiza essa visão tradicionalista em três pontos: a primeira é que a restituição por ilícitos ainda não é bem compreendida. Em segundo lugar, há questões comuns que surgem nas duas áreas. Destas, a mais importante é se alguém deve conceder restituição com base em uma situação proprietária, ao invés de meramente pessoal; em terceiro lugar, ambos os institutos correspondem ao princípio subjacente de reverter o enriquecimento sem causa.

⁴¹ Charlie Webb enfatiza que a expressão “enriquecimento injusto” é mal equipada para capturar o que é característico ou distintivo dessa forma de enriquecimento: um conjunto de demandas semelhantes que encontra no pagamento indevido a sua figura paradigmática, no que é verdadeiramente distintivo destas pretensões. De fato, o termo “enriquecimento injusto” tem um alcance natural definido pelos significados cotidianos dessas palavras. Este alcance sem dúvida se estende confortavelmente a ganhos ilícitos; de fato, se nos atermos unicamente a linguagem comum, esses ganhos ilícitos indevidamente entrariam no centro do enriquecimento sem causa. *In Reason and restitution*, p. 53

principalmente pelas diferentes razões que existem para se pleitear restituição em cada caso. Exigir que os autores de atos antijurídicos renunciem aos seus ganhos ilícitos é frequentemente explicado com base no fato de que isso lhes suprime um incentivo para cometer condutas contrárias ao ordenamento. Se potenciais transgressores souberem que há uma boa chance de que seus ilícitos não se pagarão, terão muito menos probabilidade de cometê-los. No campo funcional, isso não se aplica, por exemplo, ao pagamento indevido, em que a responsabilidade deve, em vez disso, repousar em outros fundamentos, expressando algum outro princípio de justiça.

Há de se inserir a restituição como uma resposta à eventos que transcendam o horizonte do enriquecimento injustificado. O direito restitutivo baseado no *princípio da reversão* do enriquecimento injustificado inclui a restituição por ilícitos. Em contrapartida, a restituição tendo como *causa* o enriquecimento injustificado exclui a restituição por ilícitos. A diferença evidente seria que aquele depende da prática de um ilícito pelo demandado contra o requerente (seja esse ilícito contratual ou extracontratual). O enriquecimento se deu “às expensas” do demandante, no sentido de que os ganhos obtidos decorreram da violação de um dever legal em face do autor da demanda. Em contrapartida, na restituição de um enriquecimento sem causa, o enriquecimento é “às expensas” do réu no sentido mais óbvio de que o ganho para ele representa uma perda ou subtração da riqueza do demandante. Os motivos para a restituição no enriquecimento sem causa tendem a incluir fatores que viciaram o verdadeiro consentimento do autor para a transferência de sua riqueza para o réu: por exemplo, erro, coação e influência indevida. A expressão “Unjust enrichment” denota uma razão para a restituição, que não seria a manifestação de um consentimento e nem um ilícito. Porém, não se pode negar que há uma causa injusta.

Para além dos argumentos já explicitados – posição residual do enriquecimento e a sua desvinculação de um ilícito antecedente – podemos lembrar uma regra de longa data aplicável ao enriquecimento injustificado: Em sua origem no Digesto, passando pela

construção de Savigny⁴² e ainda em algumas legislações,⁴³ como na recente *ordonnance* 2016-131 em França,⁴⁴ um dos mais básicos princípios da matéria é o de que a ação de enriquecimento sem causa não pode exceder o enriquecimento do réu nem tampouco o empobrecimento do autor. É a regra conhecida como “double-cap” ou “double-ceiling rule”.⁴⁵ Aplica-se ao enriquecimento sem causa um raciocínio compensatório, no qual se estabelece um nexo de causalidade entre os ganhos do demandado e as perdas do demandante, ao contrário da restituição por ilícitos, na qual o benefício do ofensor está exclusivamente relacionado ao comportamento antijurídico, independentemente de qualquer perda do ofendido. O argumento que se usa no direito francês é o de que se o demandante recebe mais do que o seu empobrecimento, será ele que se verá injustamente enriquecido às custas do demandado, limitando-se o que se deve restaurar ao valor transferido pelo demandante ao demandado mesmo que não corresponda ao enriquecimento propriamente dito. No direito italiano, comentando o art. 2041 do Código Civil⁴⁶ Pietro Sirena sinaliza que o lucro líquido do enriquecido não será o objeto da ação de enriquecimento sem causa, a não ser que no limite da correlativa diminuição patrimonial. O exercício de tal remédio, portanto, deixa o eventual *plus-valore* no patrimônio do demandado.⁴⁷

É verdade que no sistema alemão foi eliminado o requisito do dano ou do empobrecimento como exigência autônoma da pretensão, porém, mesmo nos dias atuais não apenas França e Itália, mas os sistemas legais romanísticos (como Espanha e Holanda) limitam a expropriação de lucros às perdas do demandante, tornando o

⁴² Digesto.12.6.14 – Nam hoc naturae aequum est, neminem cum alterius detrimento fieri locupletionem (é justo por natureza que ninguém se enriqueça à custa de outrem) Digesto.50.17.206 Iure naturae aequum est neminem cum alterii detrimento et iniura fieri locupletionem (é justo, por direito natural, que ninguém se enriqueça pelo seu ilícito e à custa de outrem). Savigny – “Enriquecimento de um patrimônio pela diminuição de outro patrimônio” (*Erweiterung eines Vermögens durch Verminderung eines andern Vermögens*)

⁴³ CC de Portugal, art. 479: “1. A obrigação de restituir fundada no enriquecimento sem causa compreende tudo quanto se tenha obtido à custa do empobrecido ou, se a restituição em espécie não for possível, o valor correspondente”.

