



Universidade de Brasília - UnB
Faculdade de Direito - FD
Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGD

ELIAS CÂNDIDO DA NÓBREGA NETO

**A QUANTIFICAÇÃO DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA POR INTERVENÇÃO
E O *DISGORGEMENT OF PROFITS* NO DIREITO BRASILEIRO**

Brasília

2023

ELIAS CÂNDIDO DA NÓBREGA NETO

**A QUANTIFICAÇÃO DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA POR INTERVENÇÃO
E O *DISGORGEMENT OF PROFITS* NO DIREITO BRASILEIRO**

Dissertação apresentada como requisito parcial à
obtenção do grau de Mestre em Direito pela
Universidade de Brasília – UnB.

Orientador: Prof. Dr. João Costa-Neto

Brasília, 8 de fevereiro de 2023.

Nóbrega Neto, Elias Cândido da

NN754q A quantificação do enriquecimento sem causa por intervenção e o disgorgement of profits no Direito brasileiro / Elias Cândido da Nóbrega Neto; orientador João Costa-Neto. -- Brasília, 2023.
170 p.

Dissertação (Mestrado em Direito) -- Universidade de Brasília, 2023.

1. Enriquecimento sem causa. 2. Enriquecimento sem causa por intervenção. 3. Lucro da intervenção. 4. Disgorgement of profits. I. Costa-Neto, João, orient. II. Título.

ELIAS CÂNDIDO DA NÓBREGA NETO

A QUANTIFICAÇÃO DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA POR INTERVENÇÃO E O
DISGORGEMENT OF PROFITS NO DIREITO BRASILEIRO

Dissertação apresentada como requisito parcial para
a obtenção do grau de Mestre em Direito pela
Universidade de Brasília – UnB.

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Prof. Dr. JOÃO COSTA-NETO
Universidade de Brasília

Prof. Dr. JOÃO PINTO MONTEIRO
Universidade de Coimbra

Prof. Associado FRANCISCO PAULO DE CRESCENZO MARINO
Universidade de São Paulo

Prof. Associado CARLOS NELSON KONDER
Universidade do Estado do Rio de Janeiro

AGRADECIMENTOS

Certa vez ouvi que a gratidão tem memória curta e envelhece depressa. Portanto, deveríamos externar nosso sentimento tão logo fosse possível. E eu, após a conclusão deste trabalho, tenho muito a agradecer; e a muita gente.

Eu agradeço, inicialmente, aos meus pais, Armindo e Edilza, que me deram tudo e nunca mediram esforços para possibilitar o impossível para seus quatro filhos. Amo vocês e meus irmãos, Aldo, Evelyne e Armindinho. A vocês, meus irmãos, agradeço; assim como faço à minha avó, Maria, e a todos os meus tios.

Da mesma maneira, agradeço aos meus colegas do escritório Sergio Bermudes. É certo que, sem a ajuda de vocês, eu nem sequer teria sido aprovado para cursar este mestrado; muito menos concluído. De forma especial, sou muito grato a Flávio e a André pelo incentivo incondicional e pela compreensão nas ausências. Espero um dia recompensá-los por tudo o que fazem e que fizeram por mim.

Agradeço ao meu orientador, professor João Costa-Neto, que se tornou o maior referencial de dedicação e de obstinação que já tive. Com você, professor, aprendi que tudo é possível, desde que façamos por onde; que é preciso rezar aos céus e nadar em direção à praia. Também agradeço aos professores João Pinto Monteiro, Francisco Paulo de Crescenzo Marino e Carlos Nelson Konder por terem aceitado compor esta banca de avaliação.

Não poderia me esquecer dos queridos amigos de mestrado, em especial Júlia Scartezini e Luciano Ramos, que compartilharam angústias e ajuda para a finalização desta e de suas dissertações. Foi um prazer caminhar ao lado de vocês.

Agradeço também aos meus amigos, de Natal e de Brasília, pelo apoio de sempre.

Sou grato, ainda, à Universidade de Brasília, que me recepcionou como se daqui eu fosse. Quando estou na UnB, parece que estou na UFRN; sinto-me em casa, portanto. E, na UnB, a ninguém sou mais grato do que a Euzilene, verdadeira força motriz deste PPGD e cuja ajuda foi determinante para que tudo desse certo.

Mais do que tudo, sou grato a Deus, que me deu a família maravilhosa que tenho e que me permitiu viver todas as coisas maravilhosas que vivo.

Por tudo isso e a todos vocês, enfim, meu muito obrigado!

RESUMO

Este trabalho teve como objeto o enriquecimento sem causa por intervenção, que é a forma de enriquecimento sem causa na qual alguém, sem autorização para tanto, explora direitos alheios sem necessariamente causar danos à vítima, mas se beneficiando financeiramente dessa intervenção. No âmbito do enriquecimento sem causa por intervenção, foram analisados de forma mais aprofundada dois temas: o seu enquadramento sistemático no ordenamento brasileiro e a quantificação da sua restituição. O objetivo em relação à primeira delimitação era aferir se a pretensão de restituição dos ganhos obtidos a partir da intervenção sobre direitos alheios encontrava fundamento no ato ilícito ou no enriquecimento sem causa. Já no que diz respeito à segunda delimitação, era saber se é possível que a restituição dos ganhos no contexto da intervenção abranja todos os ganhos líquidos obtidos a partir da intervenção, ao que se atribui a nomenclatura de *disgorgement of profits* no Direito inglês, ou se, diversamente, será necessário dividi-los proporcionalmente entre a vítima e o interventor. O trabalho foi desenvolvido essencialmente a partir da revisão bibliográfica sobre o tema, com recurso à literatura estrangeira, especialmente de autores portugueses, ingleses e alemães. Em sede de conclusões, constatou-se que a restituição das situações de intervenção sobre direitos alheios encontra fundamento no enriquecimento sem causa. Fala-se, portanto, em enriquecimento sem causa por intervenção. Isso com fundamento na doutrina alemã do conteúdo da destinação, que reserva o monopólio da exploração sobre direitos ao respectivo titular. No que diz respeito à restituição, concluiu-se que não há incompatibilidade entre o *disgorgement of profits*, isto é, entre a restituição integral dos ganhos derivados da intervenção e o Direito brasileiro, sob a perspectiva dogmática. Da mesma maneira, adotar essa forma de quantificação da restituição pode trazer três consequências positivas para nosso ordenamento. A primeira é o respeito ao monopólio de exploração do titular. A segunda é a dissuasão das práticas de intervenção sobre direitos alheios. A terceira, por fim, é o privilégio à previsibilidade e à segurança jurídica, na medida em que é oferecido um referencial mais claro do que é o prevalecente no Brasil atualmente, qual seja, o da divisão proporcional do enriquecimento fruto da intervenção entre o interventor e a vítima a partir da contribuição de cada um deles para o resultado.

Palavras-chave: Enriquecimento sem causa; Enriquecimento sem causa por intervenção; Lucro da intervenção; *Disgorgement of profits*.

ABSTRACT

This dissertation examines unjustified enrichment by intervention, which is the form of unjustified enrichment in which someone exploits in an unauthorized manner the rights of others, without necessarily causing damages to the victim, but benefiting from this intervention. In the scope of unjustified enrichment by intervention, the work examined two topics: its systematic framing in the Brazilian legal system and the measure of its restitution. The first topic goal was to assess whether the claim for restitution of earnings obtained from the intervention on the rights of others was based on the source of obligations of wrongs or unjustified enrichment. As for the second topic, the analysis focused on if it is possible that the restitution of earnings in the context of the intervention encompasses all the earnings obtained from the intervention, to which the nomenclature of disgorgement of profits in English law is attributed, or if, otherwise, it will be necessary to divide them proportionally between the victim and the intervenor. The research was developed essentially based on a bibliographical review of the theme, with recourse to foreign literature, especially Portuguese, English and German authors. In conclusion, the work argues that restitution in situations of intervention over other people's rights is based on unjustified enrichment. We can, therefore, speak of unjustified enrichment by intervention. This is based on the German doctrine of attribution, which reserves the monopoly of exploitation over rights and things to their respective holder. With regard to restitution, we conclude that there is no incompatibility between the disgorgement of profits, that is, between the full restitution of gains derived from intervention and Brazilian Law, in a dogmatic perspective. In the same way, adopting this form of measure of restitution can bring three positive consequences to our legal system. The first is the respect for the holder's monopoly of exploration. The second is the dissuasion of intervention practices over the rights of others. The third, finally, is the privilege of predictability and legal security, insofar as it provides a clearer reference than the one currently prevailing in Brazil, which is the proportional division of the enrichment resulting from the intervention between the intervenor and the victim based on each one's contribution to the result.

Keywords: Unjustified enrichment; Unjustified enrichment by intervention; Profit from intervention; Disgorgement of profits.

LISTA DE ABREVIATURAS

BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil alemão)
ICMS	Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação
LPI	Lei da Propriedade Industrial
MG	Minas Gerais
RJ	Rio de Janeiro
RN	Rio Grande do Norte
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal
SP	São Paulo
TJRJ	Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
TJRN	Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA	19
2.1 OS VÁRIOS SENTIDOS DA EXPRESSÃO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA	19
2.1.1 O enriquecimento sem causa como princípio e a sua banalização por parte dos tribunais	19
2.1.2 Enriquecimento como instituto autônomo: uma das três fontes de obrigações não autônomas do Direito brasileiro	22
2.1.2.1 <i>Os mapas de Birks: a diferença entre fontes de obrigações e pretensões e as suas interseções</i>	22
2.1.2.2 <i>A tripartição das fontes de obrigação no Direito brasileiro.....</i>	26
2.1.3 O enriquecimento sem causa como ramo autônomo do Direito Civil: Direito do Enriquecimento sem Causa	30
2.2 DESENVOLVIMENTO DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA NO DIREITO ROMANO E NO BRASIL	33
2.2.1 Enriquecimento sem causa como produto do Direito Romano	33
2.2.1.1 <i>Os quase-contratos como raiz do enriquecimento sem causa.....</i>	33
2.2.1.2 <i>As conditiones romanas</i>	36
2.2.1.3 <i>Enriquecimento sem causa fora das conditiones.....</i>	43
2.2.1.4 <i>Críticas e defesa à posição de que o enriquecimento sem causa é produto do Direito Romano</i>	45
2.2.2 Enriquecimento sem causa no Brasil durante a vigência do Código Civil de 1916: regramento insuficiente e inadequado	48
2.2.2.1 <i>A opção de Beviláqua como fruto do império do paradigma da vontade.....</i>	50
2.2.2.2 <i>O enriquecimento sem causa na jurisprudência durante a vigência do Código Civil de 1916: aplicação para afastar a percepção de ganhos considerados “injustos”</i>	54
2.2.2.3 <i>Um olhar inicial sobre o enriquecimento por intervenção</i>	57
2.2.3 O enriquecimento sem causa no Código Civil de 2002	59
2.2.3.1 <i>Enriquecimento.....</i>	60
2.2.3.2 <i>À custa de outrem (causalidade)</i>	65
2.2.3.3 <i>Sem causa jurídica</i>	69
2.2.3.3.1 <i>O conceito de causa como elemento diferenciador entre o unjustified enrichment dos países de matriz de Civil Law e o unjust enrichment dos países de matriz de Common Law</i>	76
2.2.3.4 <i>Subsidiariedade</i>	82

3 ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA POR INTERVENÇÃO: ZONA CINZENTA ENTRE O ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA E A RESPONSABILIDADE CIVIL.	88
3.1 TENDÊNCIA INTUITIVA À ESCOLHA PELA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	91
3.1.2 Camarões vs. Coco Bambu: a resistência do Judiciário em reconhecer o enriquecimento como referencial de condenação.....	91
3.2 A RACIONALIZAÇÃO DO PROBLEMA POR PARTE DA DOUTRINA: O EQUÍVOCO DA ALOCAÇÃO DO ENRIQUECIMENTO POR INTERVENÇÃO COMO PRODUTO DE UM ATO ILÍCITO	95
3.3. CRÍTICA À PROPOSTA DE ADEQUAÇÃO DAS SITUAÇÕES DE INTERVENÇÃO AO MODELO INGLÊS DE <i>RESTITUTION FOR WRONGS</i>	101
3.3.1 O modelo de <i>restitution for wrongs</i>	102
3.3.2 Da teoria unitária à teoria da divisão do enriquecimento sem causa: o desenvolvimento do Direito alemão	105
4 A QUANTIFICAÇÃO DO ENRIQUECIMENTO POR INTERVENÇÃO.....	114
4.1 A negativa à incorporação da teoria do duplo limite no Brasil	115
4.2 A remuneração do interventor e o modelo participativo	118
4.2.1 A opção do STJ pelo enriquecimento patrimonial com a retenção dos ganhos derivados da contribuição do interventor	124
4.3 Delimitação do objeto do <i>disgorgement of profits</i>	128
4.4 restituição integral dos ganhos não tem caráter punitivo.....	142
4.5 Duas formas de quantificar a restituição: todos os ganhos ou a economia de despesas	154
5 CONCLUSÃO.....	163
REFERÊNCIAS	167

1 INTRODUÇÃO

O enriquecimento sem causa é matéria historicamente negligenciada no Direito brasileiro.¹ Doutrina e jurisprudência, ao longo dos séculos XIX e XX, pouco se dedicaram ao tema.² É por isso que, para muitas pessoas, há somente duas fontes de obrigações:³ o contrato e o ato ilícito, relacionados, respectivamente às responsabilidades civis contratual e extracontratual; ou, nos termos da doutrina majoritária, aos contratos e à responsabilidade civil.⁴ Contudo, há uma terceira fonte de obrigações: o enriquecimento sem causa.⁵ Sua respectiva pretensão é a restitutória.⁶

Essa pretensão restitutória possui natureza essencialmente distinta daquelas relacionadas à responsabilidade civil.⁷ Enquanto as pretensões de responsabilidade civil são utilizadas para tratar de danos sofridos pela vítima, a pretensão restitutória diz respeito aos ganhos auferidos ou às despesas poupadas pelo enriquecido.⁸ Por isso, no âmbito do *Common Law*, fala-se em *gain-based damages*.⁹

Muitos estudiosos da matéria atribuem a negligência para com o tema a CLÓVIS BEVILÁQUA, autor do Código Civil de 1916.¹⁰ É que BEVILÁQUA optou por não inserir no diploma o termo “enriquecimento sem causa”. Ele entendia que a pretensão com esse fundamento seria abstrata e genérica.¹¹ Assim, durante a vigência do Código Civil de 1916, o instituto foi tratado, quando muito, como princípio geral do Direito.¹² Apenas no Código Civil

¹ MICHELON JR., C. Direito restitutivo: enriquecimento sem causa, pagamento indevido, gestão de negócios. *In*: REALE, M.; MARTINS-COSTA, J. **Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (Coleção Biblioteca de Direito Civil). p. 19-26.

² MICHELON JR., C. Direito restitutivo: enriquecimento sem causa, pagamento indevido, gestão de negócios. *In*: REALE, M.; MARTINS-COSTA, J. **Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (Coleção Biblioteca de Direito Civil). p. 19-26.

³ A não ser que haja expressa menção em contrário, todas as vezes que houver referência a “fontes de obrigação” neste trabalho se estará a tratar do evento que faz nascer uma obrigação. Nesse sentido, cf.: BIRKS, P. **Unjust enrichment**. 2. ed. Oxford University Press, 2005. p. 21; ALVES, J. C. M. **Direito romano**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 439.

⁴ NORONHA, F. **Direito das obrigações**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 15-18.

⁵ NORONHA, F. **Direito das obrigações**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 166.

⁶ OLIVEIRA, C. E. D.; COSTA-NETO, J. **Direito civil**. 1. ed. São Paulo: Forense, 2022. p. 715.

⁷ OLIVEIRA, C. E. D.; COSTA-NETO, J. **Direito civil**. 1. ed. São Paulo: Forense, 2022. p. 715.

⁸ OLIVEIRA, C. E. D.; COSTA-NETO, J. **Direito civil**. 1. ed. São Paulo: Forense, 2022. p. 713.

⁹ EDELMAN, J. **Gain-based damages: contract, tort, equity and intellectual property**. Portland: Hart Publishing, 2002. p. 35.

¹⁰ MICHELON JR., C. Direito restitutivo: enriquecimento sem causa, pagamento indevido, gestão de negócios. *In*: REALE, M.; MARTINS-COSTA, J. **Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (Coleção Biblioteca de Direito Civil). p. 22.

¹¹ BEVILÁQUA, C. **Direito das obrigações**. 5. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1940. p. 118.

¹² ALVIM, A. Do enriquecimento sem causa. **Revista dos Tribunais**, v. 259, p. 3-36, São Paulo, maio 1957. p. 3.

de 2002 houve expressa positivação, entre os arts. 884 e 886, no Capítulo IV do Título VII do Livro de Obrigações: “Dos Atos Unilaterais”.

É por essa razão que o enriquecimento sem causa se tornou um coringa argumentativo nos tribunais.¹³ Juízes, advogados e acadêmicos passaram a invocar o princípio como fundamento de minoração de condenações elevadas.¹⁴ De fato, o enriquecimento sem causa é um princípio. Entretanto, não é apenas um princípio. É instituto, ao lado das demais fontes restitutórias: pagamento indevido e gestão de negócios.¹⁵ Nessa acepção, tem como objeto as situações em que alguém enriquece à custa de outra pessoa sem que haja uma causa jurídica a justificar referido enriquecimento.

O enriquecimento sem causa, o pagamento indevido e a gestão de negócios formam um ramo autônomo do Direito Civil, qual seja, o Direito Restitutivo.¹⁶ Há quem defenda que é possível falar-se em Direito do Enriquecimento sem Causa como sinônimo de Direito Restitutivo, o que implicaria mais uma faceta do polissêmico termo “enriquecimento sem causa”.¹⁷

No Superior Tribunal de Justiça (STJ), por exemplo, há mais de 5 mil acórdãos e de 110 mil decisões monocráticas a mencionar “enriquecimento sem causa”. A hipótese defendida neste trabalho é a de que a absoluta maioria dessas decisões fez referência ao termo como princípio e que isso é prejudicial ao desenvolvimento da matéria.

Nos últimos anos, porém, a doutrina passou a se dedicar ao aprofundamento do estudo do enriquecimento sem causa, de modo que foram elaboradas dissertações de mestrado e teses de doutorado com esse objeto.¹⁸ No universo do enriquecimento sem causa, que, como já se

¹³ OLIVEIRA, C. E. D.; COSTA-NETO, J. **Direito civil**. 1. ed. São Paulo: Forense, 2022. p. 714.

¹⁴ Cf.: SOUZA, A. S. R. S.; GODINHO, J. R. **O dano moral como subterfúgio para o enriquecimento sem causa**. Curitiba: Appris, 2018.

¹⁵ MICHELON JR., C. Direito restitutivo: enriquecimento sem causa, pagamento indevido, gestão de negócios. In: REALE, M.; MARTINS-COSTA, J. **Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (Coleção Biblioteca de Direito Civil). p. 18.

¹⁶ MICHELON JR., C. Direito restitutivo: enriquecimento sem causa, pagamento indevido, gestão de negócios. In: REALE, M.; MARTINS-COSTA, J. **Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (Coleção Biblioteca de Direito Civil). p. 18.

¹⁷ OLIVEIRA, C. E. D.; COSTA-NETO, J. **Direito civil**. 1. ed. São Paulo: Forense, 2022. p. 714.

¹⁸ Cf.: SAVI, S. **Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa: o lucro da intervenção**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2012; GUIA SILVA, R. D. **Enriquecimento sem causa: as obrigações restitutórias no direito civil**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. [livro eletrônico]; SILVA, S. J. **A intervenção nos direitos subjetivos alheios: com qual fundamento e em que medida é possível restituir o lucro da intervenção?**. 2019. Dissertação (Mestrado) – Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2019; URBANO, H. E. M. C. **O enriquecimento sem causa no direito brasileiro: da teoria unitária à teoria da divisão**. Andradina: Meraki, 2021; MORAES, R. D. F. D. **Enriquecimento sem causa e enriquecimento por intervenção**. São Paulo: Almedina, 2021. Da mesma forma, respeitados professores também elaboraram artigos sobre a temática. Cf.: TERRA, A. D. M. V.; GUEDES, G. S. D. C. Considerações acerca da exclusão do lucro ilícito do patrimônio do agente ofensor. **Revista da Faculdade de Direito – UERJ**, Rio de Janeiro, n. 28, p. 1-24,

disse, passou muito tempo sem receber a devida atenção por parte da comunidade jurídica, um tema específico foi especialmente deixado de lado: o enriquecimento sem causa por intervenção ou, simplesmente, enriquecimento por intervenção.^{19/20}

De forma objetiva, o enriquecimento por intervenção acontece quando alguém enriquece mediante a exploração de bem ou direito alheio, de forma desautorizada, ainda que não seja causado qualquer dano ao respectivo titular.²¹

Essa classe de eventos, portanto, está situada numa zona cinzenta entre a responsabilidade civil e o enriquecimento sem causa.²² É que, usualmente, essa intervenção, porquanto desautorizada, é ilícita. E as condutas ilícitas, tradicionalmente, são apreciadas sob a perspectiva da responsabilidade civil.²³ Não por acaso, por muito tempo os tribunais enfrentaram situações de intervenção sob a perspectiva exclusiva da responsabilidade civil.²⁴ Foi apenas em 2018 que o STJ, pela primeira vez, utilizou o enriquecimento por intervenção como razão de decidir.²⁵

dez. 2015; KONDER, C. N. Dificuldades de uma abordagem unitária do lucro da intervenção. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, v 13, p. 231-248, out./dez. 2017; SCHREIBER, A.; GUIA SILVA, R. D. Aspectos relevantes para a sistematização do lucro da intervenção no direito brasileiro. **Pensar**, Fortaleza, v. 23, n. 4, p. 1-15, out./dez. 2018. p. 1-15. Cf.: ainda ROSENVALD, Nelson. **A responsabilidade civil pelo ilícito lucrativo: o disgorgement e a indenização restitutória**. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2019, que defende que o enriquecimento por intervenção é objeto a ser tratado no âmbito da responsabilidade civil e sob a alcunha de “lucro ilícito”.

¹⁹ Cf.: MICHELON JR. C. Native sources and comparative resources: unjustified enrichment in Brazil after the 2002 civil Code. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 9, p. 243-276, out./dez. 2016. p. 251: “[e]nrichment by intervention is a relatively new concept in Brazilian law and its study was in no small measure triggered by the new CC”.

²⁰ Parte da doutrina prefere a nomenclatura “lucro da intervenção”. Contudo, este trabalho, para designar o mesmo objeto, utiliza a expressão “enriquecimento por intervenção”. São, pois, duas as razões. A primeira diz respeito à distinção entre as formas de enriquecimento sem causa: enriquecimento sem causa por prestação e enriquecimento sem causa por intervenção. A segunda, conforme adverte Renato Moraes, está relacionada à abrangência do termo “enriquecimento”, que é maior do que a de “lucro”. Como se verá, também a economia de despesas é abarcada pelo enriquecimento por intervenção, de modo que parece mais adequado optar por essa nomenclatura. Cf. MORAES, R. D. F. D. **Enriquecimento sem causa e enriquecimento por intervenção**. São Paulo: Almedina, 2021. p. 15-16.

²¹ MICHELON JR., C. Direito restitutivo: enriquecimento sem causa, pagamento indevido, gestão de negócios. In: REALE, M.; MARTINS-COSTA, J. **Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (Coleção Biblioteca de Direito Civil). p. 249.

²² SAVI, S. **Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa: o lucro da intervenção**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 23.

²³ SAVI, S. **Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa: o lucro da intervenção**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 45.

²⁴ Cf.: MICHELON JR. C. Native sources and comparative resources: unjustified enrichment in Brazil after the 2002 civil Code. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 9, p. 243-276, out./dez. 2016. p. 251: “[h]owever, the absence of a general provision regarding unjust enrichment in Brazilian law made it difficult to find an autonomous legal ground to justify the disgorgement of an enrichment by intervention. In concrete cases it often happened that delictual rules concurrently applied to cases of enrichment by intervention (although that is, of course, not necessarily the case). Brazilian courts would then frequently utilise delictual grounds to produce non-delictual results”.

²⁵ **Recurso Especial n. 1.698.701/RJ**. Relator: Ricardo Villas Bôas Cueva. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília-DF, 08 out. 2018. Na oportunidade, uma atriz teve sua imagem utilizada de forma desautorizada por certa empresa

O enriquecimento sem causa por intervenção é produto do Direito alemão. Lá, há distinção entre o enriquecimento por prestação (*Leistungskondiktion*)²⁶ e o enriquecimento por não prestação (*Nichtleistungskondiktion*)²⁷. A principal forma de enriquecimento por não prestação é o enriquecimento por intervenção (*Eingriffskondiktion*).²⁸

No âmbito do direito inglês, o *Eingriffskondiktion* é compreendido sob a perspectiva de *restitution for wrongs*.²⁹ Mas aqui cabe uma ressalva: embora o *Eingriffskondiktion* e o *restitution for wrongs* digam respeito à mesma classe de eventos, suas naturezas são compreendidas de modo distinto.³⁰

É que enquanto o *Eingriffskondiktion* é uma hipótese daquilo que entendemos por enriquecimento sem causa, o *restitution for wrongs* não é uma hipótese de *unjust enrichment*.³¹ No direito restitutivo inglês há duas vertentes restitórias: o *unjust enrichment* e o *restitution for wrongs*.³² Apesar das divergências, o *Eingriffskondiktion* e o *restitution for wrongs* são

em uma campanha publicitária. Ela foi ao Judiciário pedindo os ganhos auferidos pela interventora a partir da exploração da sua imagem e obteve sucesso. Com efeito, a expressão utilizada foi “lucro da intervenção”. Contudo, este trabalho utilizará prioritariamente a expressão “enriquecimento por intervenção”, em atenção à posição de MICHELON. Cf.: MICHELON JR., C. Direito restitutivo: enriquecimento sem causa, pagamento indevido, gestão de negócios. In: REALE, M.; MARTINS-COSTA, J. **Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (Coleção Biblioteca de Direito Civil).

²⁶ Cf.: ZIMMERMANN, R. **The law of obligations: roman foundations of the civilian tradition**. 1. ed. Cape Town: Juta & Co., 1992. p. 889: “[t]he enrichment-by-transfer claim (“Leistungskondiktion”) concerns the recovery of performances which have gone awry for some reason or other. Central to determining when and between which parties this type of claim may be granted is the concept of performance (“Leistung”). If someone renders performance to another person, he does so with a specific purpose in mind (solvendi causa, obligandi causa, donandi causa); and if this purpose is not achieved, or turns out to have been frustrated, the performance may be said to have been made without legal ground”.

²⁷ OLIVEIRA, C. E. D.; COSTA-NETO, J. **Direito civil**. 1. ed. São Paulo: Forense, 2022. p. 724.

²⁸ OLIVEIRA, C. E. D.; COSTA-NETO, J. **Direito civil**. 1. ed. São Paulo: Forense, 2022. p. 724.

²⁹ Cf.: WEBB, C. **Reason and restitution: a theory of unjust enrichment**. Oxford: Oxford University Press, 2016. p. 37: “cases where the claimant sought a defendant’s gains on the basis that they were the product of some wrong the defendant had done the claimant.10 These were cases of liability for gains and, as such, cases of restitution”.

³⁰ Cf.: DANNEMANN, G. **The German law of unjustified enrichment and restitution: a comparative introduction**. 1. ed. Oxford: Oxford University Press, 2009.

³¹ Na Inglaterra, a perspectiva dominante é de que não há enriquecimento injustificado (*unjustified enrichment*), caracterizado pela ausência de causa jurídica a justificar o enriquecimento, tal como ocorre nos países da matriz europeia continental. Diversamente, os ingleses se preocupam com o enriquecimento injusto, que é caracterizado a partir de *unjust factors*: circunstâncias taxativamente elencadas capazes de justificar pretensão de restituição com base no *unjust enrichment*. A despeito disso, PETER BIRKS sugeriu uma alteração de paradigma no modelo inglês. O autor britânico apresentou proposta de migração do modelo inglês dos *unjust factors* para o modelo alemão de *ausência de causa*. BIRKS faleceu no início dos anos 2000, logo após ter dado início a esse debate. Apesar disso, a tese continua a gerar discussões até os dias de hoje. A posição dominante, porém, é pela manutenção do *unjust enrichment* fundamentado nos *unjust factors*. Cf.: BIRKS, P. **Unjust enrichment**. 2. ed. Oxford University Press, 2005; WEBB, C. **Reason and restitution: a theory of unjust enrichment**. Oxford: Oxford University Press, 2016; e VIRGO, G. **The principles of the law of restitution**. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2015. Dentre os autores brasileiros que trataram do debate, cf. MORAES, R. D. F. D. **Enriquecimento sem causa e enriquecimento por intervenção**. São Paulo: Almedina, 2021.

³² BURROWS, A. **The law of restitution**. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 9: “[i]t has become widely recognised in recent years that there is a fundamental distinction in the law of restitution between restitution for

tratados por pesquisadores do Direito Comparado como equivalentes funcionais.³³ Na verdade, ao longo dos anos, os modelos passaram a convergir em determinadas questões e a prestar auxílio mútuo na resolução de problemas.³⁴

Conforme mencionado, em 2018, o STJ, pela primeira e única vez, utilizou o enriquecimento por intervenção como razão de decidir de um acórdão.³⁵ Na oportunidade, uma atriz teve sua imagem utilizada de forma desautorizada por certa empresa em uma campanha publicitária. Ela foi ao Judiciário pedindo a restituição, com fundamento no enriquecimento sem causa, dos ganhos auferidos pela interventora a partir da exploração da sua imagem, e obteve sucesso.

Apesar do avanço, ainda existem problemas latentes relacionados ao enriquecimento por intervenção. Um dos mais significativos, certamente, diz respeito (ainda) ao seu enquadramento sistemático no ordenamento jurídico nacional.

É de se notar que há nova corrente doutrinária, amparada no *Common Law*, que sugere, por uma nova roupagem teórica, que o STJ cometeu um equívoco ao enquadrar a situação do enriquecimento por intervenção à luz do enriquecimento sem causa.³⁶ Esses autores pegam emprestada a ideia do mencionado *restitution for wrongs* do Direito inglês³⁷ para defender que a qualificação jurídica adequada da circunstância de exploração desautorizada de direito ou bem alheio que gera ganhos seria no âmbito da responsabilidade civil.³⁸

Outro ponto controvertido refere-se à quantificação da pretensão de restituição do enriquecimento por intervenção. Nesse contexto, foi apresentado o problema sobre a incorporação, ou não, do *disgorgement of profits*, ou simplesmente *disgorgement*, por parte do

na unjust enrichment and restitution for wrongs. In other words, there are (at least) those two fundamentally distinct parts to the law of restitution, albeit that principle of reversing unjust enrichment can be regarded as underpinning both”.

³³ DANNEMANN, G. **The German law of unjustified enrichment and restitution**: a comparative introduction. 1. ed. Oxford: Oxford University Press, 2009; WEBB, C. **Reason and restitution: a theory of unjust enrichment**. Oxford: Oxford University Press, 2016; e Cf.: MICHELON JR. C. Native sources and comparative resources: unjustified enrichment in Brazil after the 2002 civil Code. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 9, p. 243-276, out./dez. 2016. p. 271.

³⁴ MICHELON JR., C. Direito restitutivo: enriquecimento sem causa, pagamento indevido, gestão de negócios. In: REALE, M.; MARTINS-COSTA, J. **Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (Coleção Biblioteca de Direito Civil). p. 26.

³⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3 Turma). **Recurso Especial n. 1.698.701/RJ**. Relator: Ricardo Villas Bôas Cueva. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília-DF, 08 out. 2018.

³⁶ Cf.: ROSENVALD, Nelson. **A responsabilidade civil pelo ilícito lucrativo: o disgorgement e a indenização retributória**. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

³⁷ Cf.: ROSENVALD, Nelson. **A responsabilidade civil pelo ilícito lucrativo: o disgorgement e a indenização retributória**. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

³⁸ Cf.: ROSENVALD, Nelson. **A responsabilidade civil pelo ilícito lucrativo: o disgorgement e a indenização retributória**. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

ordenamento pátrio. O *disgorgement* é caracterizado pela restituição integral dos benefícios auferidos por alguém que intervém de forma desautorizada sobre direitos alheios.³⁹ Apesar de sua origem inglesa, o objeto está a ser discutido em diferentes países do mundo como solução para a situação há pouco descrita.⁴⁰

Não por coincidência, o Volume 8 da série “*Ius Comparatum – Global Studies in Comparative Law*”, elaborada para o 19º Congresso da Academia Internacional de Direito Comparado, que ocorreu em Viena no ano de 2014, teve como objeto exatamente o *disgorgement*.⁴¹ Na coletânea, o estudo brasileiro ficou a cargo de ALINE TERRA, que considerou o *disgorgement* como equivalente funcional ao enriquecimento sem causa por intervenção.^{42/43}

Dado o caráter pouco convencional da pretensão – absolutamente distinta da meramente reparatória que vigeu solitariamente no Direito brasileiro ao longo dos anos –,⁴⁴ é imprescindível questionar se há compatibilidade com o ordenamento jurídico nacional. Obter tal resposta é o outro objetivo deste trabalho. Feitos esses esclarecimentos, passa-se a descrever a estuturação da pesquisa.

No segundo capítulo, examinou-se o enriquecimento sem causa de forma ampla. Foram apresentadas as três acepções do termo: princípio geral do direito, fonte de obrigações e ramo autônomo do Direito Civil. Nesse contexto, destacou-se a importância da amplificação do

³⁹ EDELMAN, J. **Gain-based damages**: contract, tort, equity and intellectual property. Portland: Hart Publishing, 2002. p. 81.

⁴⁰ HONDIUS, E.; JANSSEN, A. Original questionnaire: disgorgement of profits. In: HONDIUS, E.; JANSSEN, A. **Disgorgement of profits**: gain-based remedies throughout the world. 1. ed. London: Springer, 2015. p. 3-12.

⁴¹ HONDIUS, E.; JANSSEN, A. **Disgorgement of profits**: gain-based remedies throughout the world. 1. ed. London: Springer, 2015. p. v. A coletânea foi construída a partir de 24 artigos elaborados por professores de 24 diferentes nacionalidades. Em cada artigo, os professores descreviam como o respectivo ordenamento enxergava a figura do *disgorgement of profits*. A justificativa do trabalho foi, pois, a seguinte: “[t]his volume aims at establishing the notion of disgorgement of profits as a keyword in the discourse of private law. It does not purport to answer the question whether or not such damages should or should not be awarded. It does however intend to contribute to the discussion, the arguments in favour and against, and the organisation of the various actions. This book collects the 24 national reports and the general report prepared for the XIXth congress of the International Academy of Comparative Law, held in Vienna, July 2014. It also includes both a table of cases and an index”.

⁴² TERRA, A. D. M. V. Disgorgement of profits in Brazilian law. In: HONDIUS, E.; JANSSEN, A. **Disgorgement of profits**: gain-based remedies throughout the world. 1. ed. London: Springer, 2015. p. 445-458. p. 456: “[t]he doctrine that is functionally closest to disgorgement of profits is unjust enrichment through profit by intervention, the scope of which resides precisely in removing from the wealth of the intervening party the profit obtained from unjustified intervention in the rights or goods of third parties”.

⁴³ HONDIUS, E.; JANSSEN, A. General report. In: HONDIUS, E.; JANSSEN, A. **Disgorgement of profits**: gain-based remedies throughout the world. 1. ed. London: Springer, 2015. p. 471-504. p. 473-474. A obra compilou estudos relativos ao estudo do *disgorgement* em 24 países do mundo, de diferentes tradições jurídicas e continentes, de modo a obter um olhar amplo e global sobre o tema. Apesar da concentração europeia, foram analisados sistemas de todos os continentes. Os países que compuseram a pesquisa foram: Austrália, Áustria, Bélgica, Brasil, Canadá, Chile, China, Croácia, Inglaterra, País de Gales, França, Alemanha, Grécia, Irlanda, Israel, Itália, Japão, Noruega, Portugal, Romênia, Escócia, Eslovênia, África do Sul, Espanha e Turquia.

⁴⁴ SAVI, S. **Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa**: o lucro da intervenção. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 1-6.

reconhecimento das duas últimas acepções, a fim de que seja alcançado o desenvolvimento da matéria no Brasil. Essa conclusão foi obtida a partir da remissão às origens do instituto no Direito Romano e ao tardio e desordenado desenvolvimento no Direito brasileiro. Por fim, foram apresentados os elementos essenciais à configuração da fonte de obrigações enriquecimento sem causa, bem como suas peculiaridades.

No terceiro capítulo, abriu-se a pauta de uma das questões mais polêmicas no que diz respeito ao estudo do enriquecimento sem causa: a sistematização do enriquecimento sem causa por intervenção no ordenamento jurídico brasileiro. Deu-se especial atenção à mencionada tentativa de incorporação do modelo inglês de *restitution for wrongs* para justificar as situações de intervenção no contexto da responsabilidade civil.

No quarto capítulo, avaliou-se o problema da quantificação da restituição derivada do enriquecimento por intervenção, especialmente se há compatibilidade entre o *disgorgement* e o Direito brasileiro.

O trabalho foi construído prioritariamente a partir de revisão bibliográfica, sem prejuízo do exame de julgados e da legislação.

A despeito do esforço argumentativo da corrente minoritária, que entende que a resposta para a intromissão desautorizada em direitos e bens alheios há de ser dada pela responsabilidade civil, este trabalho se filia à ideia de que o fundamento da pretensão restitutória nessas hipóteses é a ausência de causa jurídica que justifique o incremento patrimonial ou a poupança de despesas. Por esse motivo, a fonte de obrigações relacionada é o enriquecimento sem causa.

É que a responsabilidade civil lida com danos, de modo que há incompatibilidade entre ela e pretensões restitutórias, que tratam de ganhos. Ao mesmo tempo, a cláusula geral de vedação ao enriquecimento sem causa positivada no art. 884 do Código Civil⁴⁵ é capaz de oferecer pretensão ao titular do direito ou do bem violado em circunstância de intervenção desautorizada.

Portanto, a resposta do STJ no caso *Giovanna Antonelli*, apoiada na doutrina nacional majoritária – que defendia a incorporação do modelo alemão de diferenciação entre os enriquecimentos por prestação e por intervenção –, parece a mais adequada. Mais que isso: a decisão rompeu, ainda que momentaneamente, com longa tradição de atecnia da Corte para com os casos de intervenção. Esses eram, usualmente, tratados de forma equivocada sob a perspectiva exclusiva da responsabilidade civil.

⁴⁵ Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.

No que diz respeito à relação entre o ordenamento jurídico nacional e o *disgorgement*, a conclusão desta pesquisa é pela compatibilidade. Isso porque essa forma de quantificar a restituição do enriquecimento sem causa por intervenção não tem natureza punitiva e preserva o adequado destino do proveito econômico derivado da exploração de direito alheio. Ao mesmo tempo, a restituição integral dos ganhos⁴⁶ derivados da intervenção tem efeito dissuasório sobre a prática de intervenções e privilegia a previsibilidade e a segurança jurídica no momento de apuração do valor que há de ser restituído por parte do interventor.

⁴⁶ A restituição integral dos ganhos a que se faz menção diz respeito ao efetivo acréscimo patrimonial obtido pelo interventor por meio da intervenção, com o conseqüente desconto das despesas para a obtenção do enriquecimento. Trata-se, portanto, da ideia de ganho líquido, que é sinônimo de lucro. Sobre a noção de “ganho líquido”, cf. MARINO, F. P. D. C. Perdas e danos. *In*: LOTUFO, R.; NANNI, G. E. **Obrigações**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 671.

2 ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA

2.1 OS VÁRIOS SENTIDOS DA EXPRESSÃO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA

2.1.1 O enriquecimento sem causa como princípio e a sua banalização por parte dos tribunais

No início da vigência do Código Civil de 2002, MENEZES LEITÃO elaborou artigo para comentar a disciplina conferida ao enriquecimento sem causa no diploma brasileiro.⁴⁷ Já no primeiro parágrafo, ele afirmou que a cláusula geral positivada no art. 884 do Código Civil “apresenta-se como um princípio em forma de norma, por meio do qual se institui uma fonte genérica das obrigações, segundo a qual o enriquecido fica obrigado a restituir ao empobrecido o benefício que injustificadamente obteve à custa dele”.⁴⁸

Com efeito, durante muito tempo a vedação ao enriquecimento sem causa, especialmente no Brasil, tinha natureza somente de princípio, dada a ausência de positivação expressa. Portanto, essa foi a primeira acepção do termo no Direito brasileiro. Não se pretende, neste trabalho, proceder a uma acurada análise da teoria da norma jurídica. O que se busca, diversamente, é registrar que, mesmo diante da criação de uma cláusula geral de vedação ao enriquecimento sem causa, de uma regra jurídica, portanto, o enriquecimento sem causa ainda pode ser entendido como princípio jurídico.

E o faz, pois, no sentido de orientar a interpretação das “diversas regras que tratam de aspectos específicos de institutos de direito privado e mesmo, em diversos casos, para regras de direito público”.⁴⁹ JOÃO COSTA-NETO e CARLOS E. ELIAS DE OLIVEIRA, inclusive, mencionam o enriquecimento sem causa como exemplo de princípio geral do direito:

⁴⁷ MENEZES LEITÃO, L. M. T. D. O enriquecimento sem causa no novo Código civil brasileiro. **R. CEJ**, Brasília, n. 25, p. 24-33, abr./jun. 2004. p. 25.

⁴⁸ MENEZES LEITÃO, L. M. T. D. O enriquecimento sem causa no novo Código civil brasileiro. **R. CEJ**, Brasília, n. 25, p. 24-33, abr./jun. 2004. p. 25.

⁴⁹ MICHELON JR., C. Direito restitutivo: enriquecimento sem causa, pagamento indevido, gestão de negócios. *In*: REALE, M.; MARTINS-COSTA, J. **Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (Coleção Biblioteca de Direito Civil). p. 176.

Os princípios gerais de direito são noções de justiça estabelecidos na história do Direito, com pretensões de universalidade. Abrangem regras clássicas como a de não causar dano a outrem, a de vedar o enriquecimento sem causa etc. Os brocardos latinos tradicionais não podem ser confundidos com princípios gerais de direito, embora, em muitas situações, consigam sintetizar ideias de alguns princípios.⁵⁰

De fato, a utilização do enriquecimento sem causa como princípio informador do ordenamento jurídico tem vasta incidência ainda hoje. CLÁUDIO MICHELON JR. menciona como exemplo as situações de anulação do negócio jurídico e de resolução dos contratos.⁵¹ Nesse âmbito, a ideia de que ninguém pode enriquecer à custa de outrem justifica o retorno das partes à situação em que se encontravam antes da avença.⁵² Assim como age, na mesma circunstância, o princípio de que ninguém deve causar dano a outra pessoa, relacionado, por sua vez, à cláusula geral de responsabilidade civil subjetiva, positivada no art. 927 do Código Civil.^{53/54}

MENEZES LEITÃO, embora reconheça os problemas da aplicação do enriquecimento sem causa como princípio em Portugal, que é muito menos problemática do que no Brasil,⁵⁵ defende que “a sua formulação genérica não é destituída de valor jurídico⁵⁶ [...], [de forma] que cabe à doutrina e à jurisprudência concretizar em categorias jurídicas específicas”.⁵⁷

O grande problema, por outro lado, é o esquecimento do enriquecimento sem causa como instituto e a sua utilização vulgarizada apenas como princípio. Quanto a esse aspecto, JOÃO COSTA-NETO e CARLOS E. ELIAS DE OLIVEIRA denunciam a utilização do enriquecimento sem causa, na forma de princípio, como verdadeiro coringa argumentativo capaz de subsidiar qualquer pretensão ou decisão jurídica: “[o] enriquecimento sem causa tornou-se protótipo de panaceia: o enriquecimento sem causa cura o incurável, concretiza o impossível e, para alguns, até traz a pessoa amada em três dias”.⁵⁸

⁵⁰ OLIVEIRA, C. E. D.; COSTA-NETO, J. **Direito civil**. 1. ed. São Paulo: Forense, 2022. p. 49.

⁵¹ MICHELON JR., C. Direito restitutivo: enriquecimento sem causa, pagamento indevido, gestão de negócios. In: REALE, M.; MARTINS-COSTA, J. **Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (Coleção Biblioteca de Direito Civil). p. 176.

⁵² MICHELON JR., C. Direito restitutivo: enriquecimento sem causa, pagamento indevido, gestão de negócios. In: REALE, M.; MARTINS-COSTA, J. **Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (Coleção Biblioteca de Direito Civil). p. 176.

⁵³ OLIVEIRA, C. E. D.; COSTA-NETO, J. **Direito civil**. 1. ed. São Paulo: Forense, 2022. p. 49.

⁵⁴ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

⁵⁵ OLIVEIRA, C. E. D.; COSTA-NETO, J. **Direito civil**. 1. ed. São Paulo: Forense, 2022. p. 737.

⁵⁶ Entre os que defendem que o enriquecimento sem causa não deveria ser utilizado como princípio estão JOÃO COSTA-NETO e CARLOS E. ELIAS DE OLIVEIRA: “[o] enriquecimento sem causa desdobra-se em regras bastante claras. Não se trata de um princípio. Não obstante, o STJ invoca o “princípio da vedação enriquecimento sem causa” como se fosse um coringa argumentativo”. Cf.: OLIVEIRA, C. E. D.; COSTA-NETO, J. **Direito civil**. 1. ed. São Paulo: Forense, 2022. p. 719.

⁵⁷ MENEZES LEITÃO, L. M. T. D. **Direito das obrigações**: introdução – da constituição das obrigações. 15. ed. Coimbra: Almedina, 2021. v. 1. p. 53.

⁵⁸ OLIVEIRA, C. E. D.; COSTA-NETO, J. **Direito civil**. 1. ed. São Paulo: Forense, 2022. p. 717.

MARIA KROETZ tem a mesma posição: afirma que muitos ignoram o enriquecimento sem causa como instituto jurídico e insistem em utilizá-lo, como “recurso de estilo”, em situações nas quais a aplicação é imprecisa e equivocada,⁵⁹ A autora prossegue com sua crítica, associando a aplicação desordenada do enriquecimento sem causa como princípio a um contexto maior de atecnia generalizada:

Essa tese encontra os maiores simpatizantes entre os partidários de uma prática jurídica sem rigores técnicos, realizada com base em alegações mais ou menos superficiais. Sempre é possível invocar o enriquecimento sem causa porque a partir desta ideia pode-se defender a justiça de um caso sem o espeque em normas e preceitos jurídicos concretos.⁶⁰

O exemplo paradigmático da utilização do enriquecimento sem causa como princípio de modo atécnico é a sua invocação para redução de condenações por danos morais reputadas excessivas. A atecnia se faz presente, sob um primeiro olhar, porque nessas situações há situação justificadora do enriquecimento: o dano extrapatrimonial sofrido pela vítima.⁶¹ Ao mesmo tempo, esse largo uso banalizou o instituto.

CLÁUDIO MICHELON JR. utilizou esse exemplo, ao lado de casos de limitação à autonomia privada, como representativo da aplicação imprecisa do enriquecimento sem causa por parte da jurisprudência. De acordo com o autor, ambos os usos, pautados exclusivamente numa ideia abstrata de equidade, vão de encontro ao regramento disposto no Código Civil.⁶²

A conclusão de MARIA KROETZ – compartilhada por este trabalho – é a seguinte: não se pode negar que o enriquecimento sem causa “é também uma regra moral ou ética”.⁶³ Entretanto, a isso o enriquecimento sem causa não pode ser reduzido, sob pena de perpetuação do subdesenvolvimento da sua aplicação no Brasil.⁶⁴

⁵⁹ KROETZ, M. C. D. A. **Enriquecimento sem causa no direito brasileiro contemporâneo e recomposição patrimonial**. 2005. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná (UFPR), Curitiba, 2005. p. 54.