⁴⁴ Art. 1303, *code* : « En dehors des cas de gestion d'affaires et de paiement de l'indu, celui qui bénéficie d'un enrichissement injustifié au détriment d'autrui doit, à celui qui s'en trouve appauvri, une indemnité égale à la moindre des deux valeurs de l'enrichissement et de l'appauvrissement ».

⁴⁵ PLESSIS, Jacques du; VISSER Daniel. *Disgorgement of profits in South African law*, p. 348: “There has been nothing in this country as vigorous as the English-law debate which has resulted in the now dominant view that draws a firm distinction between restitution of an unjust enrichment and restitution of a wrong”.

⁴⁶ Art. 2041 CC Itália: “Chi, senza una giusta causa, si è arricchito (1) a danno di un'altra persona (2) è tenuto, nei limiti dell'arricchimento (3), a indennizzare quest'ultima della correlativa diminuzione patrimoniale (4)”

⁴⁷ SIRENA, Pietro. *Dalle pene private ai rimedi ultracompensativi*, p. 836.

enriquecimento sem causa uma via secundária frente demandas contratuais ou por ilícitos. Por isso, em uma perspectiva comparatista, *Tobias Helms*, considera surpreendente que o tema do *disgorgement* ainda seja objeto de escassas discussões nesses países.⁴⁸

Mesmo nos códigos civis em que não há menção ao objetivo empobrecimento do demandante – tal e qual o CC Brasileiro –, fala-se em “se enriquecer à custa de outrem” (art. 884), o que pressupõe um claro nexos causal entre o benefício do demandado e uma transferência de riquezas pelo demandante. Diversamente, na restituição de lucros antijurídicos avulta o enriquecimento “à custa do ilícito”, independentemente da prova de uma correlação dos ganhos obtidos pelo réu com valores que o autor da demanda perdeu ou da privação de um interesse legítimo.⁴⁹

Todavia, em várias jurisdições, em reação ao requisito legal que exige a demonstração de uma correlação entre uma perda do demandante e o ganho do demandado, a doutrina moderna se esforça para relaxar a regra do “double ceiling” dispensando a prova do “empobrecimento” do autor da demanda, contentando-se apenas com as vantagens econômicas do enriquecido,⁵⁰ ampliando os domínios do modelo jurídico do enriquecimento sem causa. Ocorre que, sendo o enriquecimento “injustificado” ou “sem causa”, justamente uma *extrema ratio* do direito das obrigações que alberga situações em que a “injustiça” do ganho financeiro não se relacione a uma violação contratual ou a um ilícito extracontratual⁵¹, por mais que se ampliem os domínios das heterogêneas figuras que residam no guarda-chuvas do enriquecimento, qualquer demanda que se baseie nesse modelo obrigacional terá que se restringir a remover ganhos que sejam injustos, mas que não resultem de relações contratuais ou ilícitos extracontratuais. Tratam-se de pretensões com funções, fundamentos, pressupostos e prazos distintos.

Em estreita correlação com esse ponto, quase sempre não será possível remover todos os lucros ilícitos do beneficiário com base no enriquecimento sem causa. De acordo com

⁴⁸ HELMS, Tobias. *The Max Planck Encyclopedia*, v. 1, p. 486.

⁴⁹ Ana Keglević aduz que o “Disgorgement of profits is based on the idea of restitution (like unjust enrichment) but does not require corresponding deprivation to the claimant’s wealth. No causal link is required” In, *Disgorgement of profits in Croatian law*, p. 377.

⁵⁰ Nesse sentido, Rodrigo Momberg descreve o avanço de tais teorias no direito chileno. *Disgorgement of profits in Chilean private law*, p. 462.

⁵¹ No Brasil, há o Enunciado nº 35 com o seguinte texto: “A expressão ‘se enriquecer à custa de outrem’ do art. 886 do novo Código Civil não significa, necessariamente, que deverá haver empobrecimento”.

a posição prevalente, o demandado deverá reter parte dos lucros que adquiriu com base em seus próprios esforços e capacidades (v.g. utilizando o seu *know-how e networking*).⁵² Portanto, poderá ainda abater da condenação outros valores (v.g. despesas com publicidade e funcionários especializados para comercializar a marca violada), tornando decepcionante o resultado da demanda e especialmente atrativa a possibilidade de usurpação da propriedade alheia. Isto se explica pelo fato de que uma ação de enriquecimento sem causa dispensa o requisito do ilícito culposos, permitindo que o infrator possa reter consigo os lucros obtidos pelos seus próprios esforços. A doutrina e jurisprudência alemãs prefeririam abandonar a exigência da antijuridicidade para o enriquecimento por intromissão tornando suficiente a perturbação patrimonial dos interesses do credor, de modo que a ação se determina pelo resultado lucrativo e não passa pela qualificação da conduta. A distinção entre os lucros que devem ser restituídos e aqueles que o beneficiário tem direito a manter consigo é particularmente árdua.