⁶⁰ KROETZ, M. C. D. A. **Enriquecimento sem causa no direito brasileiro contemporâneo e recomposição patrimonial**. 2005. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná (UFPR), Curitiba, 2005. p. 54.

⁶¹ OLIVEIRA, C. E. D.; COSTA-NETO, J. **Direito civil**. 1. ed. São Paulo: Forense, 2022. p. 719: “[n]a verdade, é claro que há uma causa para o enriquecimento de quem sofreu danos morais: o dano extrapatrimonial suportado por alguém, que pode ser moral *stricto sensu*, psicológico, estético etc. O problema não deve ser resolvido com base no enriquecimento sem causa. Trata-se apenas de saber se o valor da condenação em danos morais é, ou não, apropriado. Isso não tem nenhuma relação com o enriquecimento sem causa, nem no Direito Romano nem no Direito Civil alemão, por exemplo”.

⁶² MICHELON JR., C. Direito restitutivo: enriquecimento sem causa, pagamento indevido, gestão de negócios. *In*: REALE, M.; MARTINS-COSTA, J. **Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (Coleção Biblioteca de Direito Civil). p. 37.

⁶³ KROETZ, M. C. D. A. **Enriquecimento sem causa no direito brasileiro contemporâneo e recomposição patrimonial**. 2005. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná (UFPR), Curitiba, 2005. p. 56.

⁶⁴ OLIVEIRA, C. E. D.; COSTA-NETO, J. **Direito civil**. 1. ed. São Paulo: Forense, 2022. p. 717.

2.1.2 Enriquecimento como instituto autônomo: uma das três fontes de obrigações não autônomas do Direito brasileiro

2.1.2.1 Os mapas de Birks: a diferença entre fontes de obrigações e pretensões e as suas interseções

PETER BIRKS ficou marcado pela tentativa de sistematizar o Direito Privado.⁶⁵ Nesse sentido, uma das classificações de maior relevo que ofereceu era a dos eventos que implicavam direitos.⁶⁶ De acordo com BIRKS, certos eventos implicavam, no sentido de trazer algo à realidade, direitos que poderiam ser pleiteados perante tribunais.⁶⁷ Assim, era necessário encontrar um tipo de evento generalizante que pudesse funcionar como referência para aquela classe de eventos.⁶⁸ Com isso, seria possível analisar eventos que ocorriam no mundo e neles reconhecer situações materialmente idênticas ao dito *core case*.⁶⁹

A posição de BIRKS, é importante dizer, não destoa da concepção de fontes de obrigações de MOREIRA ALVES.⁷⁰ Com efeito, MOREIRA ALVES afirmava que o termo “fonte de obrigações” tem duas acepções: a lei propriamente dita e o evento que implica uma obrigação.⁷¹ O autor defende que, quando se estuda a teoria das fontes de obrigações, “toma-se essa expressão no sentido de fato jurídico que dá nascimento à obrigação. Os juristas romanos, para traduzir tal ideia, se utilizavam da expressão ‘*causa obligationum*’”.⁷²

O exemplo fornecido por BIRKS para dar concretude à sua perspectiva foi de um labrador.⁷³ Certamente, ao se olhar para um labrador, é possível afirmar que se trata de um cachorro, assim como acontece quando se está diante de outras espécies de cachorro. A ideia de BIRKS era a de que da mesma forma que ao se olhar para um labrador seria possível afirmar

⁶⁵ Cf.: BURROWS, A.; RODGER, A. **Mapping the law: essays in memory of Peter Birks**. Oxford: Oxford University Press, 2006. p. 1.

⁶⁶ Em tradução literal, a ideia seria na direção de eventos que “causavam direitos”: “[t]hese are all events which are ‘causative’ in the sense that they cause to come into existence rights which can be realized in court”. Cf.: BIRKS, P. **Unjust enrichment**. 2. ed. Oxford University Press, 2005. p. 9.

⁶⁷ BIRKS, P. **Unjust enrichment**. 2. ed. Oxford University Press, 2005. p. 21.

⁶⁸ BIRKS, P. **Unjust enrichment**. 2. ed. Oxford University Press, 2005. p. 21.

⁶⁹ BIRKS, P. **Unjust enrichment**. 2. ed. Oxford University Press, 2005. p. 21.

⁷⁰ ALVES, J. C. M. **Direito romano**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 439. Este trabalho faz o mesmo uso da expressão: quando se fala em “fonte de obrigação” se está a falar do fato jurídico; do evento que faz nascer uma obrigação.

⁷¹ ALVES, J. C. M. **Direito romano**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 439.

⁷² ALVES, J. C. M. **Direito romano**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 439.

⁷³ BIRKS, P. **Unjust enrichment**. 2. ed. Oxford University Press, 2005. p. 9.

que se tratava de um cachorro, ao se olhar para determinados eventos, seria possível dizer qual fonte faria surgir um direito naquela situação.⁷⁴

Diante disso, BIRKS oferece mapa intitulado “*event-based classification*”, o qual pode ser identificado como equivalente funcional a um mapa das fontes de obrigações.⁷⁵ Eram, pois, quatro as categorias contidas no mapa de BIRKS: atos ilícitos, consentimento, enriquecimento injusto⁷⁶ e uma categoria residual, a qual abrangia situações que não se encaixavam em nenhuma das demais.⁷⁷

Ao lado do mapa dos “eventos causativos” ou das fontes de obrigação, BIRKS apresentou outra sistematização: a das categorias voltadas a uma dada finalidade.⁷⁸ Nesse universo estavam a restituição, a compensação,⁷⁹ a punição e, novamente, uma categoria residual.⁸⁰ Portanto, essa divisão tem objeto próximo ao nosso conceito de *pretensão*.⁸¹

E as pretensões são sensivelmente distintas, ainda que parceiras, nas palavras de BIRKS.⁸² Enquanto a pretensão compensatória se preocupa com perdas, a restitutória tem como objeto ganhos.⁸³ É por isso que se fala, respectivamente, em *loss-based damages* e *gain-based*

⁷⁴ BIRKS, P. **Unjust enrichment**. 2. ed. Oxford University Press, 2005. p. 9.

⁷⁵ BIRKS, P. **Unjust enrichment**. 2. ed. Oxford University Press, 2005. p. 21.

⁷⁶ Com efeito, BIRKS fala em “*unjust enrichment*”, termo que pode ser utilizado para designar equivalente funcional ao enriquecimento sem causa brasileiro. Contudo, há sensível diferença entre o *unjust enrichment* inglês e os regimes de enriquecimento sem causa dos países que seguem a tradição do *Civil Law*. É que o *unjust enrichment* não parte da ideia de “ausência de causa”, mas de circunstâncias chamadas de *unjust factors*, que guardam intrínseca relação com os defeitos do negócio jurídico do direito brasileiro. Por isso que, no caso, é mais adequado falar-se em enriquecimento injusto do que em enriquecimento sem causa. O tema será aprofundado no item 2.2.3.3.1 *infra*. Cf.: BIRKS, P. **Unjust enrichment**. 2. ed. Oxford University Press, 2005.

⁷⁷ No universo da categoria residual apresentada por BIRKS estava a gestão de negócios. A gestão de negócios é tida por muitos não apenas como uma pretensão restitutória, mas como um exemplo de enriquecimento sem causa como instituto. Porém, BIRKS considerava que a ideia da gestão de negócios, de acordo com seus criadores, os romanos, era simplesmente a de proteger pessoas que ajudavam aqueles que não podiam proteger a si próprios.

⁷⁸ A expressão utilizada é “*goal-based categories*”. Cf.: BIRKS, P. **Unjust enrichment**. 2. ed. Oxford University Press, 2005. p. 25.

⁷⁹ JOÃO COSTA-NETO e CARLOS EDUARDO ELIAS DE OLIVEIRA esclarecem que alguns autores fazem distinção entre os termos “compensação”, “indenização” e “ressarcimento”, como se fossem espécies do gênero “reparação”. Ou seja, seriam diferentes formas de designar pretensões relacionadas à reparação de danos. JOÃO COSTA-NETO e CARLOS E. ELIAS DE OLIVEIRA, porém, consideram que a distinção não é promissora e que a utilização dos termos como sinônimos é amplamente difundida na literatura jurídica. Não por acaso, em outros trechos de sua obra BIRKS se referiu a “*damages*”, cuja tradução literal seria “indenização”. Portanto, também BIRKS não fez distinção entre os termos, assim como este trabalho não fará. As expressões “compensação”, “indenização” e “ressarcimento” serão utilizadas como sinônimos de “reparação de danos”. Cf.: OLIVEIRA, C. E. D.; COSTA-NETO, J. **Direito civil**. 1. ed. São Paulo: Forense, 2022. p. 815. No mesmo sentido, cf. MARINO, F. P. D. C. *Perdas e danos*. In: LOTUFO, R.; NANNI, G. E. *Obrigações*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 657-658.

⁸⁰ BIRKS, P. **Unjust enrichment**. 2. ed. Oxford University Press, 2005. p. 24-25.

⁸¹ A diferença entre fontes de obrigação, de um lado, e pretensões, do outro, pode ser sintetizada no trecho a seguir de BIRKS: “[a] second theme of this introductory chapter has been the strong differentiation of unjust enrichment from restitution. Restitution, like compensation, is a category of response, not a category of causative event”. (BIRKS, P. **Unjust enrichment**. 2. ed. Oxford University Press, 2005. p. 17).

⁸² BIRKS, P. **Unjust enrichment**. 2. ed. Oxford University Press, 2005. p. 11.

⁸³ BIRKS, P. **Unjust enrichment**. 2. ed. Oxford University Press, 2005. p. 11

damages.⁸⁴ A função punitiva, por outro lado, tem por natureza, como o próprio nome sugere, punir alguém por uma conduta reprovável.⁸⁵

O *disgorgement* representa a pretensão por meio da qual a vítima clama pela restituição de todos os ganhos auferidos pelo interventor a partir da intervenção.⁸⁶ Trata-se de uma pretensão restitutória, portanto.⁸⁷ Parte da doutrina considera que referida pretensão tem natureza não apenas restitutória, mas punitiva. Desde logo, porém, deixa-se claro que este trabalho entende que o *disgorgement* não tem natureza punitiva e é plenamente compatível com o ordenamento jurídico brasileiro.

O mais interessante, nesse contexto, é notar a interseção entre os mapas: a quais pretensões cada fonte de obrigação dará fundamento? No Direito brasileiro, e conforme se discorrerá de forma mais aprofundada no item 3.3.2 *infra*, não se admite que um ato ilícito justifique restituição. Igualmente, dado enriquecimento sem causa não pode implicar compensação, ainda que o Código Civil, em previsões de natureza restitutória, cometa imprecisões conceituais,⁸⁸ vide o art. 210 da LPI.

No que diz respeito aos contratos, a questão é mais complexa. Certamente, contratos podem ter previsões de natureza tanto compensatória quanto restitutória.⁸⁹ Mas, nesses casos, é a própria disposição da vontade das partes que faz surgir a obrigação.⁹⁰ O legislador não positivou obrigação genérica restitutória quando da resolução contratual.⁹¹ Há apenas previsão expressa no Código Civil relativa à necessidade de que o devedor compense o credor por perdas e danos derivados do inadimplemento (arts. 402 e 403, Código Civil).⁹²

⁸⁴ BIRKS, P. **Unjust enrichment**. 2. ed. Oxford University Press, 2005. p. 11.

⁸⁵ MARTINS-COSTA, J.; PARGENDLER, M. S. Usos e abusos da função punitiva: punitive damages e o direito brasileiro. **Revista CEJ**, Brasília, v. 1, n. 28, p.15-32, jan. 2005. p. 2.

⁸⁶ OLIVEIRA, C. E. D.; COSTA-NETO, J. **Direito civil**. 1. ed. São Paulo: Forense, 2022. p. 739.

⁸⁷ OLIVEIRA, C. E. D.; COSTA-NETO, J. **Direito civil**. 1. ed. São Paulo: Forense, 2022. p. 713.

⁸⁸ Cf.: item 3.1.2 *infra*, no qual se discute a imprecisão do legislador na conceituação de lucros cessantes no art. 210, II e III, da LPI.

⁸⁹ BIRKS, P. **Unjust enrichment**. 2. ed. Oxford University Press, 2005. p. 11.

⁹⁰ Cf.: BIRKS, P. **Unjust enrichment**. 2. ed. Oxford University Press, 2005. p. 11: “[w]e are clearly not in our third area when the reason why a gain must be given up is that parties have validly agreed that in given events it must be. This happens in all sorts of contexts. [...] Again, one party sometimes pays another’s demand in exchange for the others’s promise to repay if it should turn out that the Money was not due. Again the spurce of the obligation to make restitution isa contract”. Quando se referiu a “third área”, BIRKS fez menção ao enriquecimento injusto inglês.

⁹¹ GUIA SILVA, R. D. **Enriquecimento sem causa**: as obrigações restitutórias no direito civil. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. [livro eletrônico] n.p.

⁹² Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar”; e “art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.

Assim, parece coerente afirmar que eventos de enriquecimento sem causa e de atos ilícitos apenas implicam pretensões restitutórias e compensatórias, respectivamente.⁹³ Igualmente, atos de vontade podem fazer surgir pretensões de natureza restitutória e compensatória.⁹⁴

Discute-se em todo o mundo se a violação ao contrato pode implicar pretensão restitutória mesmo quando não há previsão nesse sentido.⁹⁵ No Direito brasileiro, RODRIGO DA GUIA SILVA defende, de forma explícita, que há, sim, pretensão restitutória disponível quando da resolução contratual.⁹⁶ Os fundamentos, de acordo com o autor, são a cláusula geral de vedação ao enriquecimento sem causa e o conteúdo do art. 885 do Código Civil, que aborda a causa que existia e que deixou de existir:

Tal conclusão em nada se altera pela percepção de que, por vezes, o legislador utiliza previsões específicas para disciplinar a restituição no âmbito da resolução contratual. Assim se verifica, a título meramente ilustrativo, nos artigos 182, 234, 236, 239 e 279 do Código Civil. Tais dispositivos têm em comum o estabelecimento de obrigações que assumem no contexto da extinção contratual a conotação funcional de pretensões restitutórias, uma vez que destinadas ao restabelecimento de uma situação patrimonial anterior a um enriquecimento injustificado. Nota-se, assim, que, em qualquer das suas manifestações – como decorrência direta da cláusula geral do dever de restituir ou como objeto de previsão legal específica –, o efeito restitutório da resolução vincula-se funcionalmente à vedação ao enriquecimento sem causa, a atrair para si o regime geral do direito restitutório.⁹⁷

Por outro lado, não há dúvida de que a ausência do contrato enseja a atuação da fonte de obrigações enriquecimento sem causa.⁹⁸ Mais que isso: a exploração desautorizada de direitos alheios é das circunstâncias de maior incidência da fonte de obrigações, na medida em que representa o chamado enriquecimento por intervenção.⁹⁹ Essa ausência de devida contratação é denominada por VIEIRA GOMES como “curto-circuito do contrato”: a situação em que alguém deixa de realizar a devida contratação para exploração de direitos alheios porque agir dessa forma cínica é simplesmente mais vantajoso.¹⁰⁰

⁹³ OLIVEIRA, C. E. D.; COSTA-NETO, J. **Direito civil**. 1. ed. São Paulo: Forense, 2022. p. 715.

⁹⁴ BIRKS, P. **Unjust enrichment**. 2. ed. Oxford University Press, 2005. p. 24.

⁹⁵ HONDIUS, E.; JANSSEN, A. Original questionnaire: disgorgement of profits. *In*: HONDIUS, E.; JANSSEN, A. **Disgorgement of profits: gain-based remedies throughout the world**. 1. ed. London: Springer, 2015. p. 3-12.

⁹⁶ GUIA SILVA, R. D. **Enriquecimento sem causa: as obrigações restitutórias no direito civil**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. [livro eletrônico] n.p.

⁹⁷ GUIA SILVA, R. D. **Enriquecimento sem causa: as obrigações restitutórias no direito civil**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. [livro eletrônico] n.p.

⁹⁸ OLIVEIRA, C. E. D.; COSTA-NETO, J. **Direito civil**. 1. ed. São Paulo: Forense, 2022. p. 734.

⁹⁹ OLIVEIRA, C. E. D.; COSTA-NETO, J. **Direito civil**. 1. ed. São Paulo: Forense, 2022. p. 724.

¹⁰⁰ VIEIRA GOMES, J. M. **O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa**. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1998. p. 782-783.

A ideia, portanto, é de que as fontes de obrigações podem ser distinguidas em relação às pretensões disponíveis no ordenamento jurídico. Essa percepção é salutar na direção da identificação do regime jurídico aplicável a cada situação e para sistematização do Direito como um todo. Entretanto, se é ordinariamente produtivo distinguir-se as fontes de obrigações entre si e entre as pretensões, diante das circunstâncias de intervenção sobre direitos alheios é especialmente útil fazê-lo, conforme será demonstrado no capítulo em que se discute o enquadramento sistemático dessas situações no ordenamento jurídico.

2.1.2.2 A tripartição das fontes de obrigação no Direito brasileiro

FERNANDO NORONHA apresenta duas classificações principais de fontes de obrigações. As autônomas e as não autônomas.¹⁰¹ A principal característica das obrigações não autônomas, de acordo com NORONHA, diz respeito ao fato de que elas têm relação com outros ramos do Direito que não o Direito das Obrigações.¹⁰² Ele fornece alguns exemplos de abstração: obrigações reais, como a servidão e as derivadas da vizinhança; obrigações familiares, como a dos alimentos; e obrigações sucessórias, como a obrigação de pagamento dos legados. Diante disso, conclui que por terem natureza ligada a outros ramos do Direito que não o Direito das Obrigações propriamente dito, essas obrigações não compõem o objeto de estudo do Direito das Obrigações.¹⁰³

Por outro lado, as obrigações autônomas surgem “independentemente de qualquer relação jurídica não obrigacional”.¹⁰⁴ Diante disso, FERNANDO NORONHA afirma que são essas, pois, “as únicas tradicionalmente consideradas verdadeiras obrigações, ou obrigações propriamente ditas; são só elas que se estudam no âmbito do Direito das Obrigações”.¹⁰⁵ No universo das fontes de obrigações autônomas, FERNANDO NORONHA traz nova subdivisão: as obrigações negociais e as não negociais.¹⁰⁶

¹⁰¹ Cf.: NORONHA, F. **Direito das obrigações**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 165.

¹⁰² Cf.: NORONHA, F. **Direito das obrigações**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 165.

¹⁰³ Cf.: NORONHA, F. **Direito das obrigações**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 166: “[a]s obrigações não autônomas, nascendo de relações de propriedade, de família, etc., têm características específicas, derivadas destas relações; portanto, é no âmbito destas que devem ser estudadas. Contudo, salvo quanto a certas particularidades (as devidas à relação não obrigacional de que elas são simples projeção), as regras aplicáveis a estas obrigações são as mesmas das demais – as obrigações autônomas, estudadas do Direito das Obrigações”.

¹⁰⁴ Cf.: NORONHA, F. **Direito das obrigações**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 166.

¹⁰⁵ Cf.: NORONHA, F. **Direito das obrigações**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 166.

¹⁰⁶ Cf.: NORONHA, F. **Direito das obrigações**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 166.

As obrigações autônomas negociais dizem respeito aos atos de disposição da vontade entre as partes, as quais, mediante exercício da própria autonomia privada, estipulam, em negócio jurídico, obrigações entre si.¹⁰⁷ FERNANDO NORONHA defende que além dos contratos, também os atos unilaterais são exemplos dessa fonte de obrigações.¹⁰⁸

A outra categoria é a que abrange situações não negociais, divididas em dois grupos: (i) “obrigações resultantes da violação do dever geral de respeito por pessoas e bens alheios, de que resulta para outrem um dano”; e (ii) “obrigações resultantes da violação do dever geral de não intromissão na esfera jurídica alheia, quando dele tenha resultado para quem se imiscuiu um acréscimo patrimonial”.¹⁰⁹

Apesar de, inicialmente, ter dividido as fontes de obrigações autônomas em dois grupos, FERNANDO NORONHA conclui pela existência de três grupos diferentes, os quais diriam respeito, respectivamente, à fonte derivada dos atos de disposição da vontade e às duas fontes não negociais: ato ilícito e enriquecimento sem causa.¹¹⁰ Ao enunciar sua posição pelas três fontes de obrigação, FERNANDO NORONHA associou a cada uma delas uma causa e uma finalidade:

Cada uma dessas três categorias corresponde a obrigações com causas e finalidades diferentes. As negociais têm por causa um negócio jurídico, praticado no âmbito da autonomia privada e, quando violadas, geram responsabilidade negocial. As de responsabilidade civil têm como causa atos ilícitos, ou outros equiparados a estes, e geram a obrigação de indenizar chamada de responsabilidade civil propriamente dita. Os enriquecimentos injustificados têm como causa o aproveitamento de bens ou direitos alheios e geram a obrigação de restituir o acréscimo patrimonial indevidamente obtido. As obrigações negociais, de responsabilidade civil e de enriquecimento sem causa constituem precisamente a grande divisão tripartida das obrigações, que passamos a ver.¹¹¹

A doutrina contemporânea, em geral, corrobora a tripartição das fontes de obrigação. Além da lei, JOÃO COSTA-NETO e CARLOS E. ELIAS DE OLIVEIRA, por exemplo, falam do contrato, do ato ilícito e do enriquecimento sem causa.¹¹² Nesse sentido, os professores associam diretamente a pretensão restitutória, a qual reputam pouco explorada no Brasil, ao enriquecimento sem causa: “[o] direito à restituição nasce mesmo que não haja dano. Basta que alguém se enriqueça ou se locuplete de forma não autorizada à custa de outrem. O Direito do Enriquecimento sem Causa é o ramo do Direito Civil que estuda a pretensão restitutória”.¹¹³

¹⁰⁷ Cf.: NORONHA, F. **Direito das obrigações**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 166.

¹⁰⁸ Cf.: NORONHA, F. **Direito das obrigações**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 166.

¹⁰⁹ Cf.: NORONHA, F. **Direito das obrigações**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 167.

¹¹⁰ Cf.: NORONHA, F. **Direito das obrigações**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 167.

¹¹¹ Cf.: NORONHA, F. **Direito das obrigações**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 167.

¹¹² OLIVEIRA, C. E. D.; COSTA-NETO, J. **Direito civil**. 1. ed. São Paulo: Forense, 2022. p. 714.

¹¹³ OLIVEIRA, C. E. D.; COSTA-NETO, J. **Direito civil**. 1. ed. São Paulo: Forense, 2022. p. 714.

CLÁUDIO MICHELON JR. também apresenta divisão tripartite¹¹⁴. Contudo, não coloca ao lado dos atos de vontade e dos atos ilícitos o enriquecimento sem causa.¹¹⁵ Diversamente, menciona as fontes restitórias como um todo: enriquecimento sem causa, pagamento indevido e gestão de negócios.¹¹⁶ Em substância, não há grande diferença. Conforme será abordado abaixo, muitos pesquisadores do tema consideram o pagamento indevido como uma hipótese de enriquecimento sem causa.¹¹⁷ No que diz respeito à gestão de negócios, sua natureza é controversa, mas é por muitos associada à do enriquecimento sem causa.¹¹⁸ CLÁUDIO MICHELON JR., é interessante notar, fez caminho distinto ao de PETER BIRKS:¹¹⁹ primeiro definiu a pretensão que se busca para depois encontrar a classe de eventos capazes de suscitá-la.¹²⁰

O estudo das medidas restitórias pode ser simplesmente compreendido como o estudo das condições nas quais uma atribuição patrimonial ocorrida em detrimento de outrem pode gerar direito à restituição e o quanto desse enriquecimento deve ser restituído.¹²¹

ANDERSON SCHREIBER e RODRIGO DA GUIA SILVA seguem a mesma tendência de FERNANDO NORONHA.¹²² Eles mencionam a abordagem funcionalista da caracterização das fontes de obrigação para descreverem três fontes: negócio jurídico, dano injusto e enriquecimento sem causa. A cada uma dessas fontes de obrigação eles atribuem uma função

¹¹⁴ MICHELON JR., C. Direito restitório: enriquecimento sem causa, pagamento indevido, gestão de negócios. *In*: REALE, M.; MARTINS-COSTA, J. **Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (Coleção Biblioteca de Direito Civil). p. 26.

¹¹⁵ MICHELON JR., C. Direito restitório: enriquecimento sem causa, pagamento indevido, gestão de negócios. *In*: REALE, M.; MARTINS-COSTA, J. **Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (Coleção Biblioteca de Direito Civil). p. 26.

¹¹⁶ MICHELON JR., C. Direito restitório: enriquecimento sem causa, pagamento indevido, gestão de negócios. *In*: REALE, M.; MARTINS-COSTA, J. **Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (Coleção Biblioteca de Direito Civil). p. 26.

¹¹⁷ OLIVEIRA, C. E. D.; COSTA-NETO, J. **Direito civil**. 1. ed. São Paulo: Forense, 2022. p. 718.

¹¹⁸ KROETZ, M. C. D. A. **Enriquecimento sem causa no direito brasileiro contemporâneo e recomposição patrimonial**. 2005. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná (UFPR), Curitiba, 2005. p. 36.

¹¹⁹ BIRKS, P. **Unjust enrichment**. 2. ed. Oxford University Press, 2005. p. 24-25.

¹²⁰ MICHELON JR., C. Direito restitório: enriquecimento sem causa, pagamento indevido, gestão de negócios. *In*: REALE, M.; MARTINS-COSTA, J. **Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (Coleção Biblioteca de Direito Civil). p. 26.

¹²¹ MICHELON JR., C. Direito restitório: enriquecimento sem causa, pagamento indevido, gestão de negócios. *In*: REALE, M.; MARTINS-COSTA, J. **Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (Coleção Biblioteca de Direito Civil). p. 29.

¹²² SCHREIBER, A.; GUIA SILVA, R. D. Aspectos relevantes para a sistematização do lucro da intervenção no direito brasileiro. **Pensar**, Fortaleza, v. 23, n. 4, p. 1-15, out./dez. 2018. p. 3.

específica: (a) executória,¹²³ para os negócios jurídicos legalmente celebrados; (b) reparatória, no contexto dos danos injustos; e (c) restitutória, derivada de um enriquecimento sem causa.¹²⁴

Em sentido contrário e minoritário, é possível citar GUSTAVO TEPEDINO.¹²⁵ De acordo com TEPEDINO, na atualidade seriam fontes de obrigação apenas “o ato ilícito, o negócio jurídico (unilateral ou bilateral) e a lei”.¹²⁶ Para o autor, que reconhece o fato de que muitos pesquisadores do tema têm incluído o enriquecimento sem causa na classificação, não haveria razão para fazê-lo. Isso porque, em sua percepção, a ausência de causa a justificar o enriquecimento significa exatamente a ausência de fonte de obrigações:

[...] o enriquecimento sem causa representa justamente a ausência de fonte obrigacional. O dever de restituição nasce precisamente do fato de que alguém recebeu benefício patrimonial de outra pessoa, sem que se possa identificar a fonte obrigacional. A prestação se deu sem título jurídico, sem causa. O enriquecimento sem causa não se enquadra, por isso, entre as fontes obrigacionais; é antes o resultado da ausência de qualquer fonte. Em todo o caso, a discussão é de fundo e não altera a eficácia do princípio de proibição do enriquecimento sem causa, positivado nos arts. 884 a 886 do Código Civil.¹²⁷

Para este trabalho, a tese não pode prosperar. É que, ao contrário do que conclui TEPEDINO, a ausência de causa jurídica justificadora é exatamente o que faz nascer a obrigação de restituir. Com efeito, se houvesse causa justificadora, a exemplo das demais fontes obrigacionais, não haveria obrigação alguma de restituir.

¹²³ Sobre a pretensão executória, cf.: GUIA SILVA, R. D. **Enriquecimento sem causa**: as obrigações restitutórias no direito civil. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. [livro eletrônico] n.p.: “[n]esse ponto do raciocínio, pode-se afirmar que o apuramento conceitual na disciplina das obrigações não prescinde da assunção da premissa metodológica referente à tripartição dos regimes obrigacionais. Torna-se possível, desse modo, propor o tratamento conjunto das expressões que tenham, em comum, a referência a obrigações dotadas de um mesmo perfil funcional. Dividir-se-iam, assim, as obrigações mencionadas pelo legislador em conformidade com a função desempenhada por cada uma delas. De uma parte, reunir-se-iam em torno da função executória as expressões que fizessem referência ao cumprimento de um regulamento privado de interesses. Nesse grupo, além de termos mais explícitos como execução e cumprimento, devem ser levadas em consideração expressões que, em nítido desvio conceitual, venham a representar obrigações que promovam a função executória. Assim sucede, para utilizar exemplos já referidos, com as previsões de restituição constantes dos artigos 569, inciso IV, 582 e 629, bem como com as previsões de devolução dos artigos 571 e 1.434 e com as hipóteses de ressarcimento dos artigos 249, Parágrafo único, e 251, Parágrafo único. Em todas essas hipóteses, a pluralidade de significantes (restituição, devolução e ressarcimento) não deve afastar o reconhecimento da função executória”.

¹²⁴ SCHREIBER, A.; GUIA SILVA, R. D. Aspectos relevantes para a sistematização do lucro da intervenção no direito brasileiro. **Pensar**, Fortaleza, v. 23, n. 4, p. 1-15, out./dez. 2018. p. 3.

¹²⁵ Neste volume da coleção “Fundamentos do Direito Civil”, ANDERSON SCHREIBER é o coautor de GUSTAVO TEPEDINO. Assim, não é possível precisar, ao menos pela análise das duas obras, se ANDERSON SCHREIBER mudou de posição em relação ao artigo publicado em 2018 ou se a ideia de que a ausência de causa representa um vácuo de fontes de obrigações é exclusiva de GUSTAVO TEPEDINO. Cf.: TEPEDINO, G.; SCHREIBER, A. **Fundamentos do direito civil**: obrigações. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. v. 2. p. 6.

¹²⁶ TEPEDINO, G.; SCHREIBER, A. **Fundamentos do direito civil**: obrigações. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. v. 2. p. 6.

¹²⁷ TEPEDINO, G.; SCHREIBER, A. **Fundamentos do direito civil**: obrigações. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. v. 2. p. 6.

Há de se repetir: não fosse a ausência de causa, o enriquecimento seria legítimo sob a perspectiva do Direito, de forma que poderia ser mantido pelo enriquecido em seu patrimônio. É, pois, a ausência de causa que rompe a possibilidade de retenção dos ganhos e faz surgir o direito de alguém ser restituído.

Sendo assim, o reconhecimento do enriquecimento sem causa como fonte de obrigações, ao lado dos contratos e dos atos ilícitos, transforma-o em verdadeiro instituto jurídico; e não apenas em princípio.¹²⁸

2.1.3 O enriquecimento sem causa como ramo autônomo do Direito Civil: Direito do Enriquecimento sem Causa

É possível, ainda, falar do enriquecimento sem causa sob uma terceira perspectiva: não apenas como princípio ou como instituto, mas como ramo autônomo do Direito Civil, o qual abarca todas as situações que implicam pretensões restitutórias em nosso ordenamento.

JOÃO COSTA-NETO e CARLOS E. ELIAS DE OLIVEIRA são partidários dessa acepção do termo enriquecimento sem causa, ainda que sugiram que esse sentido seria consectário do enriquecimento sem causa enquanto instituto.¹²⁹ Todavia, parece que referida percepção do enriquecimento sem causa, como sistematizador de todas as previsões restitutórias, é mais ampla.¹³⁰

CLÁUDIO MICHELON JR., por exemplo, ao tratar do enriquecimento sem causa como instituto, o faz no sentido de que ele seria uma fonte de obrigação. E o instituto seria exatamente aquele positivado sob o art. 884 do Código Civil: a cláusula geral de vedação ao enriquecimento sem causa.¹³¹ Dessa forma, o enriquecimento sem causa como instituto, na percepção de CLÁUDIO MICHELON JR., não abarcaria as outras fontes restitutórias por ele mencionadas – o pagamento indevido e a gestão de negócios – ou mesmo as previsões restitutórias esparsas ao longo do Código Civil.¹³² Portanto, o Direito do Enriquecimento sem Causa mencionado por

¹²⁸ MICHELON JR., C. Direito restitutivo: enriquecimento sem causa, pagamento indevido, gestão de negócios. In: REALE, M.; MARTINS-COSTA, J. **Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (Coleção Biblioteca de Direito Civil). p. 176.

¹²⁹ OLIVEIRA, C. E. D.; COSTA-NETO, J. **Direito civil**. 1. ed. São Paulo: Forense, 2022. p. 726.

¹³⁰ OLIVEIRA, C. E. D.; COSTA-NETO, J. **Direito civil**. 1. ed. São Paulo: Forense, 2022. p. 726.

¹³¹ MICHELON JR., C. Direito restitutivo: enriquecimento sem causa, pagamento indevido, gestão de negócios. In: REALE, M.; MARTINS-COSTA, J. **Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (Coleção Biblioteca de Direito Civil). p. 176-179.

¹³² MICHELON JR., C. Direito restitutivo: enriquecimento sem causa, pagamento indevido, gestão de negócios. In: REALE, M.; MARTINS-COSTA, J. **Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (Coleção Biblioteca de Direito Civil). p. 18.

JOÃO COSTA-NETO e por CARLOS E. ELIAS DE OLIVEIRA seria sinônimo do Direito Restitutivo concebido por Cláudio Michelon Jr; os primeiros, inclusive, fazem uso das duas expressões – Direito do Enriquecimento sem Causa e Direito Restitutivo – para designar o mesmo objeto.¹³³

JOÃO COSTA-NETO e CARLOS E. ELIAS DE OLIVEIRA defendem que muitos países possuem a compreensão de um Direito do Enriquecimento sem Causa, a exemplo da Alemanha.¹³⁴ Na Alemanha, inclusive, os alunos de Direito cursam, em suas grades curriculares obrigatórias, disciplina relativa ao Direito do Enriquecimento sem Causa, assim como ocorre com a Responsabilidade Civil, com o Direito das Famílias ou com o Direito dos Contratos.¹³⁵ JOÃO COSTA-NETO e CARLOS E. ELIAS DE OLIVEIRA defendem que o mesmo deve ocorrer no Brasil, junto à sistematização do Direito do Enriquecimento sem Causa em uma seção autônoma do Código Civil:

Esperamos que um dia esta parte do livro se torne uma seção autônoma, a exemplo de Parte Geral, Obrigações e Direito de Família. Por ora, seguimos a opção do CC brasileiro, incluindo o tema em Atos Unilaterais. Também desejamos que a mudança alcance no futuro novos horizontes: que as Faculdades de Direito passem a reservar um semestre inteiro ao estudo do Direito do Enriquecimento sem Causa. O tratamento deve ser o mesmo já dispensado a outros ramos do Direito Civil. É que o enriquecimento sem causa é área autônoma e complexa.¹³⁶

Na Alemanha, por exemplo, é recorrente a menção ao Direito do Enriquecimento sem Causa. GENHARD DANNEMANN, em obra voltada a apresentar o modelo alemão aos países que seguem a tradição do *Common Law*, referia-se à “*german law of unjustified enrichment*” para evidenciar o histórico tratamento sistemático dado à matéria:¹³⁷

By contrast, unjustified enrichment has maintained an established position in the Bürgerliches Gesetzbuch (BGB, German Civil Code) for more than a century, during which time it has always formed part of the undergraduate syllabus at German law faculties. In German legal learning and practice, unjustified enrichment has for long been as well established as contract and tort. Moreover, the German law of unjustified enrichment appears well settled, as the last phase of major development occurred some forty years ago. Taking

¹³³ OLIVEIRA, C. E. D.; COSTA-NETO, J. **Direito civil**. 1. ed. São Paulo: Forense, 2022. p. 736.

¹³⁴ OLIVEIRA, C. E. D.; COSTA-NETO, J. **Direito civil**. 1. ed. São Paulo: Forense, 2022. p. 716.

¹³⁵ OLIVEIRA, C. E. D.; COSTA-NETO, J. **Direito civil**. 1. ed. São Paulo: Forense, 2022. p. 715.

¹³⁶ OLIVEIRA, C. E. D.; COSTA-NETO, J. **Direito civil**. 1. ed. São Paulo: Forense, 2022. p. 715.

¹³⁷ É interessante notar que o título da obra é “The German Law of Unjustified Enrichment and Restitution”. Contudo, ao longo do texto, o autor, na absoluta maioria das vezes, apenas se refere a “*German Law of Unjustified Enrichment*”. Isso provavelmente ocorre porque o trabalho é uma tentativa de apresentar o enriquecimento sem causa alemão para o público do *Common Law*. E, conforme será esmiuçado à frente, o Direito Restitutivo é muito mais amplo que o *unjust enrichment*, no âmbito inglês. Cf.: DANNEMANN, G. **The German law of unjustified enrichment and restitution: a comparative introduction**. 1. ed. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 4.

a closer look at the German law of unjustified enrichment from the perspective of English law can therefore be very useful.¹³⁸

A menção ao Direito do Enriquecimento sem Causa como ramo do direito é feita também por REINHARD ZIMMERMANN e por DAVID JOHNSTON, em artigo no qual discutem o estado da arte da disciplina no Direito Comparado.^{139/140}

No âmbito do Direito inglês, é comum ver referências tanto a *Law of Unjust Enrichment* quanto a *Law of Restitution*. Em traduções literais, as expressões corresponderiam a “Direito do Enriquecimento Injusto” e a “Direito Restitutivo”.¹⁴¹ Nesse sentido, CHARLIE WEBB, ao tratar do assunto, abordou a necessidade da criação de um regime próprio do *enriquecimento injusto*:

So it is an observable feature of legal practice that divisions are drawn between, say, criminal and civil law, between contract and tort, negligence and nuisance, and so on. And to these categories we may now add unjust enrichment, and its various sub-divisions and constituent parts.¹⁴²

Já ANDREW BURROWS, ao abordar de forma generalizante o Direito Restitutivo, tratou-o como a “lei pautada no princípio da reversão do enriquecimento injusto de um réu à custa do autor”.¹⁴³ Segundo ele, a ideia do referido Direito Restitutivo não seria a de criar um conceito

¹³⁸ DANNEMANN, G. **The German law of unjustified enrichment and restitution**: a comparative introduction. 1. ed. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 4.

¹³⁹ JOHNSTON, D.; ZIMMERMANN, R. Unjustified enrichment: surveying the landscape. In: JOHNSTON, D.; ZIMMERMANN, R. **Unjustified enrichment**: key issues in comparative. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. p. 37-75.

¹⁴⁰ O artigo, é válido consignar, é o capítulo introdutório de obra inteiramente dedicada ao estudo do enriquecimento sem causa em perspectiva comparada. Cf.: JOHNSTON, D.; ZIMMERMANN, R. Unjustified enrichment: surveying the landscape. In: JOHNSTON, D.; ZIMMERMANN, R. **Unjustified enrichment**: key issues in comparative. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. p. 37-75. p. 37.

¹⁴¹ Conforme se aprofundará à frente, o *unjust enrichment* inglês, que é a figura mais próxima do enriquecimento sem causa brasileiro, não abarca as situações de enriquecimento por intervenção. Esse segmento fica a cargo do regime de *restitution for wrongs*. Nesse sentido, PETER BIRKS adverte que toda pretensão fundada no “unjust restitution” é restitutória, mas que a recíproca não é verdadeira. Dessa forma, o escopo do Direito Restitutivo inglês é mais amplo do que o do enriquecimento injusto. Não por acaso, PETER BIRKS tem duas obras de extrema relevância nesse escopo: “An Introduction to the Law of Restitution” e “Unjust Enrichment”, publicadas nessa sequência. Sobre a diferença, cf.: WEBB, C. **Reason and restitution: a theory of unjust enrichment**. Oxford: Oxford University Press, 2016. p. 51: “[t]he diversity in the grounds for restitution is most apparent when we compare the unjust enrichment lawyer’s core case of the mistaken payment with those cases where the defendant’s gain comes about through the commission of a wrong, or where recovery is expressly provided for by a contract between the parties”. Mas esse contexto não se repete na maioria dos países que seguem a tradição do *Civil Law*, a exemplo do Brasil, de Portugal e da Alemanha; nesses sistemas jurídicos, o enriquecimento sem causa por intervenção, por exemplo, faz parte do Direito do Enriquecimento sem causa. A premissa é a de que é a ausência de causa justificadora do enriquecimento, e não a ilicitude da conduta, que implica o dever de restituir.

¹⁴² WEBB, C. **Reason and restitution: a theory of unjust enrichment**. Oxford: Oxford University Press, 2016. p. 11.

¹⁴³ BURROWS, A. **The law of restitution**. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 4. Tradução nossa. No original: “[...] the law based on the principle of reversing a defendant’s unjust enrichment at the claimant’s expense”.

vago de restituição pautado em uma moral individual.¹⁴⁴ Na verdade, a pretensão é a de construir um sistema organizado, assim como ocorre com a Responsabilidade Civil e com o Direito dos Contratos, que deixe claro aos indivíduos em quais situações haverá necessidade de restituir dado enriquecimento:

Just as textbooks on contract and tort have for the last century sought to explain their respective territories by a readily intelligible framework of more specific principle and doctrines leading from the root principle to the legal decisions, so the primary task that has faced writers on the law of restitution in recent times has been to the same for this long-neglected subject.¹⁴⁵

Portanto, é mais do que difundida a ideia de que há um ramo autônomo do Direito Civil que estuda as hipóteses e as pretensões relacionadas aos enriquecimentos obtidos à custa alheia, os quais não podem permanecer no patrimônio do enriquecido. A terceira acepção do termo enriquecimento sem causa, portanto, é exatamente esta: como sinônimo de Direito Restitutivo, um ramo autônomo e sistematizado do Direito Civil, o qual reclama disciplinas legislativa e curricular próprias.

2.2 DESENVOLVIMENTO DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA NO DIREITO ROMANO E NO BRASIL

2.2.1 Enriquecimento sem causa como produto do Direito Romano

2.2.1.1 *Os quase-contratos como raiz do enriquecimento sem causa*

REINHARD ZIMMERMANN afirma que GAIUS apresentou a *summa divisio* das obrigações.¹⁴⁶ De um lado, estavam as obrigações advindas dos contratos; do outro, as que decorriam dos delitos: “*nunc transeamus ad obligationes. Quarum summa diuisio in duas species diducitur: omnis enim obligatio uel ex contractu nascitur uel ex delicto*”.¹⁴⁷ A ideia era a de que essa classificação atendesse tanto aos casos em que os particulares se vinculavam por

¹⁴⁴ BURROWS, A. **The law of restitution**. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 4.

¹⁴⁵ BURROWS, A. **The law of restitution**. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 5.

¹⁴⁶ ZIMMERMANN, R. **The law of obligations: roman foundations of the civilian tradition**. 1. ed. Cape Town: Juta & Co., 1992. p. 14.

¹⁴⁷ *Institutas* III, 88.

vontade própria para o cumprimento de expectativas quanto à necessidade de proteção do *status quo* nos casos de danos injustos.¹⁴⁸

BORKOWSKY, por sua vez, definiu o delito, enquanto fonte de obrigações na sistematização romana, como “o ato ilícito que causa dano à personalidade de alguém, de sua família ou de sua propriedade e ao qual a vítima ou seus herdeiros têm direito a compensação”.¹⁴⁹ Já em relação aos contratos, o autor defendeu que não existia um princípio genérico unificador, uma vez que esse é fruto da modernidade.¹⁵⁰ Contudo, havia uma série de fatores comuns aos contratos romanos, a exemplo do consentimento, da causa e da capacidade das partes.¹⁵¹

O que se constatou, entretanto, foi que a fronteira entre os contratos e os delitos não cumpriu seu objetivo de modo preciso: criou-se uma zona cinzenta de casos que não se enquadravam de forma adequada em nenhuma das categorias.¹⁵² Esse fato é refletido em posições adotadas por diversos sistemas jurídicos até hoje: diferentes ordenamentos acabaram, ao longo do tempo, por enfrentar vários problemas a partir das escolhas que seguiram.¹⁵³ Em consequência, foram oferecidas distintas respostas.¹⁵⁴

ZIMMERMANN defende que nem o próprio GAIUS ignorava essa circunstância, razão pela qual parecia que a *summa divisio* tinha como finalidade principal a didática, de forma a instruir os alunos de Direito com uma análise ampla sobre a questão.¹⁵⁵

¹⁴⁸ ZIMMERMANN, R. **The law of obligations: roman foundations of the civilian tradition**. 1. ed. Cape Town: Juta & Co., 1992. p. 11.

¹⁴⁹ BORKOWSKY afirma que existe um paralelo entre o delito romano e o delito da responsabilidade civil no âmbito do *Common Law*. Contudo, é feita a ressalva de que a comparação não pode ser levada às últimas instâncias, uma vez que havia um nítido caráter penal no delito romano. Conforme afirma o autor, “in early Roman law, as in other legal systems, there was no clear distinction between crimes and civil wrongs (delicts)”. O autor coloca como sinônimos as expressões “wrongs” – que pode ser traduzida como “ilícito” – e “delict” – que significa “delito”. Cf.: BORKOWSKY, A.; PLESSIS, P, D. **Textbook on roman law**. 6. ed. Oxford: Oxford University Press, 2020. p. 321.

¹⁵⁰ BORKOWSKY, A.; PLESSIS, P, D. **Textbook on roman law**. 6. ed. Oxford: Oxford University Press, 2020. p. 321.

¹⁵¹ BORKOWSKY, A.; PLESSIS, P, D. **Textbook on roman law**. 6. ed. Oxford: Oxford University Press, 2020. p. 257-264.

¹⁵² ZIMMERMANN, R. **The law of obligations: roman foundations of the civilian tradition**. 1. ed. Cape Town: Juta & Co., 1992. p. 11.

¹⁵³ CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, ao tratar das diferentes abordagens dos diferentes ordenamentos em relação ao enriquecimento sem causa, afirmou “que reina uma certa desorientação a respeito, seja no conceituar, seja no disciplinar, seja ainda no admitir o direito positivo a teoria do enriquecimento indevido”. Cf.: PEREIRA, C. M. D. S. **Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações**. 1. ed. São Paulo: Forense, 1962. p. 239-240.

¹⁵⁴ Cf.: ZIMMERMANN, R. **The law of obligations: roman foundations of the civilian tradition**. 1. ed. Cape Town: Juta & Co., 1992. p. 13.

¹⁵⁵ ZIMMERMANN, R. **The law of obligations: roman foundations of the civilian tradition**. 1. ed. Cape Town: Juta & Co., 1992. p. 14.

O que justifica essa posição de ZIMMERMANN é que, no próprio texto em que GAIUS apresentou a *summa divisio*, ele abordou circunstância de enriquecimento sem causa a qual não podia ser resolvida no âmbito dos contratos ou dos atos ilícitos.¹⁵⁶

Não por acaso, na revisão de suas *Institutas*, provavelmente publicadas postumamente,¹⁵⁷ GAIUS adicionou uma terceira categoria: “*obligationes aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio aut proprio quodam iure ex varis causarum figuris*”.¹⁵⁸ Essa tinha como característica o aspecto residual. Abarcava, pois, tudo o que não dizia respeito a contratos ou a delitos.¹⁵⁹

A criação dessa categoria residual, porém, não agradou “as mentes mais sistematicamente orientadas dos juristas da escola romana oriental”.¹⁶⁰ Portanto, JUSTINIANO ofereceu uma divisão quadripartite:¹⁶¹ os delitos, os contratos, os quase-delitos¹⁶² e os quase-contratos.¹⁶³

Para os fins deste trabalho, o que interessa é a categoria dos quase-contratos, definidos por BORKOWSKY como “grupo de obrigações que têm pouco em comum além de algumas

¹⁵⁶ ZIMMERMANN, R. **The law of obligations**: roman foundations of the civilian tradition. 1. ed. Cape Town: Juta & Co., 1992. p. 14.