Isto não ocorre quando a causa da demanda não é a restituição por enriquecimento, mas a restituição pelo ilícito, na qual será suficiente que o transgressor tenha sido objetivamente beneficiado.⁵³ Ao cometer o ilícito, o demandado se priva da possibilidade de argumentar que o ganho objetivamente recebido não lhe trazia nenhum benefício pessoal, ou que valeria menos para ele do que o valor objetivo de mercado. Em quase todos os casos, o réu terá sido indiscutivelmente beneficiado, seja porque o lucro decorre do ilícito ou porque a partir dele economizou despesas necessárias. Diferentemente, em relação à restituição de um enriquecimento sem causa, é insuficiente que o réu tenha sido beneficiado objetivamente pois poderá subjetivamente desvalorizar o benefício objetivo.⁵⁴

Enfim, é extremamente benéfico o aporte das teorias diferenciadoras, concretizando tipologias que em muito contribuem para as atuais e futuras legislações sobre o enriquecimento injustificado, permitindo a inserção dessa disciplina em sua posição residual de forma metodologicamente adequada e reduzindo as suas fricções com outros setores obrigacionais. Contudo, permito-me citar *Zimmerman*, ao destacar o risco de

⁵² ZERVOGIANNI, Eleni. *Disgorgement of profits in Greece*, p. 242.

⁵³ Andrew Burrows enfatiza: “change of position is inextricably bound up with the cause of action of unjust enrichment alone, that requires a reversal of a transfer of value for reasons that do not relate to ‘remedy’ a wrong so that, while change of position operates to counter the non-wrongful transfer of value, it cannot ever outweigh the policies justifying restitution for a wrong” op. cit, p. 362.

⁵⁴ BIRKS, Peter. Op. Cit, p. 66.

sobrerregulação do enriquecimento injustificado, pois as normas dessa matéria somente poderão florescer se houver uma aliança harmoniosa entre a legislação, doutrina e jurisprudência.⁵⁵ No cotejo entre a pretensão de restituição por lucros ilícitos no interno da responsabilidade extracontratual e a restituição decorrente enriquecimento por intromissão, tenho a primeira como uma proposta superior em termos de coerência e unidade do direito obrigacional.

Nesta senda, acentua *Nils Jansen* que os civilistas começaram a perceber que as diferentes classificações que se desenvolveram sob a égide do enriquecimento sem causa pertencem a contextos diferentes, e que a necessidade de ordenação das codificações não é razão suficiente para integrar em uma instituição unificada pretensões de natureza legal fundamentalmente divergente. Por outro lado, as pretensões baseadas em uma violação do direito de propriedade alheio (enriquecimento por intromissão) se tornaram, juntamente com a responsabilidade civil, um grupo de obrigações genuinamente extracontratuais. Essas ações se baseiam na violação do direito legalmente atribuído a outra pessoa. Aqui nos confrontamos com remédios independentes na seara da justiça corretiva, que conferem expressão a direitos e interesses básicos dos cidadãos. Claramente, nem sempre é óbvio se o interesse violado merece a proteção legal como um direito e, se o benefício adquirido pelo devedor realmente pertence ao credor. O conceito de *Zuweisungsgehalt* (conteúdo da atribuição) estrutura o necessário argumento, mas por si só não fornece a resposta. No entanto, parece claro que essas questões devem igualmente ser respondidas por uma indenização por um ganho ilícito.⁵⁶

Não é que alemães e ingleses tenham dado respostas diferentes a mesma questão. O que ocorre é que eles fizeram perguntas diferentes e obtiveram respostas igualmente distintas. No modelo da *common law* as hipóteses de intromissão se tratam como casos de “restitution for wrongs”, que permanecem na responsabilidade civil como ilícitos típicos. No enriquecimento por intromissão, de cariz alemão, as coisas ocorrem de uma maneira distinta do que no contexto de um ilícito lucrativo anglo-saxão. No

⁵⁵ ZIMMERMANN, Reinhard. *Enriquecimiento sin causa. La moderna orientación de los ordenamientos jurídicos continentales*. p., 265.

⁵⁶ JANSEN, Nils. *Farewell to unjustified enrichment?* p, 27 : “Unifying concepts are helpful where things belong together, and, more importantly, a concept as broad and abstract as “unjustified enrichment” may become helpful in shedding new light on old and well-established claims and thus initiate legal progress. This is so because such a highly abstract concept must be kept responsive to the different functions which the different claims collected under this umbrella are expected to serve in those many contexts of the law where the abstract concept applies”.

enriquecimento por intromissão não se questiona se a norma de cuidado violada perseguia a proteção de evitar um ganho ou se a conduta do ofensor foi especialmente reprovável, senão se o direito usurpado atribui exclusivamente ao seu titular os proveitos que se obtêm a partir daquele, de uma certa forma, aproximando-se da orientação de *Jackman* sobre a dimensão institucional dos direitos reais e posições fiduciárias e contratuais. O ilícito se serve da restituição como uma possível resposta própria pelo viés da responsabilidade civil; enquanto isto o enriquecimento por intromissão persegue a restituição do valor correspondente ao direito usurpado, como um conteúdo de atribuição de caráter monopolístico do demandante.⁵⁷

Porém, parece-me que se todos fazem perguntas e todos obtêm respostas, algumas respostas são melhores fundamentadas. Quando se opta pela via germânica do enriquecimento injustificado com fundamentação na intromissão em direitos alheios – e, portanto, fora da responsabilidade civil – não há uma ideia clara (ao menos expressa) sobre qual é a função que deveria desempenhar essa ação na proteção dos direitos, ou mesmo quais seriam os direitos que deveriam receber essa proteção e quais são as ferramentas técnicas para facilitar soluções de reequilíbrio patrimonial adequadas à proteção dos direitos violados.

Aquilo que *Peter Birks* nomeia como “enriquecimentos não participativos”⁵⁸ – pois não procedem de uma iniciativa do demandante – recebem um tratamento pouco definido em seu similar da Europa continental, o enriquecimento por intromissão. A doutrina alemã proclamou a independência dessa modalidade de enriquecimento perante a responsabilidade civil sem, contudo, efetuar uma reflexão mais detida sobre o que se deve restituir e qual a função que o direito deve perseguir ao deferir o remédio. Enquanto isto, no modelo da *restitution for wrongs*, *James Edelman* desenvolveu uma dicotomia para os *gain-based damages* envolvendo *disgorgement damages* e *restitutionary damages* (ou *reasonable fee*), cada qual perseguindo funções bem delineadas (restituição em um caso e dissuasão em outro). Todavia, como ilustra *Xavier Basozabal Arrue*, se uma melodia estrangeira é utilizada sem o consentimento do titular e uma canção cativante é

⁵⁷ ARRUE, Xavier Basozabal. *Enriquecimiento injusto comparado: una aproximación al Derecho inglés de Restituciones*, p. 43.

⁵⁸ BIRKS, Peter. Op. cit, p. 130. O Enriquecimento participativo envolve aqueles que casos em que houve facilitação pelo demandante (benefícios, pagamentos, melhorias ...). A hipótese de enriquecimento não participativo corresponde com as de "enriquecimento obtido pelo demandado por ilícito", e de enriquecimento participativo com as de enriquecimento proporcionado pelo demandante

comercializada com base nela, cuja exploração produz lucros importantes, a questão é saber se a ação de enriquecimento deve restaurar o valor de uso da melodia (o que teria sido pago para obter uma licença de exploração) ou o lucro líquido obtido pelo infrator. Porém, o Direito de enriquecimento não reflete sobre quando aplicar uma ou outra resposta.⁵⁹

Apesar da sofisticação do embate, mesmo que tribunais e doutrina alcancem um consenso sobre os requisitos específicos do enriquecimento por intromissão e considerem que ao julgador bastará apenas determinar em concreto se a vantagem patrimonial obtida pelo demandado deveria ser atribuída ao demandante - tornando irrelevante elucidar se houve ou não um correlato empobrecimento do demandante ou uma relação causal entre o empobrecimento e o enriquecimento - continuaremos prestando adesão ao entendimento de remeter essas controvérsias para o campo da responsabilidade extracontratual. No final das contas, as três fundamentais objeções aqui colocadas continuam de pé.

Não por outra razão, na Diretiva EU 2004/48,⁶⁰ concernente aos direitos de propriedade intelectual, a obtenção de benefícios ilícitos decorrentes da interferência na propriedade imaterial alheia estão *ex lege* configurados como pretensões restitutórias incorporadas na responsabilidade extracontratual e não no enriquecimento injustificado. O montante indenizatório pode tomar três formas distintas: inicialmente, a avaliação poderá se ater as perdas patrimoniais sofridas pelo titular dos direitos (lucros cessantes); alternativamente, poderá traduzir a renúncia pelo ofensor dos lucros ilícitos obtidos com a violação (*disgorgement*), independentemente de qualquer indagação sobre as perdas do demandante; há ainda a terceira opção: quando árdua a investigação sobre os danos, a condenação poderá ter em conta os *royalties* que seriam pagos ao titular do direito caso o

⁵⁹ ARRUE, Xavier Basozabal. *Enriquecimiento injusto comparado: una aproximación al Derecho inglés de Restituciones*, p. 65.

⁶⁰ Article 13 Damages “1. Member states shall ensure that the competent judicial authorities, on application of the injured party, order the infringer who knowingly, or with reasonable grounds to know, engaged in an infringing activity, to pay the right holder damages appropriate to the actual prejudice suffered by him/her as a result of the infringement. When the judicial authorities set the damages: (a) they shall take into account all appropriate aspects, such as the negative economic consequences, including lost profits, which the injured party has suffered, any unfair profits made by the infringer and, in appropriate cases, elements other than economic factors, such as the moral prejudice caused to the rightholder by the infringement; or (b) as an alternative to (a), they may, in appropriate cases, set the damages as a lump sum on the basis of elements such as at least the amount of royalties or fees which would have been due if the infringer had requested authorization to use the intellectual property right in question”.

infrator houvesse solicitado a licença para o uso da propriedade intelectual (*reasonable fee*).⁶¹

Por fim, há ainda um derradeiro argumento em torno da insuficiência do enriquecimento sem causa como equivalente funcional à restituição por lucros ilícitos, porém este é reservado ao campo da obtenção de benefícios indevidos por intromissão em direitos da personalidade.