¹⁵⁷ ZIMMERMANN, R. **The law of obligations**: roman foundations of the civilian tradition. 1. ed. Cape Town: Juta & Co., 1992. p. 14.

¹⁵⁸ Libro segundo aureorum (D. XLIV, 7, 1, pr.).

¹⁵⁹ ZIMMERMANN, R. **The law of obligations**: roman foundations of the civilian tradition. 1. ed. Cape Town: Juta & Co., 1992. p. 14.

¹⁶⁰ ZIMMERMANN, R. **The law of obligations**: roman foundations of the civilian tradition. 1. ed. Cape Town: Juta & Co., 1992. p. 14. Tradução nossa. Original: “[...] to the more systematically oriented minds of the East-Roman school jurists”.

¹⁶¹ De acordo com ZIMMERMANN, a sistematização de JUSTINIANO foi o mais influente modelo de sistematização do direito das obrigações. Houve endosso por parte de relevantes tratados de sistematização e por Códigos Civis, como o francês. (ZIMMERMANN, R. **The law of obligations**: roman foundations of the civilian tradition. 1. ed. Cape Town: Juta & Co., 1992. p. 18).

¹⁶² Este trabalho segue a posição de JOÃO COSTA-NETO de manter o hífen nas expressões *quase-contrato* e *quase-delito*. Conforme pontua o autor, a exclusão do hífen nas palavras que “se iniciavam por quase empregado como elemento complementar” não consta do Acordo Ortográfico vigente. Trata-se de recomendação da Academia Brasileira de Letras. Por essa razão, foi preservada a utilização do hífen. COSTA NETO, J. **Iudex qui litem suam facit**: responsabilidade civil objetiva em Roma. 1. ed. Saarbrücken: NEA, 2016. p. 11.

¹⁶³ ZIMMERMANN defende que a opção por uma divisão quadripartite não tinha intenções meramente sistemáticas. Ele explica que JUSTINIANO tinha verdadeira fixação pelo número 4: “[a]s far as systematic exposition and classification of topics are concerned, Justinian took great delight in the number four: not only does he present four sources of obligations, he also gives a fourfold subdivision of contractual obligations; then, there are four kinds of contracts re, four cases of contracts verbis and four instances of contracts consensu; furthermore, four delicts and four quasi-delicts are mentioned. This method of arranging and systematizing the law was neither accidental nor merely adopted for the sake of {a somewhat artificial} symmetry of exposition: like most people in the ancient world, he was influenced by the symbolism of numbers. The number four has always had a special significance, usually relating—in contrast to the sacred number three—to the more external or secular structure of the world. Of course, the addition of four and three equals the mystical number seven, multiplication of them the holy number twelve”. Cf.: ZIMMERMANN, R. **The law of obligations**: roman foundations of the civilian tradition. 1. ed. Cape Town: Juta & Co., 1992. p. 14-15.

características análogas às dos contratos”,¹⁶⁴ mas, ao fim e ao cabo, “todas equivalem a tentativas de impedir o enriquecimento sem causa”.¹⁶⁵

CLÁUDIO MICHELON JR., por seu turno, afirma que os quase-contratos compunham uma categoria residual que, inicialmente, atuou como forma de relativização das formalidades contratuais para novos acordos que surgiram com a complexificação da sociedade. Era uma maneira, portanto, de dar reconhecimento a acordos atípicos.¹⁶⁶

Todavia, percebeu-se que os quase-contratos também poderiam ser utilizados “como mecanismo de reestabelecimento da situação patrimonial original naqueles casos nos quais a atribuição patrimonial era indevida”.¹⁶⁷ Foi com base nessa premissa que se rompeu com a ideia de contrato implícito e que os quase-contratos passaram “a designar também o conjunto de suportes fáticos que, por meio da criação de obrigações, procura eliminar o enriquecimento sem causa”.¹⁶⁸

2.2.1.2 *As condictiones romanas*

Essas pretensões restitutórias romanas eram exercidas por meio das *condictiones*, que, de acordo com DANNEMANN, eram utilizadas para fazer cumprir uma obrigação com determinado objeto.¹⁶⁹ PAOLO GALLO, em sentido próximo, afirmou que “a *condictio* foi criada pelos advogados romanos para possibilitar alguém que pagou dinheiro ou entregou bens de forma equivocada a obter de volta o dinheiro ou os bens”.¹⁷⁰ MARIA KROETZ, por outro lado,

¹⁶⁴ BORKOWSKY, A.; PLESSIS, P, D. **Textbook on roman law**. 6. ed. Oxford: Oxford University Press, 2020. p. 315. Tradução nossa. Original: “[...] group of obligations which have little in common apart from some characteristics analogous to those of contract”.

¹⁶⁵ BORKOWSKY, A.; PLESSIS, P, D. **Textbook on roman law**. 6. ed. Oxford: Oxford University Press, 2020. p. 319. Tradução nossa. Original: “[...] they all amount to attempts to prevent unjust enrichment”.

¹⁶⁶ MICHELON JR., C. Direito restitutivo: enriquecimento sem causa, pagamento indevido, gestão de negócios. *In*: REALE, M.; MARTINS-COSTA, J. **Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (Coleção Biblioteca de Direito Civil). p. 19.

¹⁶⁷ MICHELON JR., C. Direito restitutivo: enriquecimento sem causa, pagamento indevido, gestão de negócios. *In*: REALE, M.; MARTINS-COSTA, J. **Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (Coleção Biblioteca de Direito Civil). p. 20.

¹⁶⁸ MICHELON JR., C. Direito restitutivo: enriquecimento sem causa, pagamento indevido, gestão de negócios. *In*: REALE, M.; MARTINS-COSTA, J. **Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (Coleção Biblioteca de Direito Civil). p. 20.

¹⁶⁹ DANNEMANN, G. **The German law of unjustified enrichment and restitution**: a comparative introduction. 1. ed. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 8.

¹⁷⁰ GALLO, P. Unjust enrichment: a comparative analysis. **The American Journal of Comparative Law**, v. 40, p. 431-465, 1992. p. 438. Tradução nossa. No original: “[c]ondictio was shaped by Roman lawyers to enable one who had paid money or delivered goods in error to obtain back the money or goods”.

assevera que as *condictiones* eram “uma carta em branco”.¹⁷¹ A grande vantagem das *condictiones*, portanto, era sua abstração: diferentemente das ações tradicionais do Direito Romano, elas não exigiam fundamentação específica.¹⁷² Logo, era preciso apenas apontar a necessidade de restituição de algo por parte de quem indevidamente recebeu esse algo.¹⁷³

MOREIRA ALVES classificou as *condictiones* como uma das cinco “ações da lei”, ao lado da *actio sacramenti*, da *iudicis postulatio*, da *manus iniectio* e da *pignoris capio*.¹⁷⁴ A *condictio*, juntamente à *actio sacramenti* e à *iudicis postulatio*, era uma ação declaratória, de modo que “conduzia à nomeação de um juiz popular a quem cabia determinar a existência, ou não, do direito pleiteado”.¹⁷⁵ As outras duas (*manus iniectio* e *pignoris capio*) eram ações executórias.¹⁷⁶ MOREIRA ALVES ainda aduzia que a *condictio* “era ação de procedimento mais simples e mais rápido” do que as demais declaratórias, introduzida em data incerta e “utilizada para tutelar créditos que o eram anteriormente pela *actio sacramenti in personam* e pela *iudicis postulatio*”.¹⁷⁷

ZIMMERMANN afirma que o Digesto possuía cinco títulos individualizados de *condictiones*: (i) *condictio causa data causa non secuta*;¹⁷⁸ (ii) *condictio ob turpem vel iniustam causam*;¹⁷⁹ (iii) *condictio sine causa*;¹⁸⁰ (iv) *condictio furtiva*;¹⁸¹ e (v) *condictio indebiti*.^{182/183} JOÃO COSTA-NETO e CARLOS ELIAS DE OLIVEIRA, por sua vez, defendem que essas *condictiones* representam complexa tipologia para tratar das hipóteses hoje concebidas como enriquecimento sem causa.¹⁸⁴

Contudo, ZIMMERMANN defende que não é possível afirmar, de forma clara, em qual período romano houve o efetivo desenvolvimento dessas categorias por parte dos profissionais

¹⁷¹ KROETZ, M. C. D. A. **Enriquecimento sem causa no direito brasileiro contemporâneo e recomposição patrimonial**. 2005. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná (UFPR), Curitiba, 2005. p. 32.

¹⁷² URBANO, H. E. M. C. **O enriquecimento sem causa no direito brasileiro: da teoria unitária à teoria da divisão**. Andradina: Meraki, 2021. p. 114.

¹⁷³ URBANO, H. E. M. C. **O enriquecimento sem causa no direito brasileiro: da teoria unitária à teoria da divisão**. Andradina: Meraki, 2021. p. 114.

¹⁷⁴ ALVES, J. C. M. **Direito romano**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 235.

¹⁷⁵ ALVES, J. C. M. **Direito romano**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 235.

¹⁷⁶ ALVES, J. C. M. **Direito romano**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 235.

¹⁷⁷ ALVES, J. C. M. **Direito romano**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 235-239.

¹⁷⁸ D. 12, 4.

¹⁷⁹ D. 12, 5.

¹⁸⁰ D. 12, 7.

¹⁸¹ D. 13, I.

¹⁸² D. 12,6.

¹⁸³ Cf.: ZIMMERMANN, R. **The law of obligations: roman foundations of the civilian tradition**. 1. ed. Cape Town: Juta & Co., 1992. p. 838.

¹⁸⁴ OLIVEIRA, C. E. D.; COSTA-NETO, J. **Direito civil**. 1. ed. São Paulo: Forense, 2022. p. 719.

do Direito.¹⁸⁵ O autor pondera que, embora os juristas romanos clássicos já trabalhassem as ideias presentes nas *condictiones*, o faziam como um procedimento uniforme, sem uma diferenciação específica dos seus requisitos.¹⁸⁶ MARIA KROETZ segue a mesma linha quando afirma que “[n]o período do direito romano clássico a *condictio* era um procedimento abstrato e uniforme sem requisitos especificamente diferenciados”.¹⁸⁷

Por conta disso, GIOVANNI ETTORE NANNI defende que as *condictiones* não foram criadas para atender às pretensões de enriquecimento sem causa. Diversamente, elas foram, por assim dizer, adaptadas para cobrir essa classe de eventos.¹⁸⁸

De toda forma, quando JUSTINIANO as inseriu no Digesto, havia um duplo significado: tanto o procedimental do período clássico quanto de uma pretensão substantiva:

Thus it would be wrong to insist on the classicity of the *condictiones indebiti*, *ex causa furtiva*, etc. as such—that is, as separate legal institutions. Classical law, strictly speaking, did not recognize specific types of *condictiones*, but applied the *condictio* to a number of situations in which it was thought to be unfair to leave the plaintiff without redress. It was only in post-classical times, when the formulae fell away and the classical concept of an "actional law" ultimately broke down, that the term "condictio" in its original procedural sense was no longer meaningful. In vulgar law, it disappeared completely, and when Justinian revived it in his usual classicist spirit, its meaning had shifted: "condictio" had come to be a term of substantive law, and it was used to designate all those noncontractual and non-delictual claims, which the classical lawyers had been prepared to enforce by means of a *condictio* (in the old sense of the word). These claims were taken over, further developed, refined and systematized by the East-Roman school of jurists, and it is in this form that they were ultimately received into the *Corpus Juris Civilis*. All in all, they constitute "one of [the] most distinctive and important achievements [of Roman jurisprudence]", which has had a lasting impact on modern civilian systems.¹⁸⁹

Portanto, e como também sinaliza GIOVANNI ETTORE NANNI, foi no período *justinianeu* que se deu o desenvolvimento das *condictiones*, quando se “generalizou o princípio da *condictio sine causa*, permitindo a repetição de qualquer aquisição sem justa causa”.¹⁹⁰

¹⁸⁵ ZIMMERMANN, R. **The law of obligations: roman foundations of the civilian tradition**. 1. ed. Cape Town: Juta & Co., 1992. p. 838-839.

¹⁸⁶ ZIMMERMANN, R. **The law of obligations: roman foundations of the civilian tradition**. 1. ed. Cape Town: Juta & Co., 1992. p. 838-839.

¹⁸⁷ KROETZ, M. C. D. A. **Enriquecimento sem causa no direito brasileiro contemporâneo e recomposição patrimonial**. 2005. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná (UFPR), Curitiba, 2005. p. 32

¹⁸⁸ NANNI, Giovanni Ettore. **Enriquecimento sem causa**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 19.

¹⁸⁹ Cf.: ZIMMERMANN, R. **The law of obligations: roman foundations of the civilian tradition**. 1. ed. Cape Town: Juta & Co., 1992. p. 839.

¹⁹⁰ NANNI, Giovanni Ettore. **Enriquecimento sem causa**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 19.

A *condictio ex causa furtiva*, de acordo com ZIMMERMANN, era aplicada em casos de furto.^{191/192} JOÃO COSTA-NETO e CARLOS ELIAS DE OLIVEIRA afirmam que sua aplicação dava direito ao titular da coisa furtada a uma pretensão de restituição da coisa ou ao seu equivalente.¹⁹³ O conceito de furto no Direito Romano era mais amplo do que o entabulado no art. 155 do Código Penal brasileiro. A *condictio furtiva* abarcava, por exemplo, o furto de uso,¹⁹⁴ de forma que JOÃO COSTA-NETO e CARLOS ELIAS DE OLIVEIRA sugerem que nosso Direito pode adotar a previsão, “já que também entre nós o furto de uso não é crime”.¹⁹⁵ PONTES DE MIRANDA, por outro lado, considerava que “a *condictio furtiva* não era ação de enriquecimento injustificado, e sim ação de indenização”. MOREIRA ALVES segue a mesma posição.¹⁹⁶

Já a *condictio causa data causa non secuta*, de acordo com ZIMMERMANN, derivou do fato de que nem todo acordo era executável no Direito Romano:

There was, as we have seen, a numerus clausus of contracts, among them only four consensual contracts. Thus, for example, if someone paid another a sum of money in order to make him emancipate a son, manumit a slave, or abandon a lawsuit, he had no means of enforcing the counterperformance that he had envisaged. None of these transactions could be classified as a sale, or hire, or partnership, or mandate; nor, of course, did the handing over of the money bring any of the four recognized real contracts into existence. If A gave B his sedan chair in order to obtain B's golden bracelet, his expectation might well be disappointed, for B was under no obligation to deliver the bracelet. Yet, if he failed to counterperform, B had no right to retain A's performance; after all, the sedan chair had been given to him *ob rem*, not as a present.¹⁹⁷

A *condictio* tinha aplicação, portanto, para os casos em que “a causa não se perfaz[ia]”, porquanto “se não se perfaz o acordo sobre a causa, causa não há”.¹⁹⁸ PONTES DE MIRANDA ainda acrescenta que “o fim tem de haver falhado. Se não falhou, seria inadmissível pensar-se em *condictio*. Falha o resultado, ou por se não haver produzido, ou por ter se tornado impossível

¹⁹¹ ZIMMERMANN, R. **The law of obligations: roman foundations of the civilian tradition**. 1. ed. Cape Town: Juta & Co., 1992. p. 839-841.

¹⁹² PONTES DE MIRANDA, F. C. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. v. 26. p. 144.

¹⁹³ OLIVEIRA, C. E. D.; COSTA-NETO, J. **Direito civil**. 1. ed. São Paulo: Forense, 2022. p. 720.

¹⁹⁴ Cf.: BITENCOURT, C. Z. **Código penal comentado**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 705: “Nosso Código Penal de 1940 criminaliza somente a subtração com *animus* definitivo da coisa alheia (art. 155). Ocorre o denominado furto de uso quando alguém, indevidamente, subtrai coisa alheia infungível para utilizá-la momentaneamente, restituindo-a, na íntegra, à esfera de disponibilidade do sujeito passivo”.

¹⁹⁵ OLIVEIRA, C. E. D.; COSTA-NETO, J. **Direito civil**. 1. ed. São Paulo: Forense, 2022. p. 720.

¹⁹⁶ ALVES, J. C. M. **Direito romano**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 623.

¹⁹⁷ ZIMMERMANN, R. **The law of obligations: roman foundations of the civilian tradition**. 1. ed. Cape Town: Juta & Co., 1992. p. 843

¹⁹⁸ PONTES DE MIRANDA, F. C. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. v. 26. p. 146.

a sua produção”.¹⁹⁹ Portanto, se alguém firmava um contrato com outrem para prestação de um serviço e não o fazia, não podia, pois, manter o enriquecimento recebido para este fim.²⁰⁰

A terceira *condictio* era a *ob turpem (vel iniustam) causam*, cuja aplicação tinha vez nos casos em que “a aceitação da prestação ofendia os critérios tradicionais de honestidade e moralidade”.²⁰¹ ZIMMERMANN adverte que sobre essa *condictio* aplicava-se a regra “*in pari turpitudine*”. De acordo com ela, quando tanto quem pagava quanto quem recebia tinha propósitos que violavam a moral, não havia razão para a interferência do Direito.²⁰²

Na mesma direção, LACERDA DE ALMEIDA, em 1934, ao tecer comentários sobre o art. 971 do Código Civil de 1916,²⁰³ que corresponde, pois, ao art. 883 do Código Civil de 2002, asseverou que “o direito tem por base a moral”, de modo que as pretensões não poderiam violar a moral pública, na medida em que “ninguém pode contar com o braço da justiça para cometer uma falcatrua, ou um ato vergonhoso”.²⁰⁴

Ao discorrer sobre a *condictio* e citar caso de assassinato por aluguel, JOÃO COSTA-NETO e CARLOS ELIAS DE OLIVEIRA tratam da sua recepção no Direito brasileiro contemporâneo:

No ordenamento brasileiro, o cenário é muito semelhante: o mencionado contrato seria nulo, por ter objeto ilícito. E, nesse caso, não se aplica o famoso brocardo segundo o qual “ninguém pode alegar a própria torpeza”, ao menos em proteção do “assassino de aluguel”. A torpeza, porém, é levada em conta no ordenamento brasileiro para estabelecer que o dinheiro pago ao “assassino de aluguel” não deverá ser restituído ao “encomendador” ou “mandante do crime”. O valor pago pelo “mandante” deverá ser revertido em prol de uma entidade filantrópica indicada pelo juiz (art. 883, CC). A nulidade é matéria de ordem pública, podendo ser conhecida pelo juiz até mesmo de ofício. Para os romanos, essa insegurança era positiva, já que o executor, além de poder ser condenado junto com o mandante do crime, ainda poderia perder a

¹⁹⁹ PONTES DE MIRANDA, F. C. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. v. 26. p. 147.

²⁰⁰ PONTES DE MIRANDA destacava que “a impossibilidade temporária não dá a *condictio*. Se, após a repetição, prova-se ser possível, há a repetição inversa do repetido, se o que reentregara errou, ou se há de pedir a rescisão do julgado que condenou, com fundamento no art. 485, VI, do Código de Processo Civil, se é o caso. Cf.: PONTES DE MIRANDA, F. C. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. v. 26. p. 147-148.

²⁰¹ ZIMMERMANN, R. **The law of obligations: roman foundations of the civilian tradition**. 1. ed. Cape Town: Juta & Co., 1992. p. 845. Tradução nossa. No original: “the performance had been such that its acceptance offended the traditional standards of honest and moral behaviour”.

²⁰² ZIMMERMANN, R. **The law of obligations: roman foundations of the civilian tradition**. 1. ed. Cape Town: Juta & Co., 1992. p. 846: “[f]or though the recipient might not deserve what had been handed over to him, the giver does not deserve to be protected either. Under these circumstances, it is preferable to leave things as they are, rather than to assist one villain in his claim against the other; for in order to succeed, a plaintiff must always be able to demonstrate a better right than the defendant”.

²⁰³ Art. 971. Não terá direito à repetição aquele que deu alguma coisa para obter fim ilícito, imoral, ou proibido por lei.

²⁰⁴ ALMEIDA, L. D. **Dos efeitos das obrigações**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1934. p. 198.

recompensa do ato torpe. O mesmo ocorria, na Roma Antiga, com o pagamento do resgate de uma pessoa sequestrada.²⁰⁵

Sobre a *condictio indebiti*, apesar de não ser a mais antiga, ZIMMERMANN a considera a mais importante pretensão de enriquecimento sem causa no Direito Romano. Sua utilização era simples: a repetição do indébito. E essa repetição seria devida quando uma *performance* fosse prestada para adimplir com uma obrigação que não existia.²⁰⁶

Trata-se, portanto, do que se concebe hoje como o pagamento indevido.²⁰⁷ De acordo com BORKOWSKY, “[...]se uma pessoa equivocadamente pagou dinheiro ou transferiu algo a alguém, de modo que ambas as partes acreditavam que o débito ou a transferência eram devidos, quem transferia tinha a *coindictio indebiti* para sua reparação”.²⁰⁸

Quanto à *condictio*, PONTES DE MIRANDA afirma que, “se foi solvido o que não se devia, solveu-se o indevido; a pretensão repetitiva vai buscar o que se prestou, *pro soluto* ou *solvendi causa*, sem a causa que tivesse de ser apagada pela solução. ‘Todo aquele que recebeu o que lhe não era devido fica obrigado a restituir’”.²⁰⁹

No Direito brasileiro contemporâneo, o Código Civil ofereceu regramento próprio ao pagamento indevido (arts. 876 a 873), diferenciado-o, no entanto, em relação ao enriquecimento sem causa. Isso rendeu críticas por parte da doutrina, que considera o pagamento indevido como espécie de enriquecimento sem causa.²¹⁰ JOÃO COSTA-NETO e CARLOS E. ELIAS DE OLIVEIRA consideram que o instituto foi recepcionado como ato unilateral porque deriva da ação de uma única pessoa, ainda que imbuída de erro. De acordo com os autores, há duas espécies de pagamento indevido atualmente vigentes. A primeira é chamada de pagamento objetivamente indevido, na qual o erro está ligado à existência ou à extensão da obrigação. Já a segunda, denominada pagamento subjetivamente indevido, diz respeito à pessoa que paga ou à que recebe.

Uma das consequências práticas da diferenciação entre o enriquecimento sem causa e o pagamento indevido é o prazo prescricional.²¹¹ O STJ considera que o pagamento indevido é

²⁰⁵ OLIVEIRA, C. E. D.; COSTA-NETO, J. **Direito civil**. 1. ed. São Paulo: Forense, 2022. p. 720.

²⁰⁶ ZIMMERMANN, R. **The law of obligations: roman foundations of the civilian tradition**. 1. ed. Cape Town: Juta & Co., 1992. p. 848.

²⁰⁷ OLIVEIRA, C. E. D.; COSTA-NETO, J. **Direito civil**. 1. ed. São Paulo: Forense, 2022. p. 727.

²⁰⁸ BORKOWSKY, A.; PLESSIS, P, D. **Textbook on roman law**. 6. ed. Oxford: Oxford University Press, 2020. p. 317. Tradução nossa. No original: “if a person mistakenly paid money or transferred a thing to another, both wrongly believing that the debt or transfer was owed, the transferor had the *condictio indebiti* (‘the recovery of a thing not owed’) for its recovery”.

²⁰⁹ PONTES DE MIRANDA, F. C. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. v. 26. p. 131.

²¹⁰ OLIVEIRA, C. E. D.; COSTA-NETO, J. **Direito civil**. 1. ed. São Paulo: Forense, 2022. p. 713.