4.2 Enriquecimento sem causa e violação de situações existenciais

“No man should be allowed to sell another man’s reputation for profit”

(Lord Devlin)

Em adendo ao fato de que a restituição por ilícitos se situa na esfera da responsabilidade civil e demanda um comportamento antijurídico do demandado, enquanto a restituição no enriquecimento sem causa surge em hipóteses residuais e independentemente da (in)censurabilidade do comportamento daquele que enriqueceu, há de se acrescentar outro importante aspecto, qual seja, a restrição da obrigação de restituição do bem ilegítimamente apropriado pelo seu valor de mercado. Diante dessa asserção, indaga-se: como situar as hipóteses de enriquecimento sem causa por violação a interesses extrapatrimoniais do demandante?

Um veículo de imprensa divulga matéria ofensiva à honra ou a intimidade de uma celebridade, gerando lucros superiores a quaisquer danos contabilizados. Qual é o valor de mercado da reputação ou esfera de privacidade para que possamos identificar o enriquecimento?

De fato, há um empecilho em se aplicar a fonte do enriquecimento sem causa em situações nas quais a vítima não poderia previamente precificar mediante consentimento a intervenção sobre a sua esfera. Aduz *Fernando Pantaleón* que não é possível sustentar

⁶¹ Comentado decisões da Suprema Corte Espanhola que aceitaram a tese do enriquecimento por intromissão para explicar o critério do preço da licença hipotética como expediente para valorar o dano derivado de lesão a direito de propriedade intelectual, comenta-se na doutrina que são julgados desnecessários e carentes de consequências práticas concretas, pois é muito mais simples e coerente inserir o tema na responsabilidade extracontratual. In MASSAGUER, J. “La acción de danos en materia de propiedad industrial”, p. 744.

que o difamado tenha direito a uma parte do benefício obtido pelo titular do meio de comunicação que ofendeu a sua honra.⁶² De fato não se está perante situações de aproveitamento de “utilidades” de um direito reservado ao titular e que estas tenham sido desviadas pelo infrator. O enriquecimento por “intromissão” se refere a bens materiais ou imateriais sobre os quais temos direitos e, excepcionalmente a serviços que prestamos a terceiros. A propriedade se tem sobre coisas que estão fora de nós e que nos podem ser tomadas e restituídas.⁶³

O conteúdo de um direito de propriedade deve ser capaz de ser adquirido e vendido. Por exemplo, a integridade corporal de uma pessoa não se insere na esfera da propriedade. O corpo de alguém não é a sua propriedade, mas o que ela é; é o organismo o através do qual humanos autoconscientes se expressam. O direito ao corpo é tão intimamente ligado à pessoa, que não há possibilidade moral de ser externalizado e passar para a posse de outrem. Considerações similares se aplicam a outros aspectos da dignidade – que Hegel denominou “aqueles bens ou características substantivas que constituem minha personalidade privada e a essência universal de minha autoconsciência”.⁶⁴

A atribuição de um direito, explica Díez-Picazo, tem como finalidade garantir o aproveitamento de lucros por existir algum tipo de mercado, como ocorre, por exemplo, com a imagem. Porém, quando tais direitos não puderem ser objeto de comércio lícito, como a honra e o bom nome, a intromissão apenas gerará direito à indenização por danos.⁶⁵ Concordamos com o diagnóstico e apenas discordamos da parte final: a nosso visto, a solução será sim a imposição de uma indenização no interno da responsabilidade civil, mas não por compensação de danos e sim para a restituição de ganhos ilícitos.

Compulsando o artigo 884 do Código Civil testemunhamos a dificuldade se transpor a obtenção de ganhos derivados à ofensa de bens intransmissíveis no conceito de “enriquecer à custa de outrem”. Melhor será direcionarmos as energias para o *disgorgement*, que parte da singela noção do “tort must not pay”.

Assim acontece, por exemplo, na hipótese de um desastre ambiental que, motivado por uma imponderada decisão empresarial de redução de custos causa graves lesões

⁶² PRIETO, Angel Fernando Pantaleón. *Derecho de daños*, p. 54.

⁶³ BOURIE, Enrique Barros. *Op.cit*, p. 29.

⁶⁴ WEINRIB, Ernest. *Corrective justice*, p. 142.

⁶⁵ DIEZ-PICAZO, Luis. *Commodum ex negotiatione*, p. 1610.

físicas aos membros de uma dada coletividade. A decisão de restituição, total ou parcial do proveito do fato ilícito, pondera *Henrique Sousa Antunes*, “pode conceber-se como um efeito natural da responsabilidade civil”.⁶⁶

Em casos de violações a situações existenciais com obtenção de ganhos indevidos podemos ingressar na responsabilidade civil por duas vias, dependendo da função a que se queira atribuir à indenização. Tratando-se de uma necessidade de reprovação de comportamentos lucrativos inaceitáveis – ilustrativamente a prática de um estelionato com a finalidade de obtenção de ganhos – será possível cogitarmos de uma indenização punitiva que se coloque lateralmente e cumulativamente ao montante de reparação de danos. Nada obstante, se a finalidade for a de remoção dos ganhos indevidos – independentemente dos eventuais danos extrapatrimoniais –, fundamental será a afirmação da relação de causalidade entre o ato ilícito e os ganhos indevidos.