²¹¹ OLIVEIRA, C. E. D.; COSTA-NETO, J. **Direito civil**. 1. ed. São Paulo: Forense, 2022. p. 727.

uma pretensão própria, de modo que sobre ela incide a regra geral do prazo decenal positivada no art. 205 do Código Civil. Já para o enriquecimento sem causa, o prazo é de três anos, conforme expressamente estabelecido no art. 206, § 3º, IV, do diploma.²¹²

Em relação à *condictio ob causam finita*, ZIMMERMANN apresentava o seguinte exemplo:²¹³ determinado cliente vai a uma lavanderia deixar suas roupas. Quando retorna para buscar as peças, recebe a notícia de que elas haviam desaparecido. Diante disso, o dono da lavanderia paga ao cliente o valor correspondente às peças. Contudo, posteriormente o cliente encontra os objetos extraviados. Então, pergunta-se: o dono da lavanderia tem direito de pedir o dinheiro que pagou ao cliente pelas peças extraviadas de volta? No Direito Romano, a resposta era positiva. Isso porque a *condictio ob causam finita* justificava a pretensão restitutória da causa que, apesar de existente em um primeiro momento, deixou de existir.²¹⁴

De acordo com PONTES DE MIRANDA, a *condictio* explicitava a “causa que existiu e que acabou. Se existiu causa e acabou, o que se prestou, posteriormente a ter-se findado a causa, foi o atribuído sem dever do contribuinte”.²¹⁵ A *condictio* foi incorporada ao Código Civil de 2002

²¹² CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. TELEFONIA FIXA. COBRANÇA INDEVIDA. AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO DE TARIFAS. APLICAÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL DECENAL DO CÓDIGO CIVIL/2002 (ART. 205). EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA PROVIDOS. 1. Trata-se de embargos de divergência interpostos contra acórdão em que se discute o lapso prescricional cabível aos casos de repetição de indébito por cobrança indevida de valores referentes a serviços não contratados, promovida por empresa de telefonia. 2. A Primeira Seção, no julgamento do REsp 1.113.403/RJ, de relatoria do Ministro Teori Albino Zavascki (DJe 15/9/2009), submetido ao regime dos recursos repetitivos do art. 543-C do Código de Processo Civil e da Resolução STJ 8/2008, firmou o entendimento de que, ante a ausência de disposição específica acerca do prazo prescricional aplicável à prática comercial indevida de cobrança excessiva, é de rigor a incidência das normas gerais relativas à prescrição insculpidas no Código Civil na ação de repetição de indébito de tarifas de água e esgoto. Assim, tem-se prazo vintenário, na forma estabelecida no art. 177 do Código Civil de 1916, ou decenal, de acordo com o previsto no art. 205 do Código Civil de 2002. Diante da mesma conjuntura, não há razões para adotar solução diversa nos casos de repetição de indébito dos serviços de telefonia. 3. A tese adotada no âmbito do acórdão recorrido, de que a pretensão de repetição de indébito por cobrança indevida de valores referentes a serviços não contratados, promovida por empresa de telefonia, configuraria enriquecimento sem causa e, portanto, estaria abrangida pelo prazo fixado no art. 206, § 3º, IV, do Código Civil/2002, não parece ser a melhor. A pretensão de enriquecimento sem causa (ação in rem verso) possui como requisitos: enriquecimento de alguém; empobrecimento correspondente de outrem; relação de causalidade entre ambos; ausência de causa jurídica; inexistência de ação específica. Trata-se, portanto, de ação subsidiária que depende da inexistência de causa jurídica. A discussão acerca da cobrança indevida de valores constantes de relação contratual e eventual repetição de indébito não se enquadra na hipótese do art. 206, § 3º, IV, do Código Civil/2002, seja porque a causa jurídica, em princípio, existe (relação contratual prévia em que se debate a legitimidade da cobrança), seja porque a ação de repetição de indébito é ação específica. Doutrina. 4. Embargos de divergência providos, de sorte a vingar a tese de que a repetição de indébito por cobrança indevida de valores referentes a serviços não contratados, promovida por empresa de telefonia, deve seguir a norma geral do lapso prescricional (10 anos - art. 205, Código Civil/2002), a exemplo do que decidido e sumulado (Súmula 412/STJ), no que diz respeito ao lapso prescricional para repetição de indébito de tarifas de água e esgoto. EREsp n. 1.523.744/RS, relator Ministro Og Fernandes, Corte Especial, julgado em 20/2/2019, DJe de 13/3/2019.

²¹³ ZIMMERMANN, R. **The law of obligations: roman foundations of the civilian tradition**. 1. ed. Cape Town: Juta & Co., 1992. p. 855.

²¹⁴ ZIMMERMANN, R. **The law of obligations: roman foundations of the civilian tradition**. 1. ed. Cape Town: Juta & Co., 1992. p. 855.

PONTES DE MIRANDA, F. C. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. v. 26. p. 131 e 144.

no art. 885: “[a] restituição é devida, não só quando não tenha havido causa que justifique o enriquecimento, mas também se esta deixou de existir”.

Já a *sine causa* era a *condictione* residual por excelência: toda situação de enriquecimento injustificado que não se encaixasse nas demais *condictiones* poderia ser discutida com fundamento na *condictio sine causa*.²¹⁶ Por isso JOÃO COSTA-NETO e CARLOS ELIAS DE OLIVEIRA afirmam que ela atuava como “*soldado de reserva*”.²¹⁷

2.2.1.3 Enriquecimento sem causa fora das *condictiones*

A despeito da proeminência das *condictiones*, as pretensões relacionadas ao enriquecimento sem causa não estavam a elas restritas.²¹⁸ E essa constatação ocorreu durante a Idade Média, a partir das pesquisas dos estudiosos do Digesto e da retomada de escritos romanos que haviam se perdido no tempo.²¹⁹

De acordo com ZIMMERMANN, um dos achados mais notáveis foi a máxima de Pompônio: “[...] *hoc natura aequum est neminem cum alterius detrimento fieri locupletioem*”. Trata-se do brocardo segundo o qual ninguém deve se enriquecer à custa de outrem. ZIMMERMANN afirma que o brocardo de Pompônio passou a ser tratado como *regula iuris*²²⁰ por parte dos compiladores medievais, o que demonstrava a incidência da ideia da vedação ao enriquecimento sem causa para campo mais abrangente do que o das *condictiones*.²²¹ Eram, pois, dois os institutos mais relevantes: *actio de in rem verso* e *actio negotiorum gesti*.²²²

²¹⁶ ZIMMERMANN, R. **The law of obligations**: roman foundations of the civilian tradition. 1. ed. Cape Town: Juta & Co., 1992. p. 856-857.

²¹⁷ OLIVEIRA, C. E. D.; COSTA-NETO, J. **Direito civil**. 1. ed. São Paulo: Forense, 2022. p. 720.

²¹⁸ ZIMMERMANN, R. **The law of obligations**: roman foundations of the civilian tradition. 1. ed. Cape Town: Juta & Co., 1992. p. 873.

²¹⁹ ZIMMERMANN, R. **The law of obligations**: roman foundations of the civilian tradition. 1. ed. Cape Town: Juta & Co., 1992. p. 873.

²²⁰ De acordo com DÁRCIO ROBERTO MARTINS RODRIGUES, a *regula iuris* pode ser compreendida como uma regra de direito, estabelecida na forma de um princípio, capaz de dar resposta a vários casos análogos. Cf.: RODRIGUES, D. R. M. Sistematização e abstração na iurisprudência romana. **Revista da Faculdade de Direito (USP)**, São Paulo, v. 97, p. 23-33, 2002. p. 31.

²²¹ ZIMMERMANN, R. **The law of obligations**: roman foundations of the civilian tradition. 1. ed. Cape Town: Juta & Co., 1992. p. 873.

²²² ZIMMERMANN, R. **The law of obligations**: roman foundations of the civilian tradition. 1. ed. Cape Town: Juta & Co., 1992. p. 873.

Segundo ZIMMERMANN, a *actio de in rem verso* tinha vez nos casos em que um terceiro se beneficiava de uma relação contratual firmada por outras pessoas.²²³ Em outras palavras: era utilizada nos casos em que o beneficiado era estranho à avença.

Inicialmente, a *actio de in rem verso* foi criada para que o *paterfamilias*, isto é, o chefe da família fosse responsabilizado pelo enriquecimento que obtivera a partir de condutas de seus filhos ou escravos quando não fosse possível à vítima obter a restituição a partir desses filhos ou escravos.²²⁴ A nomenclatura *actio de in rem verso* passou a ser utilizada como sinônimo da ação de enriquecimento sem causa em muitos países,²²⁵ a exemplo do Brasil.²²⁶

HUGO URBANO destaca que a *actio de in rem verso* atuava como meio indireto de evitar o enriquecimento injustificado, uma vez que existia, a princípio, causa jurídica a justificar o enriquecimento do *paterfamilias*: o negócio realizado por seus filhos ou escravos. Ele ainda destaca que a ideia segue viva no Código Civil de 2002, na seção dos contratos de mútuo: arts. 588²²⁷ e 589, IV.²²⁸

Já a *actio negotiorum gestio* tinha vez quando alguém passava a atuar em representação aos interesses de pessoa que não se fazia presente. Trata-se, pois, da gestão de negócios, que também segue viva em nosso ordenamento jurídico (arts. 861 a 875).²²⁹

O exemplo fornecido por BORKOWSKY era o de alguém que tinha as cercas de sua casa destruídas por uma tempestade enquanto estava ausente servindo às forças militares. Ao ver esse cenário, o vizinho altruísta optava por consertar a cerca e impedir maiores danos à propriedade do vizinho ausente. É certo que não havia qualquer pedido ou autorização para que

²²³ ZIMMERMANN, R. **The law of obligations**: roman foundations of the civilian tradition. 1. ed. Cape Town: Juta & Co., 1992. p. 873.

²²⁴ KROETZ, M. C. D. A. **Enriquecimento sem causa no direito brasileiro contemporâneo e recomposição patrimonial**. 2005. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná (UFPR), Curitiba, 2005. p. 35.

²²⁵ MORAES, R. D. F. D. **Enriquecimento sem causa e enriquecimento por intervenção**. São Paulo: Almedina, 2021. p. 126.

²²⁶ AGOSTINHO ALVIM, em texto publicado em 1957, afirmou, de forma expressa, que a ação de enriquecimento seria sinônimo da *actio de in rem verso*. Cf.: ALVIM, A. Do enriquecimento sem causa. **Revista dos Tribunais**, v. 259, p. 3-36, São Paulo, maio 1957. p. 3. Igualmente, a ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, do STJ, em acórdão publicado em agosto de 2022, fez o mesmo. Cf.: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AGRADO INTERNO. RECURSO ESPECIAL. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. BENEFÍCIO ESTABELECIDO EM LEIS DO ESTADO DE SÃO PAULO. PRESCRIÇÃO DECENAL. SUBSIDIARIEDADE DA PRETENSÃO DE ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. PRECEDENTE DA CORTE ESPECIAL. FUNDAÇÃO CESP. ILEGITIMIDADE. EXAME DE LEI LOCAL. SÚMULA 280/STF. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. Agravo Interno no Recurso Especial n. 1.945.759/SP. Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti, DJe 12 ago. 2022).

²²⁷ Art. 588. O mútuo feito a pessoa menor, sem prévia autorização daquele sob cuja guarda estiver, não pode ser reavido nem do mutuário, nem de seus fiadores.

²²⁸ Art. 589. Cessa a disposição do artigo antecedente: IV - se o empréstimo reverteu em benefício do menor.

²²⁹ Sobre a gestão de negócios no Direito Romano, cf. BORKOWSKY, A.; PLESSIS, P. D. **Textbook on Roman Law**. 6. ed. Oxford: Oxford University Press, 2020, p. 315-317.

os reparos fossem realizados, contudo o espírito do gestor de fazer o que se esperava que o dono da coisa fizesse permitia a restituição²³⁰.

CLÁUDIO MICHELON JR. defende que houve um movimento pendular no que diz respeito à independência da gestão de negócios em relação ao enriquecimento sem causa ao longo dos séculos²³¹. No Direito brasileiro contemporâneo, porém, o autor afirma que a distinção é demarcada em relação à justificativa de restituição. Enquanto no enriquecimento sem causa a restituição é devida pela equivocada atribuição ou pela indevida exploração do direito de alguém, na gestão do negócio a vítima deliberadamente age em favor do enriquecido²³².

2.2.1.4 Críticas e defesa à posição de que o enriquecimento sem causa é produto do Direito Romano

Aqui cabe uma ressalva. PETER BIRKS defende que “não há evidência de que os romanos criaram e organizaram uma categoria legal sobre o princípio contra o enriquecimento sem causa”.²³³ Por essa razão, afirma que quem esperasse encontrar um documento romano que afirmasse que “toda obrigação surge de um contrato, de um ilícito, de um enriquecimento sem causa ou de algum outro evento causal” não teria êxito em seu propósito.²³⁴

BIRKS ainda afirmou que “a categoria romana dos quase-contratos não é a categoria do enriquecimento sem causa sob outro nome” e que “nós tomamos emprestada a expressão romana para designar uma categoria própria”.²³⁵ Ainda assim, o autor defendeu que os romanos

²³⁰ BORKOWSKY, A.; PLESSIS, P. D. *Textbook on Roman Law*. 6. ed. Oxford: Oxford University Press, 2020, p. 315.

²³¹ MICHELON JR., C. *Direito Restitutivo: Enriquecimento sem causa, pagamento indevido, gestão de negócios*. In: REALE, M.; MARTINS-COSTA, J. *Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale – Coleção Biblioteca de Direito Civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 41.

²³² MICHELON JR., C. *Direito Restitutivo: Enriquecimento sem causa, pagamento indevido, gestão de negócios*. In: REALE, M.; MARTINS-COSTA, J. *Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale – Coleção Biblioteca de Direito Civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 52-53.

²³³ BIRKS, P.; DESCHEEMAER, E. *The roman law of obligations*. 1. ed. Oxford: Oxford University Press, 2014. p. 259. Tradução nossa. Original: “[...] there is no evidence that the Romans did create and organise a legal category under the principle against unjust enrichment”.

²³⁴ BIRKS, P.; DESCHEEMAER, E. *The roman law of obligations*. 1. ed. Oxford: Oxford University Press, 2014. p. 259. Tradução nossa. Original: “every obligation arises from a contract, from a wrong, from an unjust enrichment or from some other causal event”.

²³⁵ BIRKS, P.; DESCHEEMAER, E. *The roman law of obligations*. 1. ed. Oxford: Oxford University Press, 2014. p. 259. Tradução nossa. Original: “[...] the Roman category of quasi-contract is not the category of unjust enrichment under another name [...] we borrow the Roman phrase to denominate a category of our own”.

“tinham grande conhecimento do direito e da litigância sobre o fenômeno do enriquecimento a ser revertido”.²³⁶

Na mesma linha, MARIA KROETZ defende que voltar “às fontes romanas serve para demonstrar que o princípio do enriquecimento sem causa vai mergulhar as suas raízes no mais antigo direito de Roma, mas daqui a dizer-se que o direito romano criou a teoria do enriquecimento sem causa vai uma distância”.²³⁷

GIOVANNI ETTORE NANNI, por sua vez, reconhece o fato de que muitos dos estudiosos do Direito Civil e do Direito Romano defendem não ser possível conceber a existência de algo na direção de um princípio unificador ou de uma teoria geral das pretensões de enriquecimento sem causa no Direito Romano.²³⁸ Pelo menos não na forma com a qual se concebe um princípio geral ou uma teoria unificada nos dias atuais.

Apesar disso, ele afirma que o enriquecimento sem causa tem “seu germe teórico nas *condictiones sine causa* do direito romano, visto que foram acolhidas tantas ações particulares com a mesma utilidade, só que com destinações específicas, o que indica que se estava diante de verdadeiras ações de enriquecimento”.²³⁹

Assim, não obstante as críticas de BIRKS, de KROETZ e de outros, o que se extrai das doutrinas civilista e romanista contemporâneas é que o enriquecimento sem causa, ainda que não na sua forma atual, deriva do Direito Romano. Foram, pois, os juristas romanos que estabeleceram as bases e as premissas que seriam observadas pelos ordenamentos de diferentes países de diferentes matrizes jurídicas para dar conformidade às situações de enriquecimento despido de justificativa.²⁴⁰

Nesse sentido, PONTES DE MIRANDA destacou que “o que mais se há de acentuar é que o direito contemporâneo recebeu instituto que nasceu da concepção romana, de que tanto os tempos modernos se distanciaram”.²⁴¹ JOÃO COSTA-NETO e CARLOS ELIAS DE OLIVEIRA, por exemplo, com base nesse cuidado metodológico, afirmam que o enriquecimento sem causa é uma das matérias em que o Direito Romano está à frente do Direito brasileiro atual, de tão

²³⁶ BIRKS, P.; DESCHEEMAER, E. **The roman law of obligations**. 1. ed. Oxford: Oxford University Press, 2014. p. 259. Tradução nossa. Original: “They had a great deal of law and litigation about the phenomenon of enrichment-to-be-reversed”.

²³⁷ KROETZ, M. C. D. A. **Enriquecimento sem causa no direito brasileiro contemporâneo e recomposição patrimonial**. 2005. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná (UFPR), Curitiba, 2005. p. 36.

²³⁸ NANNI, Giovanni Ettore. **Enriquecimento sem causa**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 22.

²³⁹ NANNI, Giovanni Ettore. **Enriquecimento sem causa**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 22-23.

²⁴⁰ NANNI, Giovanni Ettore. **Enriquecimento sem causa**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 22-23.

²⁴¹ PONTES DE MIRANDA, F. C. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. v. 26. p. 131.

sofisticadas que eram as *condictiones* romanas.²⁴² Mais que isso: os professores afirmam que estão

convencidos de que o Direito Civil brasileiro deveria adotar uma tipologia dos casos de enriquecimento sem causa. O tema ganharia maior previsibilidade, estabilidade e transparência. Deixaríamos, ademais, de invocar o enriquecimento sem causa como se fosse um coringa argumentativo ou remédio jurídico universal.²⁴³

Essa adoção de uma tipologia das hipóteses de enriquecimento sem causa, à moda romana, por assim dizer, ocorreu na Alemanha, por exemplo.²⁴⁴ O país se apresenta como um dos grandes expoentes da pesquisa e da jurisprudência do enriquecimento sem causa,²⁴⁵ matéria que será aprofundada no item 3.3.2 *infra*.

Por outro lado, CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA atribui aos romanos a dificuldade de sistematização sobre a matéria por parte dos diferentes ordenamentos jurídicos.²⁴⁶ PEREIRA defendeu que “a matéria não encontrou no Direito Romano o desenvolvimento que fora de desejar. Faltou-lhes segurança, e aquele rigor lógico, que os jurisconsultos souberam imprimir aos institutos”.²⁴⁷

Ainda assim, o autor asseverou que o enriquecimento sem causa não é um produto original do nosso tempo, mas fruto do Direito Romano: “[a]os juristas modernos coube o trabalho sem dúvida profícuo de formular-lhe a doutrinação em geral. Mas não se pode recusar à ciência jurídica dos romanos ter vislumbrado e enunciado os conceitos fundamentais”.²⁴⁸

Diante disso, não se pode negar a influência decisiva que os romanos tiveram sobre o Direito Restitutivo.²⁴⁹

²⁴² OLIVEIRA, C. E. D.; COSTA-NETO, J. **Direito civil**. 1. ed. São Paulo: Forense, 2022. p. 717.

²⁴³ OLIVEIRA, C. E. D.; COSTA-NETO, J. **Direito civil**. 1. ed. São Paulo: Forense, 2022. p. 720.

²⁴⁴ OLIVEIRA, C. E. D.; COSTA-NETO, J. **Direito civil**. 1. ed. São Paulo: Forense, 2022. p. 724.

²⁴⁵ URBANO, H. E. M. C. **O enriquecimento sem causa no direito brasileiro**: da teoria unitária à teoria da divisão. Andradina: Meraki, 2021. p. 117.

²⁴⁶ PEREIRA, C. M. D. S. **Instituições de direito civil**: teoria geral das obrigações. 1. ed. São Paulo: Forense, 1962. p. 239-240.

²⁴⁷ PEREIRA, C. M. D. S. **Instituições de direito civil**: teoria geral das obrigações. 1. ed. São Paulo: Forense, 1962. p. 240.

²⁴⁸ PEREIRA, C. M. D. S. **Instituições de direito civil**: teoria geral das obrigações. 1. ed. São Paulo: Forense, 1962. p. 240.

²⁴⁹ Na mesma direção se posicionou AGOSTINHO ALVIM: “[o] assunto relativo ao enriquecimento vem despertando interesse entre os juristas modernos. Não porque a condenação do locupletamento injustificado seja só dos nossos dias, certo, como é, que ela consta de muitos textos do Direito Romano largamente discutidos pelos monografistas, não sendo menos exato que o assunto preocupou filósofos e legisladores ainda mais antigos. Todavia, a caracterização perfeita do enriquecimento sem causa, e, bem assim, a sua ampliação, o aproveitamento de toda a sua energia, cujo resultado prático é a ação, isto está sendo obra dos juristas modernos, assim no campo da elaboração da teoria, como no das suas aplicações”. ALVIM, A. Do enriquecimento sem causa. **Revista dos Tribunais**, v. 259, p. 3-36, São Paulo, maio 1957. p. 3-4.

2.2.2 Enriquecimento sem causa no Brasil durante a vigência do Código Civil de 1916: regramento insuficiente e inadequado

Já se disse que foi apenas no Código Civil de 2002 que se prescreveu uma cláusula geral de vedação ao enriquecimento sem causa. Antes disso, porém, é certo que existiam previsões restitutórias esparsas, a exemplo do pagamento indevido e da gestão de negócios. Contudo, o aparato normativo tímido e sujeito a críticas contribuiu decisivamente para a não difusão do enriquecimento sem causa no Direito brasileiro.²⁵⁰

AGOSTINHO ALVIM, por exemplo, afirmou que a ação de enriquecimento (*actio de in rem verso*, em suas palavras), de tão pouco utilizada, fazia com que muitos operadores do Direito brasileiro à época chegassem a negar a sua existência.²⁵¹ ALVIM ainda defendia que mesmo entre os países que assim como o Brasil não tinham previsão expressa de uma cláusula geral de vedação ao enriquecimento sem causa, notava-se um maior desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial sobre a matéria.²⁵² A crítica também foi feita por VALLE FERREIRA, que direcionou relevante parcela da responsabilidade à doutrina²⁵³. Essas ponderações demonstram que, historicamente, o jurista brasileiro pouco se interessou sobre o enriquecimento sem causa.²⁵⁴

O fato é que o Brasil seguiu a opção francesa de não positivar uma cláusula geral de vedação ao enriquecimento sem causa.²⁵⁵ O *Code Napoléon* de 1804 também não tinha previsão nesse sentido.^{256/257/258} A opção por esse caminho, no Brasil, é atribuída ao autor do Código Civil de 1916, CLÓVIS BEVILÁQUA.²⁵⁹ BEVILÁQUA, em seus comentários ao Código Civil de

²⁵⁰ NANNI, Giovanni Ettore. **Enriquecimento sem causa**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 92.

²⁵¹ O texto foi escrito em 1957, isto é, quase que na metade da vigência do Código Civil de 1916. Cf.: ALVIM, A. Do enriquecimento sem causa. **Revista dos Tribunais**, v. 259, p. 3-36, São Paulo, maio 1957.

²⁵² ALVIM, A. Do enriquecimento sem causa. **Revista dos Tribunais**, v. 259, p. 3-36, São Paulo, maio 1957. p. 3.

²⁵³ VALLE FERREIRA, J. G. D. Enriquecimento sem causa. Belo Horizonte: Bernardo Álvares, 1949. p. 12: “[...] cumpria à doutrina ter observado mais de perto o desenvolvimento das legislações afins, que desse modo teria descoberto novas tendências, conceitos e instituições mais modernos, tudo no sentido de orientar o critério de interpretação, revelando o que se encontrasse em estado latente no direito nacional codificado, enquanto não se operassem as necessárias reformas por via legislativa.”

²⁵⁴ ALVIM, A. Do enriquecimento sem causa. **Revista dos Tribunais**, v. 259, p. 3-36, São Paulo, maio 1957. p. 3.

²⁵⁵ GUIA SILVA, R. D. **Enriquecimento sem causa**: as obrigações restitutórias no direito civil. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. [livro eletrônico]. n.p.

²⁵⁶ VALLE FERREIRA, J. G. D. Enriquecimento sem causa. Belo Horizonte: Bernardo Álvares, 1949. p. 29.

²⁵⁷ Como exemplo de país que, à época, já dispunha de previsão de vedação ao enriquecimento sem causa, cite-se a Alemanha, a partir do § 812 do BGB.

²⁵⁸ Apenas em 2016 o Código Civil francês recebeu cláusula geral de vedação ao enriquecimento sem causa.

²⁵⁹ MICHELON JR., C. Direito restitutivo: enriquecimento sem causa, pagamento indevido, gestão de negócios. In: REALE, M.; MARTINS-COSTA, J. **Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (Coleção Biblioteca de Direito Civil). p. 20-22.

1916, consignou que o diploma “não considerou o enriquecimento ilícito como figura especial de obrigação, ou como causa geradora de obrigação, porque as suas diversas espécies não se subordinam a um princípio unificador”.²⁶⁰

O autor considerava que cada uma das figuras associadas ao enriquecimento sem causa – ele falava em enriquecimento ilícito – teria previsão própria, de modo que não havia lacunas.²⁶¹ Em última instância, a sua percepção era de que uma cláusula geral de vedação ao enriquecimento sem causa seria abstrata e genérica, com o condão de implicar o ajuizamento em massa de demandas com esse fim.²⁶²

Diante disso, CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA afirmou que CLÓVIS BEVILÁQUA não ofereceu “o merecido desenvolvimento à teoria do enriquecimento sem causa”.²⁶³ Isso porque BEVILÁQUA entendia que o instituto não era capaz de “comportar subordinação a um critério hábil a reduzir todas as hipóteses a uma unidade”.²⁶⁴ Mas não foi apenas no Código Civil de 1916 que isso ocorreu, do que se percebe que a escolha foi decisivamente influenciada pelas ideias vigentes à época, e não a uma simples escolha pessoal de BEVILÁQUA. O esboço de TEIXEIRA DE FREITAS também não previa o enriquecimento sem causa de forma autônoma.²⁶⁵ De acordo com AGOSTINHO ALVIM, o Brasil era representação daquilo que concebia como sistema clássico: “condena o enriquecimento injustificado, porém o faz casuisticamente, ou seja, procurando impedi-lo, onde quer que possa manifestar-se”.²⁶⁶

²⁶⁰ BEVILÁQUA, C. **Código civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. 6. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1943. v. 4.

²⁶¹ BEVILÁQUA, C. **Direito das obrigações**. 5. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1940. p. 118: “[o] que retém o preço da coisa alheia, que vendeu, comete um ato ilícito, pelo qual tem de responder. O que recebe uma doação com encargo e não cumpre, ou a recebe para um determinado fim, que se não verifica, restitui o objeto ou lhe paga o valor em consequência da condição resolutiva tácita, a que estão subordinadas essas relações de direito. Não estão sem providência no Código, esses casos, como não estão todos os outros possíveis”.

²⁶² BEVILÁQUA, C. **Direito das obrigações**. 5. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1940. p. 118.

²⁶³ PEREIRA, C. M. D. S. **Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações**. 1. ed. São Paulo: Forense, 1962. p. 242.

²⁶⁴ PEREIRA, C. M. D. S. **Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações**. 1. ed. São Paulo: Forense, 1962. p. 242.

²⁶⁵ PEREIRA, C. M. D. S. **Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações**. 1. ed. São Paulo: Forense, 1962. p. 242: “[n]ão disciplinou o mestre o enriquecimento sem causa, como instituto autônomo e envolvente dos vários aspectos que se considera a doutrina germânica, nem sistematizou a teoria romana das conditiones. Encerrou o problema apenas por um ângulo, para fixar a dogmática da repetitivo indebiti”.

²⁶⁶ Os exemplos do sistema antagonico e, portanto, moderno, eram a Alemanha, a Suíça, a União Soviética, o Japão e o México, sendo esse último o único país na América Latina a ter referida característica. Cf.: ALVIM, A. Do enriquecimento sem causa. **Revista dos Tribunais**, v. 259, p. 3-36, São Paulo, maio 1957. p. 3.

2.2.2.1 A opção de Beviláqua como fruto do império do paradigma da vontade

Segundo CLÁUDIO MICHELON JR., a perspectiva de BEVILÁQUA tinha como fundamento o império do paradigma da vontade que regia o Código Civil francês.²⁶⁷ Não por coincidência, PONTES DE MIRANDA atribuiu ao Código Civil de 1916 a condição de penúltimo Código oitocentista, ainda que tenha sido inaugurado já no século XX.²⁶⁸

É que o paradigma voluntarista, de acordo com CLÁUDIO MICHELON JR., impedia o reconhecimento de fonte de obrigações que não pudesse ser diretamente associada a atos voluntários.²⁶⁹ Assim, o pagamento indevido foi alocado no Código Civil de 1916 como forma de extinção de obrigações. Contudo, disso não se trata o pagamento indevido. Diversamente, o evento do pagamento indevido é fonte de uma obrigação de restituir.²⁷⁰

Já a gestão de negócios foi classificada como contrato, ainda que contrato não fosse, uma vez que o gestor agia sem a autorização do beneficiado.²⁷¹ CLÁUDIO MICHELON JR. defende que houve tentativa de superar esse óbice, aparentemente insuperável sob a perspectiva conceitual, com a possibilidade de concordância, por parte do beneficiado, com a atuação do gestor.²⁷² Criou-se, portanto, uma ficção de bilateralidade para justificar a presença do instituto no diploma.²⁷³

²⁶⁷ MICHELON JR., C. Direito restitutório: enriquecimento sem causa, pagamento indevido, gestão de negócios. In: REALE, M.; MARTINS-COSTA, J. **Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (Coleção Biblioteca de Direito Civil). p. 20-23.

²⁶⁸ PONTES DE MIRANDA, F. C. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

²⁶⁹ MICHELON JR., C. Direito restitutório: enriquecimento sem causa, pagamento indevido, gestão de negócios. In: REALE, M.; MARTINS-COSTA, J. **Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (Coleção Biblioteca de Direito Civil). p. 20-23.

²⁷⁰ MICHELON JR., C. Direito restitutório: enriquecimento sem causa, pagamento indevido, gestão de negócios. In: REALE, M.; MARTINS-COSTA, J. **Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (Coleção Biblioteca de Direito Civil). p. 21.

²⁷¹ MICHELON JR., C. Direito restitutório: enriquecimento sem causa, pagamento indevido, gestão de negócios. In: REALE, M.; MARTINS-COSTA, J. **Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (Coleção Biblioteca de Direito Civil). p. 21.

²⁷² MICHELON JR., C. Direito restitutório: enriquecimento sem causa, pagamento indevido, gestão de negócios. In: REALE, M.; MARTINS-COSTA, J. **Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (Coleção Biblioteca de Direito Civil). p. 21.

²⁷³ MICHELON JR., C. Direito restitutório: enriquecimento sem causa, pagamento indevido, gestão de negócios. In: REALE, M.; MARTINS-COSTA, J. **Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (Coleção Biblioteca de Direito Civil). p. 21.

É por conta disso que se fala que o tratamento dado às fontes restitutórias foi, ao mesmo tempo, insuficiente e inadequado. Insuficiente porque não inseriu uma cláusula geral; inadequado porquanto atribuiu a esses institutos características que não lhes dizia respeito.²⁷⁴

Mas para a cláusula de vedação ao enriquecimento sem causa não houve sequer tratamento errático: ficou de fora do Código Civil de 1916 e ganhou apenas contornos de princípio geral do direito.²⁷⁵ AGOSTINHO ALVIM, na década de 1950, já mencionava esse reconhecimento da vedação ao enriquecimento sem causa como um princípio geral do direito. Entretanto, era nítido o caráter pejorativo atribuído à condição de fonte apenas subsidiária.²⁷⁶

Por outro lado, RENATO MORAES defende que a doutrina e a jurisprudência, com o transcorrer dos anos, conseguiram, mediante a aceitação do instituto como princípio geral do direito, suplantar a ausência da positividade de uma cláusula geral.²⁷⁷

RODRIGO DA GUIA SILVA compartilha da mesma posição. Ele entende que o reconhecimento do princípio geral do direito ofereceu resposta às lacunas existentes na lei e teve “particular desenvoltura” sobre a matéria da posse.²⁷⁸ Ademais, defende que embora não houvesse previsão de cláusula geral, o Código Civil de 1916, sem dúvida, deu relevância ao enriquecimento sem causa.²⁷⁹ A assertiva foi fundamentada na enumeração das hipóteses restitutórias presentes no Código Civil de 1916 identificadas pela doutrina:

²⁷⁴ MICHELON JR., C. Direito restitutivo: enriquecimento sem causa, pagamento indevido, gestão de negócios. In: REALE, M.; MARTINS-COSTA, J. **Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (Coleção Biblioteca de Direito Civil). p. 21.

²⁷⁵ MICHELON JR., C. Direito restitutivo: enriquecimento sem causa, pagamento indevido, gestão de negócios. In: REALE, M.; MARTINS-COSTA, J. **Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (Coleção Biblioteca de Direito Civil). p. 21.

²⁷⁶ ALVIM, A. Do enriquecimento sem causa. **Revista dos Tribunais**, v. 259, p. 3-36, São Paulo, maio 1957. p. 3: “[a] ação de enriquecimento, ou ‘*actio de in rem verso*’, não é de largo uso entre nós. Isto deve-se, em parte, ao sistema do nosso Direito vigente, que permite até mesmo se negue a existência da ação de enriquecimento; e os que a admitem hão de concordar em que somente podem fundamentá-la em fonte subsidiária do direito objetivo, e na mais remota de todas: princípios gerais de Direito”.

²⁷⁷ MORAES, R. D. F. D. **Enriquecimento sem causa e enriquecimento por intervenção**. São Paulo: Almedina, 2021. p. 180-186.

²⁷⁸ Cf.: GUIA SILVA, R. D. **Enriquecimento sem causa**: as obrigações restitutórias no direito civil. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. [livro eletrônico]. n.p.: “[t]al formulação, a identificar a vedação ao enriquecimento sem causa como um autêntico princípio geral do direito no sistema brasileiro, parece ter se concebido com particular desenvoltura na seara dos efeitos da posse, especificamente no que tange à disciplina das benfeitorias. Sustentava-se, a propósito, que seria precisamente a vedação ao enriquecimento sem causa o ‘fundamento racional’ para a atribuição, ao possuidor, do direito à restituição das benfeitorias (em regime a variar conforme a boa-fé ou má-fé subjetiva). Afirmava-se, nesse sentido, que haveria enriquecimento sem causa, por parte do proprietário, caso não se lhe impusesse a obrigação de restituir (*in natura* ou pelo equivalente) as benfeitorias realizadas pelo possuidor”.

²⁷⁹ Caio Mário da Silva Pereira faz comentário em sentido próximo em relação ao Código Civil francês de 1804: “[n]ão há dúvida, entretanto, que a ideia do enriquecimento sem causa domina numerosos artigos do Código Civil francês. Mas os seus redatores não o mencionam e, ao revés, parece mesmo que deliberadamente o omitiram”. Cf.: PEREIRA, C. M. D. S. **Instituições de direito civil**: teoria geral das obrigações. 1. ed. São Paulo: Forense, 1962. p. 241.

Desse modo, identificava-se a influência da vedação ao enriquecimento sem causa em diversas regras positivadas pelo Código Civil de 1916, tais como: a disciplina da restituição do pagamento indevido (arts. 964 e ss.); a impossibilidade de o credor incapaz reclamar um segundo pagamento quando houver se beneficiado do primeiro (art. 936, in fine); o direito do possuidor, ainda que de má-fé, ao recebimento das despesas de manutenção e custeio (art. 513); a aquisição, pelo especificador de boa-fé, da matéria-prima alheia em que trabalhou, condicionada ao “ressarcimento do dano” do proprietário (art. 613); entre muitas outras. A riqueza de exemplos invocados pela manualística parecia não deixar dúvida, enfim, acerca da relevância atribuída ao enriquecimento sem causa sob a égide da codificação anterior. A civilística se encontrava, porém, em delicado cenário: de um lado, a ausência de previsão expressa dificultava o reconhecimento da autonomia do instituto; de outro lado, a inspiração racional de previsões as mais variadas tornava impossível ignorar a repercussão da vedação ao enriquecimento sem causa no direito brasileiro.²⁸⁰

RENATO MORAES argumenta que o rol de situações apontado por RODRIGO DA GUIA SILVA e acima transcrito representou consolidação do enriquecimento sem causa como princípio geral do Direito brasileiro.²⁸¹ Isto é, o somatório das normas pontuais evidenciava a preocupação do legislador de evitar circunstâncias de enriquecimento destituído de causa jurídica justificante.²⁸²

Essa preocupação, então, irradiou-se sobre o sistema jurídico, na forma de princípio geral do direito, para circunstâncias que não estavam expressamente positivadas. A conclusão de MORAES é a de que “[o] enriquecimento sem causa se tornou, então, instituto de categoria subsidiária, que passou a funcionar como verdadeira válvula de escape para situações de desequilíbrio não disciplinadas pelos institutos existentes no Código Civil de 1916”.²⁸³ A isso RODRIGO DA GUIA SILVA atribuiu a função autointegrativa do enriquecimento sem causa como princípio geral do direito na vigência do Código Civil de 1916.²⁸⁴

CLÁUDIO MICHELON JR., por sua vez, não nega o esforço da doutrina e da jurisprudência²⁸⁵ ao longo do século XX em relação ao desenvolvimento do enriquecimento

²⁸⁰ Cf.: GUIA SILVA, R. D. **Enriquecimento sem causa**: as obrigações restitórias no direito civil. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. [livro eletrônico]. n.p.

²⁸¹ MORAES, R. D. F. D. **Enriquecimento sem causa e enriquecimento por intervenção**. São Paulo: Almedina, 2021. p. 184-185.

²⁸² MORAES, R. D. F. D. **Enriquecimento sem causa e enriquecimento por intervenção**. São Paulo: Almedina, 2021. p. 184-185.

²⁸³ MORAES, R. D. F. D. **Enriquecimento sem causa e enriquecimento por intervenção**. São Paulo: Almedina, 2021. p. 185.

²⁸⁴ GUIA SILVA, R. D. **Enriquecimento sem causa**: as obrigações restitórias no direito civil. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. [livro eletrônico] n.p.

²⁸⁵ Sobre o papel da jurisprudência na consolidação do enriquecimento sem causa no Direito brasileiro, cf. VALLE FERREIRA, J. G. D. **Enriquecimento sem causa**. Belo Horizonte: Bernardo Álvares, 1949. p. 10: “A jurisprudência, ao contrário, foi desde logo empregando as suas “regras flexíveis” e, conforme notícia que daremos

sem causa, embora classifique a empreitada como “corajosa, mas errática, [...] deixando muitas perguntas em aberto”.²⁸⁶ GIOVANNI ETTORE NANNI concorda: “o que se constata é que o desenvolvimento do tema é incipiente. Não sobrevieram estudos ou monografias aprofundadas sobre a matéria e tampouco largo acolhimento pela jurisprudência”.²⁸⁷

Dentre as perguntas deixadas em aberto, CLÁUDIO MICHELON JR. listou: (i) a relação do enriquecimento sem causa como princípio com os demais instrumentos restitutórios constantes da legislação civil; (ii) a relação do enriquecimento sem causa com as outras fontes de obrigações do ordenamento brasileiro; e (iii) a questão da quantificação das condenações derivadas da pretensão de vedação ao enriquecimento sem causa.²⁸⁸

As três questões, é certo, seguem controvertidas até hoje,²⁸⁹ de forma que este trabalho se debruçará com maior profundidade sobre duas delas: a relação do enriquecimento sem causa com outras fontes de obrigações, especialmente em atenção às situações de intervenção sobre direitos alheios; e a quantificação da obrigação de restituir nessa hipótese de intromissão.

CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, conquanto tenha criticado a opção de BEVILÁQUA, considerou que as *condictiones* romanas, ainda que indiretamente, estavam abarcadas no Código Civil de 1916.²⁹⁰ O grande problema, de acordo com o autor, foi a falta da “construção do enriquecimento sem causa como instituto dotado de autonomia e disciplina legal própria”.²⁹¹

mais adiante, superou a norma abstrata; ao mesmo tempo que remediava situações imprevistas, foi afeiçoando as regras do Código às eventualidades da vida moderna, aos novos fatos econômicos e sociais”.

²⁸⁶ MICHELON JR., C. Direito restitutivo: enriquecimento sem causa, pagamento indevido, gestão de negócios. In: REALE, M.; MARTINS-COSTA, J. **Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (Coleção Biblioteca de Direito Civil). p. 37.

²⁸⁷ NANNI, Giovanni Ettore. **Enriquecimento sem causa**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 109.

²⁸⁸ MICHELON JR., C. Direito restitutivo: enriquecimento sem causa, pagamento indevido, gestão de negócios. In: REALE, M.; MARTINS-COSTA, J. **Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (Coleção Biblioteca de Direito Civil). p. 37.

²⁸⁹ Nesse sentido, Cláudio Michelon Jr. afirmou que o Código Civil de 2002 não ofereceu respostas pronta, o que é característico das cláusulas gerais. Ainda acrescentou a importância da atuação da doutrina para o desenvolvimento do enriquecimento sem causa no Brasil: “[o] novo Código Civil é uma oportunidade preciosa para que a doutrina brasileira reassuma seu papel histórico de contribuir decisivamente para a racionalização da argumentação jurídica em direito privado no Brasil. Divinação oracular não é substituto para o argumento racional”. Cf.: MICHELON JR., C. Direito restitutivo: enriquecimento sem causa, pagamento indevido, gestão de negócios. In: REALE, M.; MARTINS-COSTA, J. **Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (Coleção Biblioteca de Direito Civil). p. 37-38.

²⁸⁹ MICHELON JR., C. Direito restitutivo: enriquecimento sem causa, pagamento indevido, gestão de negócios. In: REALE, M.; MARTINS-COSTA, J. **Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (Coleção Biblioteca de Direito Civil). p. 37-38.

²⁹⁰ PEREIRA, C. M. D. S. **Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações**. 1. ed. São Paulo: Forense, 1962. p. 244.

²⁹¹ PEREIRA, C. M. D. S. **Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações**. 1. ed. São Paulo: Forense, 1962. p. 244.

Ele ainda sugeriu que quando o Brasil dispusesse de regramento sobre a matéria deveriam ser estabelecidos requisitos específicos, tal como ocorria na Alemanha.²⁹²

Diane disso, CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA suscitou os elementos básicos da pretensão de enriquecimento na Alemanha: (i) a diminuição patrimonial da vítima; (ii) o enriquecimento do beneficiado, sem que houvesse causa jurídica a justificar o incremento; e (iii) a causalidade entre o empobrecimento e o enriquecimento.²⁹³

Os requisitos, conquanto apontados por CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA como do Direito alemão, eram mencionados amplamente pelos doutrinadores brasileiros do século XX. Nesse contexto, é possível citar AGOSTINHO ALVIM,²⁹⁴ LACERDA DE ALMEIDA, PONTES DE MIRANDA,²⁹⁵ dentre outros.

2.2.2.2 O enriquecimento sem causa na jurisprudência durante a vigência do Código Civil de 1916: aplicação para afastar a percepção de ganhos considerados “injustos”

Sob a perspectiva jurisprudencial, RENATO MORAES aponta como expoentes da utilização do enriquecimento sem causa como princípio geral do direito discussões relativas (i) à correção monetária no contexto de hiperinflação que vigeu no Brasil até meados dos anos 1990, e (ii) à cumulação de juros moratórios e compensatórios.²⁹⁶

A título exemplificativo, cite-se o Recurso Especial n. 2.665/MG, sob a relatoria do Ministro WALDEMAR ZVEITER.²⁹⁷ Na hipótese, foi ajuizada ação de consignação em pagamento

²⁹² PEREIRA, C. M. D. S. **Instituições de direito civil**: teoria geral das obrigações. 1. ed. São Paulo: Forense, 1962. p. 244.

²⁹³ PEREIRA, C. M. D. S. **Instituições de direito civil**: teoria geral das obrigações. 1. ed. São Paulo: Forense, 1962. p. 241.

²⁹⁴ “Tendo em vista o enriquecimento, os requisitos a que se reportam os civilistas, em sua maioria, com algumas var antes, são os seguintes: a) enriquecimento; b) empobrecimento; c) nexo causal entre aquele e este; d) ausência de justa causa; e) caráter subsidiário da ação, que outros autores, com razão, exigem”. Cf.: ALVIM, A. Do enriquecimento sem causa. **Revista dos Tribunais**, v. 259, p. 3-36, São Paulo, maio 1957. p. 10.

²⁹⁵ “No suporte fático do fato jurídico do enriquecimento sem causa há de achar-se: a) a obtenção de algo, com que se aumentou o patrimônio da pessoa, a que o fato se refere; b) o ter sido a expensas de outrem a obtenção; c) a imediatidade entre a obtenção e a retirada (o deslocamento do bem da vida, ou parte dele, tem de ser imediato”. Cf.: PONTES DE MIRANDA, F. C. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. v. 26. p. 163.

²⁹⁶ MORAES, R. D. F. D. **Enriquecimento sem causa e enriquecimento por intervenção**. São Paulo: Almedina, 2021. p. 186.

²⁹⁷ PROCESSUAL CIVIL- CONSIGNATORIA (DEPOSITO) - MUTUO RURAL - CORREÇÃO MONETARIA. I - VALOR DO DEBITO CONSIGNADO DEVE SER RESTITUIDO AO CREDOR NO MESMO VALOR ORIGINARIO, IMPONDO-SE A CORREÇÃO MONETARIA DESTA QUANDO O DEVEDOR O DEPOSITA EM CONSIGNATORIA. II - DOCTRINA E JURISPRUDENCIA, ANTE A EVOLUÇÃO DO FENOMENO INFLACIONARIO, PASSARAM A NÃO MAIS EXIGIR, COMO CRITERIO DE APLICAÇÃO DA CORREÇÃO MONETARIA, A PREVIA AUTORIZAÇÃO LEGAL. III ESSA MATERIA SOBRE SER POSSIVEL OU NÃO A INCIDENCIA DA CORREÇÃO MONETARIA, EM TAIS

na qual a parte devedora de contrato de financiamento rural buscava obter sua liberação da obrigação sem adimplir com a correção monetária do valor devido. A sentença julgou procedente a ação e foi mantida pelo acórdão da apelação. O fundamento principal era de que a importância da atividade rural afastaria a recomposição do valor da moeda no tempo.

O STJ, porém, deu provimento ao recurso especial da instituição financeira por entender que a inflação corroía o dinheiro naquele momento histórico. Foi assentado no acórdão que a ausência de previsão legal da correção não seria empecilho, uma vez que a prestação jurisdicional deveria ser “fiel ao princípio da justiça, que deve prevalecer sobre os conceitos do direito, quando este se constitui anacrônico e distanciado, na mora do legislador, aos fins sociais a que se o constitui”. Em seguida, consta do voto do Ministro relator que cancelar a não incidência da correção monetária significaria autorizar “o enriquecimento sem causa, que a teoria geral do direito não acolhe”.

Ainda se acrescentou que o art. 1.256 do Código Civil de 1916²⁹⁸ reconhecia esse contexto. Isso, na medida em que determinava que “o mutuário deveria restituir ao mutuante o que dele recebeu em coisas do mesmo gênero, qualidade e quantidade”, na linha do que já se tinha decidido no Recurso Especial n. 1.124/SP.²⁹⁹

Também no contexto da autorização da correção monetária como representação da incidência do enriquecimento sem causa como princípio, CLÁUDIO MICHELON JR. suscita, como exemplo paradigmático, as obrigações condominiais.³⁰⁰ No Recurso Especial n. 160.794/SP, fixou-se o entendimento de que a não incidência da correção monetária sobre as parcelas atrasadas implicaria enriquecimento sem causa do condômino moroso.³⁰¹

CIRCUNSTANCIAS E MESMO EM OUTRAS NAS QUAIS SE ARGUMENTA COM VIOLAÇÕES LEGISLATIVAS ARCAICAS, PORQUE SUPERADAS PELOS FATOS SOCIAIS, NÃO PODEM INIBIR O JULGADOR DE ADEQUANDO SUA INTERPRETAÇÃO A REALIDADE SOCIAL OU ECONOMICA ENTREGAR PRESTAÇÃO JURISDICCIONAL A QUE FAZ JUS O INTERESSADO. IV - RECURSO PROVIDO PARA CASSAR A DECISÃO RECORRIDA. REsp n. 2.665/MG, relator Ministro Waldemar Zveiter, Terceira Turma, julgado em 12/6/1990, DJ de 13/8/1990, p. 7649.