É auto evidente que a ofensa aos atributos emanados do princípio da dignidade da pessoa humana não se afina à lógica do equivalente econômico, sendo extremamente razoável, tal como *Carneiro da Frada*, crer que em tais casos a restituição do lucro ilícito se baseará na ideia simples e persuasiva – embora de difícil enquadramento na dogmática do enriquecimento sem causa – de que a ninguém deve se permitir guardar para si o proveito de um fato ilícito que tenha praticado.⁶⁷ Ora, a noção do *tu quoque*, implica em dizer que, quem viola determinada norma jurídica não poderá exercer a situação jurídica que essa mesma norma lhe atribui. Com efeito, fere as sensibilidades ética e jurídica que alguém desrespeite um comando legal e posteriormente venha de forma abusiva exigir a outrem o seu acatamento.⁶⁸ A exceção de aquisição de direitos de má-fé tem o seu fundamento na conhecida regra de ouro da tradição ética: “Não faça aos outros aquilo que não quer que lhe façam”; ou, então, baseia-se no brocardo inglês “equity must come in clean hands”.

⁶⁶ ANTUNES, Henrique Sousa. p. 183. *Disgorgement of profits in Portugal*. Acrescenta o autor “This is a scenario different from unjust enrichment. We may also consider the trafficking of human beings for prostitution, adoption or other illegal activities, or the removal of organs without the consent of the offended person, or a murderer’s publication for sale of the details of the crime”.

⁶⁷ FRADA, Carneiro da, op. Cit, p. 67.

⁶⁸ CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha Menezes. Da boa-fé no direito civil, p. 837

Há uma clara injustiça da valoração que o indivíduo confere ao seu ato e, posteriormente, ao ato alheio quando inicialmente viola a órbita existencial de outrem e depois queira manter consigo todos os lucros decorrentes do ato ilícito. Essa contradição aflora quando o ordenamento jurídico aceite que um preço razoável de mercado (*reasonable fee*) seja a resposta capaz de neutralizar os ganhos ilícitos decorrentes de uma intrusão sobre aquilo que não pode jamais servir aos fins alheios.

O fato é que apenas no interior da responsabilidade civil encontraremos um remédio adequado a tais intromissões antijurídicas, cada vez mais banalizadas com os avanços tecnológicos. Porém não recorreremos à satisfação de danos extrapatrimoniais, como normalmente se procede, e sim a pretensão de restituição dos lucros ilícitos consequentes à ofensa a bens da personalidade. Eventualmente, a indenização por lucros será acrescida da reparação por danos morais, mas esta só se afirmará quando ficar provado que pelas circunstâncias do caso houve a concreta lesão a interesse existenciais merecedores de tutela, mirando-se exclusivamente as circunstâncias pessoais do ofendido, sem qualquer relação com a obtenção de ganhos pelo ofensor.

5. A REFORMULAÇÃO DO CONCEITO DE RESTITUIÇÃO INTEGRAL

Muitos poderiam pensar que a responsabilidade civil não é o *locus* adequado para recepcionar a restituição por ilícitos, partindo da premissa de que não teria condições de assumir a função de remover ganhos impróprios sob pena de abandonar um de seus mais básicos princípios, nomeadamente que se destina a desfazer os danos sofridos pelo demandante.

Essa é conhecida como uma característica “restaurativa” remedial, fundada na ideia de que o demandante tem o direito de ser reconduzido a posição anterior ao ilícito. A imagem refletida é a de que a outra parte não precisa restaurar nada mais do que aquilo que se perdeu. Tal traço restaurativo não autoriza um remédio de restituição de lucros provenientes do ato ilícito.

Ocorre que a compensação de danos não é a *ratio* da responsabilidade civil, não obstante consista em seu mais importante remédio e função. O fato é que não é possível

desfazer danos, mas somente transferir o custo do ilícito do ofendido para o ofensor. Em verdade, o centro da responsabilidade extracontratual é a regra da *restitutio in integro* entendida como a recomposição do equilíbrio entre as partes, especialmente vinculadas por uma obrigação de indenizar.

Em um contexto restrito, no qual a *restitutio in integro* é viabilizada pela compensação de danos, a restituição integral é aferida em dois tempos: primeiramente, avalia-se se é possível transferir os danos do ofensor ao ofendido, ou seja, se o dano é injusto ou injustificado. Nessa primeira barreira, a maior parte dos danos é contida – *let the loss lies where it falls* – tendo as vítimas que suportar os próprios infortúnios. Parte-se da premissa de que o ordenamento jurídico apenas trasladará danos do demandado ao demandante se houver um nexo de imputação capaz de atribuir o comportamento ao causador do dano, seja ele um ilícito, um dever de custódia ou o risco de uma atividade. Portanto, justificado o comportamento lesivo, surge o segundo momento: aquele em que será aferida a extensão do dano, oportunidade em que a indenização promoverá, na medida do possível, a restituição da vítima ao estado mais próximo ao que se encontrava no momento imediatamente anterior ao dano. Por conseguinte, a vítima é o foco tradicional de uma sentença condenatória pecuniária, mediante a compensação de prejuízos (*loss-based recovery*).⁶⁹

Ocorre que a compensação de danos – sejam eles patrimoniais ou extrapatrimoniais – não é a única via de promoção da *restitutio in integro*. A vertente instrumentalista da responsabilidade civil se enriquece se virarmos o foco do dano para o ilícito e o associarmos aos remédios. A indenização pretende justamente fazer com que o ilícito jamais houvesse ocorrido. Assim, ainda no plano remedial, o direito à restituição gera uma pretensão baseada nos ganhos ilícitos obtidos pelo demandado. O termo “restituição” não é aqui empregado como sinônimo de “*restitutio in integro*”, porém como uma resposta oriunda de um ilícito, pela qual, ao invés do foco nas perdas da vítima,

⁶⁹ Em âmbito doutrinário brasileiro, Paulo de Tarso Sanseverino manifestou o mesmo entendimento sobre a matéria: "(...)A plena reparação do dano deve corresponder à totalidade dos prejuízos efetivamente sofridos pela vítima do evento danoso (função compensatória), não podendo, entretanto, ultrapassá-los para evitar que a responsabilidade civil seja causa para o enriquecimento injustificado do prejudicado (função indenitória), devendo-se estabelecer uma relação de efetiva equivalência entre a indenização e os prejuízos efetivos derivados danos com avaliação em concreto pelo juiz (função concretizadora do prejuízo)" In, Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil, p. 58)

redireciona-se o reequilíbrio das partes para a remoção dos benefícios indevidamente obtidos pelo demandado (*gain-based recovery*).

Se desejamos que a característica restaurativa dos remédios tenha uma eficácia preventiva mais ampla sobre os ilícitos, então devemos considerar o uso mais corriqueiro de *disgorgement of profits*, em substituição à abordagem clássica da restauração como “nada mais e nada menos do que as perdas do demandante”. O cumprimento das normas (*enforcement*) demanda uma alteração no foco preventivo da responsabilidade civil: de seu caráter meramente residual na indenização compensatória para uma eficácia mais enérgica no remédio de restituição de ganhos ilícitos.

Compreendendo-se a obtenção de vantagens econômicas como uma das possíveis consequências de um ilícito, não apenas eliminamos a falsa percepção que o dano é o único efeito possível do ilícito, como se viabiliza o questionamento acerca da compensação como única pretensão resultante da responsabilidade civil. E, para o que nos interessa, atualizamos o conceito da *restitutio in integro*, a fim de que se entenda que a reconstituição do equilíbrio patrimonial violado pelo ilícito, seja efetuado tanto pelo tradicional remédio compensatório (restaurando-se o ofendido a situação anterior ao dano), mas também pela restituição dos ganhos (restaurando-se o ofensor à situação anterior ao ilícito). Ambas as vertentes se alinham à justiça corretiva, pois seja o foco nas perdas como nos lucros, a restauração da situação existente encontra acolhimento na dimensão relacional da obrigação de indenizar, restrita à bilateralidade das razões correlatas às partes. Tal como enfatiza Jules Coleman, a justiça corretiva concerne a categoria de ganhos e perdas ilícitos. A correção é uma questão de justiça quando seja necessário proteger a distribuição de titularidades de quaisquer distorções, “the principle of corrective justice requires the annulment of both wrongful gains and losses”.⁷⁰

A essência da filosofia Aristotélica se traduz na necessidade de restauração do equilíbrio em uma relação comprometida uma ação injusta. As duas partes, em suas perdas e ganhos são conectadas pelo conceito de *synallagma*, e ofensor e ofendido formam uma relação jurídica decorrente do ilícito, da qual todos os demais membros da sociedade estão excluídos, pois em razão de uma injustiça, apenas o ofendido tem um vínculo com os lucros do infrator. Todavia, até os tempos atuais mantemos uma

⁷⁰ COLEMAN, Jules. *Markets, morals and the law*, p. 185.

perspectiva unilateral do problema, pois a justiça corretiva foi examinada por uma perspectiva Tomística, centrada na neutralização de perdas em detrimento da abordagem Aristotélica.⁷¹

Na pretensão restitutória, a lei impõe ao lesante o dever de recriar a situação hipotética que a sua intervenção impossibilitou. Essa realidade alternativa tem, necessariamente, de compreender a posição do agente. Se o lesante obteve um benefício patrimonial com o seu comportamento, é uma ficção dizer-se que a restituição escapa à reconstituição desejada. É verdade que o art. 944 do Código Civil pontua que “A indenização mede-se pela extensão do dano”. A interpretação literal do dispositivo delimita a sanção do devedor à obrigação de reparação de um dano, o que, em última instância, privaria de fundamento a interpretação que, em razão da perspectiva relacional da obrigação de indenizar, nesta pretendesse incluir o resgate do lucro, se o lesado não sofreu nenhum prejuízo. Sucede, porém, que esse entendimento restringe a condenação indenizatória a apenas uma das pretensões emanadas do fato ilícito (compensação de danos), olvidando-se da pretensão restitutória por ganhos decorrentes do comportamento antijurídico.

Em outros termos, o resgate das vantagens econômicas obtidas pelo lesante é trazido para a responsabilidade civil porque é ainda de indenização que se trata. Na restituição dos benefícios obtidos com a prática do fato antijurídico, descobre-se uma dimensão inelutável da indenização: a reposição do equilíbrio entre as partes, permitindo a reconstituição da situação hipotética.⁷² Para um sistema de direito privado contribuir da melhor forma para o preenchimento da justiça corretiva, cabe complementar a resposta da compensação de danos com um conjunto apropriado de remédios capazes de reverter lucros derivados de invasão de direitos

Consequentemente, podemos ampliar o conceito de *restitutio in integro* como desiderato de ações indenizatórias, como condenações pecuniárias a obrigações extracontratuais que perfaçam a finalidade de recomposição do sinalagma entre demandante e demandado por três vias: a) restituição do demandante a situação anterior ao dano injusto pelo remédio compensatório; b) restituição de ambas as partes à situação

⁷¹ GIGLIO, Francesco, op. Cit, p. 193.

⁷² ANTUNES, Henrique de Sousa, *Da Inclusão do Lucro Ilícito e de Efeitos Punitivos entre as Consequências da Responsabilidade Civil Extracontratual*, p. 42,

anterior ao ganho ilícito ou economia de despesas pelo remédio da fixação de um preço razoável pela intervenção inconstitucional no bem do demandante; c) restituição do demandado à situação anterior ao ganho ilícito através da remoção total ou parcial dos lucros decorrentes da violação de interesses protegidos do demandante.

No mais, cabe salientar que o mero fato de um certo ordenamento contar com um remédio capaz de desnudar lucros ilícitos não significa que adentrou no campo da punição privada. Pelo contrário, não será possível se cogitar de aplicação da regra da *restitutio in integro* quando uma sentença defina uma indenização punitiva, circunstância em que o demandado será remetido a uma situação econômica pior àquela do momento do dano, considerando-se que sanções punitivas extracontratuais não guardam proporcionalidade com as perdas econômicas do demandante e superam o valor de eventuais ganhos ilícitos auferidos pelo demandado, pois a função desestímulo a comportamentos ultrajantes apela para a justiça distributiva, transcendendo a bilateralidade das razões correlativas das partes, pela necessidade de uma prevenção geral como um alerta à sociedade ao desencorajamento à reincidência.

6. CONCLUSÃO

A responsabilidade civil pode ser descrita como uma das mais dinâmicas partes do direito brasileiro, em toda a sua transversalidade. Ela sempre se adapta às circunstâncias de seu tempo. Ao longo do tempo, várias jurisdições da *civil law e common law* moldaram o direito romano-germânico, modernizando-o e flexibilizando-o progressivamente. É certo que em cada País os modelos jurídicos clássicos receberam distintas valorações, conforme as suas contingências políticas e socioeconômicas.

Não seria diferente com o instituto da restituição por lucros ilícitos. Temos a clara noção de sua importância e extenso raio de aplicação. É possível aplicar a remoção ou a devolução de ganhos indevidos no campo da violação a direitos de propriedade (tangível e intangível), contratos, relações de confiança, direito da concorrência, mercado de capitais e direitos da personalidade.

Contudo, em cada sistema jurídico a matéria recebeu diferente normatividade. Nas jurisdições da *civil law*, inexistem regras gerais na responsabilidade civil que abriguem remédios focados nos ganhos como alternativa às clássicas pretensões reparatórias de danos. Ao contrário do que vemos nos Estados Unidos, Inglaterra, Austrália e outras nações filiadas a *common law*, *Disgorgement* e *reasonable fee* são realidades ainda distantes em países que reverenciam a responsabilidade civil como uma engrenagem exclusivamente ativada pelo fato jurídico do dano injusto e que, frequentemente, chegam ao ponto de eleger a expressão “direito de danos” como nomenclatura contemporânea desse setor do direito obrigacional.

Consequentemente, os sistemas jurídicos da Europa continental e América latina lidam de outras maneiras com o fenômeno da ilicitude dos ganhos, seja pela via de normas tópicas que abordam os problemas de forma fragmentária e assistemática, como também pela utilização de equivalentes funcionais, que procuram alcançar resultados semelhantes à restituição de ganhos indevidos, aproveitando-se de modelos jurídicos consolidados em cada ordenamento.

Conforme o dito popular, “Todos os caminhos levam à Roma”. Será que existem rotas alternativas que permitam expropriar benefícios econômicos resultantes de violações à interesses jurídicos alheios? E se existirem, são esses caminhos sustentáveis ou na verdade não passam de estradas vicinais que apenas remetem à periferia, mas não ao destino almejado?

Por tudo que aqui foi sugerido, sustentamos que o enriquecimento sem causa não pode servir como adequado equivalente funcional aos “gain-based damages”, consistindo em via imprópria à restituição de ganhos indevidos, colocando em risco a própria coerência de cada um dos referidos institutos jurídicos.