²⁹⁸ Art. 1.256. O mútuo é o empréstimo de coisas fungíveis. O mutuário é obrigado a restituir ao mutuante o que dele recebeu em coisas do mesmo gênero, qualidade e quantidade.

²⁹⁹ DIREITO CIVIL. CEDULA RURAL PIGNORATICA. CORREÇÃO MONETARIA. NO CONTRATO DE FINANCIAMENTO, CONSUBSTANCIADO EM CEDULA RURAL PIGNORATICA E CELEBRADO NA VIGENCIA DO PLANO CRUZADO, E DEVIDA A CORREÇÃO MONETARIA, SOB PENA DE ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA DO DEVEDOR. NEGATIVA DE VIGENCIA AO ART. 1256 DO CODIGO CIVIL E DISSIDIO JURISPRUDENCIAL CARACTERIZADO. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO. REsp n. 1.124/SP, relator Ministro Barros Monteiro, Quarta Turma, julgado em 21/11/1989, DJ de 18/12/1989, p. 18477.

³⁰⁰ MICHELON JR., C. Direito restitutivo: enriquecimento sem causa, pagamento indevido, gestão de negócios. *In*: REALE, M.; MARTINS-COSTA, J. **Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (Coleção Biblioteca de Direito Civil). p. 177.

³⁰¹ Condomínio. Contribuições. Convenção. A correção monetária é devida, desde o vencimento do débito, pena de enriquecimento indevido do devedor. Juros de um por cento ao mês e multa. Acessórios que só serão exigíveis

Todavia, CLÁUDIO MICHELON JR. faz menção a um caso ainda mais relevante: o Recurso Especial n. 11.025/SP, também relatado pelo Ministro WALDEMAR ZVEITER.³⁰² No caso, reconheceu-se expressamente o enriquecimento sem causa como verdadeira fonte de obrigações, ainda que não positivada no Código Civil.³⁰³

No âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF), encontram-se acórdãos que discutiam o enriquecimento sem causa já nos anos 1940. Por exemplo, na Apelação Cível n. 8.155, relatada pelo Ministro BARROS MONTEIRO, foi mencionada a incidência do princípio do enriquecimento sem causa para além dos preceitos positivados no Código, de forma a afastar adjudicação fora de praça realizada com preço inferior ao de mercado da coisa.³⁰⁴

Igualmente, em 1948 o Ministro OROZIMBO NONATO relatou o acórdão que negou provimento ao recurso extraordinário de uma mulher que cobrava salário do companheiro, com o qual havia se casado apenas em cerimônia religiosa. A cobrança tinha como fundamento os serviços domésticos prestados.³⁰⁵ O acórdão levou em consideração que as partes viviam em concubinato, como “marido e mulher”, e que os deveres dos concubinos, “enquanto duram as ligações, são os mesmos que entre esposos legítimos”.

se previstos na convenção. A norma constante do artigo 12, § 3º da Lei 4.591/64 não os impõe, mas apenas autoriza que sejam pactuados. REsp n. 160.794/SP, relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, relator para acórdão Ministro Eduardo Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 1/6/2000, DJ de 28/8/2000, p. 74.

³⁰² MICHELON JR., C. Direito restitutivo: enriquecimento sem causa, pagamento indevido, gestão de negócios. *In*: REALE, M.; MARTINS-COSTA, J. **Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (Coleção Biblioteca de Direito Civil). p. 178.

³⁰³ CIVIL - ENRIQUECIMENTO ILICITO (OU SEM CAUSA) - PRESCRIÇÃO - CORREÇÃO MONETARIA. I - NÃO SE HA NEGAR QUE O ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA E FONTE DE OBRIGAÇÕES, EMBORA NÃO VENHA EXPRESSO NO CODIGO CIVIL, O FATO E QUE O SIMPLES DESLOCAMENTO DE PARCELA PATRIMONIAL DE UM ACERVO QUE SE EMPOBRECE PARA OUTRO QUE SE ENRIQUECE E O BASTANTE PARA CRIAR EFEITOS OBRIGACIONAIS. II - NORMA QUE ESTABELECE O ELENCO DE CAUSAS INTERRUPTIVAS DA PRESCRIÇÃO INCLUIU TAMBEM COMO TAL QUALQUER ATO INEQUIVOCO, AINDA QUE EXTRAJUDICIAL, QUE IMPORTE EM RECONHECIMENTO DO DIREITO PELO DEVEDOR. INTELIGENCIA DO ART. 172 DO CODIGO CIVIL. III - RECURSO NÃO CONHECIDO. REsp n. 11.025/SP, relator Ministro Waldemar Zveiter, Terceira Turma, julgado em 29/10/1991, DJ de 24/2/1992, p. 1868.

³⁰⁴ Responsabilidade do síndico por atos prejudiciais à massa ainda que aprovados pelo juízo. Segunda avaliação sem explicação necessária, de modo a baixar o valor de imóvel hipotecado e permitir a adjudicação ao credor, independentemente de hasta pública. Impossibilidade de adjudicação fora de praça pelo valor convencionado na escritura, ainda que a troca de quitação plena em favor da massa – à sombra dos arts. 818 e 822 do Código Civil. O dolo posterior à realização do ato não é essencial e não acarreta a nulidade do mesmo; é antes assimilável ao de caráter acidental (Código Civil arts. 92 - 93), autorizando a plena indenização dos prejuízos causados. Ainda que afastada a aplicação de preceitos do direito privado, que regem as declarações de vontade e considerando-se a arrematação, como a adjudicação, com caráter publicístico impor-se-ia a mesma consequência de indenização, pelo evidente enriquecimento sem causa, que teve o credor em detrimento da massa. ACi 8155, Relator(a): BARROS BARRETO, julgado em 31/08/1942.

³⁰⁵ Salário devido a serviços domésticos prestados ao companheiro por quem não era casada pela lei civil. O ajuste prévio de remuneração não é necessário. Enriquecimento sem causa. RE 8040, Relator(a): OROZIMBO NONATO, julgado em 28/09/1948.

Consignou-se que o casamento religioso fornecia à relação contornos “moralmente regulares” e que, no contexto da vida em casal, as atividades desempenhadas pela autora não poderiam ser consideradas como “de empregada” do recorrido. O entendimento foi o de que dar provimento ao recurso significaria legitimar enriquecimento sem causa à autora, nos termos do acórdão do Tribunal *a quo*.

O STF também apreciou o enriquecimento sem causa enquanto princípio geral do direito em matéria tributária. No Agravo de Instrumento n. 27.269/SP, julgado em 1962, foi negado provimento ao recurso de uma indústria de calçados que se insurgia contra o imposto de vendas e consignações. A decisão da Corte se amparou no fundamento de que o valor relativo ao mencionado imposto era repassado ao consumidor. Assim, o provimento do recurso implicaria enriquecimento sem causa à indústria, uma vez que ela não era a contribuinte do tributo.

Já em 1997, o Ministro MARCO AURÉLIO MELLO relatou acórdão que afirmou que a não correção monetária de créditos tributários de contribuintes, relativos ao ICMS, feriria o princípio da não cumulatividade. Mas além disso, constou do acórdão que haveria de se levar em consideração “a garantia constitucional implícita vedadora do enriquecimento sem causa”.³⁰⁶ Ou seja: a vedação ao enriquecimento sem causa foi considerada não apenas um princípio geral do direito, mas uma garantia extraída da Constituição Federal de 1988, ainda que não explicitamente.

2.2.2.3 Um olhar inicial sobre o enriquecimento por intervenção

Por fim, no que diz respeito ao desenvolvimento do enriquecimento sem causa no Direito brasileiro antes da vigência do Código Civil de 2002, cabe mencionar que eram raras as menções ao enriquecimento sem causa por intervenção, ou pelo menos com uma perspectiva de diferenciação dessa hipótese daquelas abarcadas pelo pagamento indevido.

³⁰⁶ AGRAVO DE INSTRUMENTO - ATUAÇÃO DO RELATOR - USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO COLEGIADO. A apreciação do pedido formulado no agravo de instrumento é atribuído, consoante o artigo 28 da Lei n. 8.038/90, ao relator. Descabe cogitar de usurpação da competência da Turma, quando, a fim de bem desempenhar o mister, necessita dizer da configuração, ou não, de infringência constitucional, isto para definir o enquadramento do extraordinário no permissivo da alínea "a" do inciso III do artigo 102 do Diploma Maior. IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS - CRÉDITO - CORREÇÃO - PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE. Homenageia o princípio da não-cumulatividade decisão no sentido de considerar-se os créditos pelo valor devidamente corrigido, isso em face da passagem do tempo até a vinda a balha de definição da legitimidade respectiva, por ato da Fazenda do Estado. Descabe falar, na espécie, de transgressão ao princípio da legalidade. O alcance respectivo há de ser perquirido considerada a garantia constitucional implícita vedadora do enriquecimento sem causa. AI 182458 AgR, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Segunda Turma, julgado em 04/03/1997, DJ 16-05-1997 PP-19960 EMENT VOL-01869-04 PP-00788.

Contudo, PONTES DE MIRANDA defendeu que aquele “que consome coisa alheia, evitando gastar o que lhe pertence, enriquece-se sem causa. Se o boi de A se alimentou com o feno do sítio de B, A enriqueceu-se”.³⁰⁷

O trecho, é importante dizer, não foi fortuito. PONTES DE MIRANDA parecia ter consciência da distinção entre as hipóteses de enriquecimento sem causa. Isso se evidencia pela diferenciação feita por ele em relação às modalidades de enriquecimento: “[r]esulta dos fatos (= natureza das coisas) que ou (a) o enriquecido recebeu algo, por vontade do que sofreu com o enriquecimento; ou (b), sem a vontade desse, mas por ato de alguém (inclusive do enriquecido ou outro prejudicado); ou (c) sem qualquer ato”.³⁰⁸

No entanto, o trecho que deixa mais evidente a sua percepção sobre o enriquecimento por intervenção é o seguinte:

De ordinário, é a atribuição que enriquece; mas também causam enriquecimento atos do enriquecido (consumo de coisas alheias, disposição de coisa alheia; transferência de crédito que não passa a não ser suscetível de exceções oponíveis pelo adquirente, pois a contraprestação pode ser maior; pedido de execução de coisas que não é do devedor); e fatos *stricto sensu* ou atos-fatos”.³⁰⁹

FERNANDO NORONHA, em 1991, também fez menção ao enriquecimento por intervenção, o qual, de acordo com ao autor, seria o enriquecimento obtido a partir da “interferência em esfera jurídica alheia”.³¹⁰ A nomenclatura então mencionada hoje é majoritária na doutrina e na jurisprudência – “lucro da intervenção”. A extensão da restituição, de acordo com NORONHA, deveria corresponder à integralidade dos ganhos derivados da intervenção.³¹¹

Já TERESA NEGREIROS suscitou o “caso específico de intromissão em bens jurídicos alheios”.³¹² De acordo com a autora, se não houvesse outra ação disponível, seria possível “determinar seja restituída a vantagem que à custa daqueles bens foi obtida pelo beneficiado”.³¹³

³⁰⁷ PONTES DE MIRANDA, F. C. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. v. 26. p. 119.

³⁰⁸ PONTES DE MIRANDA, F. C. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. v. 26. p. 123.

³⁰⁹ PONTES DE MIRANDA, F. C. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. v. 26. p. 122.

³¹⁰ NORONHA, F. Enriquecimento sem causa. **Revista do Instituto dos Advogados de Santa Catarina**, Florianópolis, SC, v. 4, p. 43-74, 1992.

³¹¹ NORONHA, F. Enriquecimento sem causa. **Revista do Instituto dos Advogados de Santa Catarina**, Florianópolis, SC, v. 4, p. 43-74, 1992.

³¹² NEGREIROS, T. P. D. A. T. D. Enriquecimento sem causa: aspectos de sua aplicação no Brasil como um princípio geral de direito. **Revista da Ordem dos Advogados**, v. 55, Ordem dos Advogados Portugueses, Lisboa, p. 757-845, 1995. p. 804.

³¹³ NEGREIROS, T. P. D. A. T. D. Enriquecimento sem causa: aspectos de sua aplicação no Brasil como um princípio geral de direito. **Revista da Ordem dos Advogados**, v. 55, Ordem dos Advogados Portugueses, Lisboa, p. 757-845, 1995. p. 804.

2.2.3 O enriquecimento sem causa no Código Civil de 2002

No item anterior, viu-se que a doutrina criticou amplamente a disciplina do enriquecimento sem causa no Código de 1916. As críticas tinham como aspectos centrais a não positivação de uma cláusula geral e a disciplina equivocada de pretensões restitutórias ao longo do diploma.

De acordo com CLÁUDIO MICHELON JR., foi a pressão doutrinária um dos fatores mais relevantes à positivação, no art. 884 do Código Civil de 2002, da obrigação genérica de restituir.³¹⁴ Por conta disso, CLÁUDIO MICHELON JR. acrescenta que o novo diploma não representou “ruptura com a evolução cultural do direito das obrigações no Brasil”.³¹⁵ Diversamente, a alteração legislativa significou “apenas mais um passo em um processo evolutivo”,³¹⁶ que até hoje segue seu curso.

Contudo, o Código Civil de 2002, ainda que tenha previsto a cláusula geral, não ficou isento de críticas. JOÃO COSTA-NETO e CARLOS E. ELIAS DE OLIVEIRA, por exemplo, afirmam que o diploma “trata do enriquecimento sem causa de forma extremamente sucinta e pobre”, como se o legislador tivesse se apegado ao passado.³¹⁷ Os autores defendem que o melhor referencial sobre a matéria é o Direito alemão, uma vez que o BGB “detalhou diferentes pretensões de enriquecimento sem causa”.³¹⁸ Ao mesmo tempo, eles elogiam o Código Civil português.³¹⁹

Outra crítica formulada por JOÃO COSTA-NETO e por CARLOS E. ELIAS DE OLIVEIRA diz respeito à distinção entre o pagamento indevido e o enriquecimento sem causa feito pelo legislador no Código Civil de 2002. De acordo com os autores, “uma das hipóteses de enriquecimento sem causa é justamente o pagamento indevido”. A mesma crítica foi feita por MENEZES LEITÃO, quando teceu comentários ao novo diploma brasileiro.

³¹⁴ MICHELON JR., C. Direito restitutivo: enriquecimento sem causa, pagamento indevido, gestão de negócios. *In*: REALE, M.; MARTINS-COSTA, J. **Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (Coleção Biblioteca de Direito Civil). p. 35.

³¹⁵ MICHELON JR., C. Direito restitutivo: enriquecimento sem causa, pagamento indevido, gestão de negócios. *In*: REALE, M.; MARTINS-COSTA, J. **Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (Coleção Biblioteca de Direito Civil). p. 35.

³¹⁶ MICHELON JR., C. Direito restitutivo: enriquecimento sem causa, pagamento indevido, gestão de negócios. *In*: REALE, M.; MARTINS-COSTA, J. **Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (Coleção Biblioteca de Direito Civil). p. 35.

³¹⁷ OLIVEIRA, C. E. D.; COSTA-NETO, J. **Direito civil**. 1. ed. São Paulo: Forense, 2022. p. 716.

³¹⁸ OLIVEIRA, C. E. D.; COSTA-NETO, J. **Direito civil**. 1. ed. São Paulo: Forense, 2022. p. 716.

³¹⁹ OLIVEIRA, C. E. D.; COSTA-NETO, J. **Direito civil**. 1. ed. São Paulo: Forense, 2022. p. 736.

MENEZES LEITÃO considera que o Código Civil de 2002 seguiu a tradição francesa de autonomizar institutos em situações específicas.³²⁰ RODRIGO MORAES, por sua vez, defende que não havia necessidade de alocação do pagamento indevido como instituto autônomo, na medida em que se trata de “espécie do gênero estabelecido no art. 884 do Código Civil.”³²¹

Com efeito, a cláusula geral de vedação ao enriquecimento sem causa e seus dispositivos subsequentes, apesar de sucintos, são capazes de evidenciar os elementos necessários à configuração do direito de restituir. Entretanto, não há qualquer aprofundamento. Da leitura dos arts. 884 a 886 do Código Civil é possível constatar que o enriquecimento sem causa exige (a) um enriquecimento, (b) à custa de outrem, (c) sem causa jurídica justificadora e (d) num contexto de subsidiariedade.

Diante disso, passa-se a destrinchar cada um dos elementos acima mencionados.

2.2.3.1 *Enriquecimento*

O primeiro requisito do enriquecimento sem causa é exatamente o enriquecimento de alguém, considerado um *plus* no patrimônio do enriquecido por PONTES DE MIRANDA.³²² Segundo PETER BIRKS, se não ocorreu enriquecimento e existe algum problema jurídico, certamente é possível que haja alguma solução jurídica, mas não uma solução de enriquecimento sem causa.^{323/324}

AGOSTINHO ALVIM tratou o enriquecimento de forma abrangente. Considerou que o conceito abarcaria o descolamento de valor de uma pessoa para outra; o dano evitado; a inutilização de coisa própria; a poupança de despesas; a transmissão da posse; a remissão de

³²⁰ MENEZES LEITÃO, L. M. T. D. O enriquecimento sem causa no novo Código civil brasileiro. **R. CEJ**, Brasília, n. 25, p. 24-33, abr./jun. 2004: “[...] o Código, na sequência dos Códigos de raiz francesa, autonomiza o pagamento indevido em relação ao enriquecimento sem causa, quando tal pagamento constitui manifestamente uma hipótese de enriquecimento sem causa”.

³²¹ MORAES, R. D. F. D. **Enriquecimento sem causa e enriquecimento por intervenção**. São Paulo: Almedina, 2021. p. 193.

³²² PONTES DE MIRANDA, F. C. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. v. 26. p. 164.

³²³ BIRKS, P. **Unjust enrichment**. 2. ed. Oxford University Press, 2005. p. 13

³²⁴ BIRKS defendia que era rara a divergência em relação ao valor do enriquecimento na Inglaterra. A razão da assertiva é que o *unjust enrichment* inglês, equivalente funcional ao enriquecimento sem causa, é essencialmente distinto do modelo brasileiro e do dos países que seguiram a tradição europeia continental. É que, enquanto o fundamento da obrigação de restituir na Inglaterra são fatores injustos, taxativamente elencados, no Direito europeu continental, seguido pelo Brasil, esse fundamento é a ausência de causa. Ademais, PETER BIRKS elege o pagamento indevido como o *core case* do *unjust enrichment*, de forma que lá não há amplitude das pretensões fundadas nas cláusulas gerais de enriquecimento sem causa. Em consequência, o enriquecimento sem causa por intervenção, de origem alemã, é tratado fora do contexto do *unjust enrichment*. O núcleo normativo ao qual pertence a situação de enriquecimento por intervenção da Inglaterra é o modelo de *restitution for wrongs*. Cf.: BIRKS, P. **Unjust enrichment**. 2. ed. Oxford University Press, 2005. p. 19.

uma dívida; a prestação de serviços; eventual benefício de ordem moral com valor pecuniário aferível: “enfim, [a] incorporação ao patrimônio de um elemento material ou imaterial”.³²⁵

CLÁUDIO MICHELON JR., em sentido próximo, afirmou que esse enriquecimento (a) pode ser entendido de forma ampla e (b) diz respeito a qualquer vantagem patrimonial eventualmente auferida:

Qualquer vantagem patrimonial pode ser considerada enriquecimento, seja pela aquisição de um direito ou de uma situação jurídica protegida que implica vantagem patrimonial, seja pela liberação da dívida, seja pela obtenção de vantagens transitórias com valor pecuniário. Sem o enriquecimento, em qualquer dessas modalidades, não há que se falar em obrigação restitutória.³²⁶

GIOVANNI ETTORE NANNI, por sua vez, fala em três tipos de enriquecimento: “[...] o aumento patrimonial, a perda evitada e o benefício moral”.³²⁷ Já RODRIGO DA GUIA SILVA apresentou como modalidades de enriquecimento alguns cenários: “restituição *in natura* e restituição do equivalente pecuniário; incremento do ativo, diminuição do passivo e poupança de despesas; enriquecimento por prestação e enriquecimento por intervenção (lucro da intervenção)”.³²⁸ PONTES DE MIRANDA, contudo, advertia que aquele que estava em mora não se enriquecia por essa condição, de forma que, nesse caso, não havia ação de enriquecimento sem causa disponível.³²⁹

Assim, se alguém recebeu dinheiro ou coisa por engano, está configurado o enriquecimento a que se refere o enriquecimento sem causa, na medida em que houve incremento de ativo. É por isso que se fala que não há sentido em distinguir o enriquecimento sem causa do pagamento indevido.³³⁰ De acordo com GENHARD DANNEMANN, esse enriquecimento, fruto de prestação da vítima, corresponde ao aumento do patrimônio do beneficiário da prestação e tem natureza objetiva.³³¹

³²⁵ ALVIM, A. Do enriquecimento sem causa. **Revista dos Tribunais**, v. 259, p. 3-36, São Paulo, maio 1957. p. 11.

³²⁶ MICHELON JR., C. Direito restitutivo: enriquecimento sem causa, pagamento indevido, gestão de negócios. In: REALE, M.; MARTINS-COSTA, J. **Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (Coleção Biblioteca de Direito Civil). p. 185;

³²⁷ NANNI, Giovanni Ettore. **Enriquecimento sem causa**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 255.

³²⁸ GUIA SILVA, R. D. **Enriquecimento sem causa**: as obrigações restitutórias no direito civil. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. [livro eletrônico] n.p.

³²⁹ PONTES DE MIRANDA, F. C. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. v. 26. p. 166: “[n]ão se enriquece o que ainda não cumpriu obrigação, ou não prestou a coisa; e.g., se o vendedor está em mora, não há *condictio* para que cumpra o contrato de compra e venda, e, se o dono da coisa reivindicar, ou pedir indenização, não se trata de *condictio*”.

³³⁰ OLIVEIRA, C. E. D.; COSTA-NETO, J. **Direito civil**. 1. ed. São Paulo: Forense, 2022. p. 713.

³³¹ DANNEMANN, G. **The German law of unjustified enrichment and restitution**: a comparative introduction. 1. ed. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 26.

Igualmente, se alguém deixou de pagar por algo, mediante a exploração de direito alheio, há enriquecimento por intervenção. Bom exemplo para ilustrar esse cenário é do turista de baixa temporada, que invade casa desocupada de veraneio para passar a noite e economiza o dinheiro da hospedagem em hotéis ou em plataformas do gênero Airbnb.³³²

Exemplo similar é oferecido por JOÃO COSTA-NETO e CARLOS E. ELIAS DE OLIVEIRA: imagine-se o borracheiro de uma oficina de luxo que, durante a noite, após o fim do expediente, pega um carro igualmente luxuoso submetido aos seus cuidados para dar uma volta. No exemplo, o borracheiro dirige de forma impecável, não causa qualquer dano ao veículo e roda muito pouco com o automóvel. Diante disso, concluem: “[n]esse caso, existe alguma pretensão de J³³³ contra M? A resposta é: sim”. Trata-se daquilo a que se convencionou chamar de poupança de despesas.

No ponto, é como se o enriquecimento estivesse para o enriquecimento sem causa como o dano está para a responsabilidade civil. Em primeiro lugar, porque sem essas circunstâncias, enriquecimento e dano, não é possível falar das duas fontes de obrigação.³³⁴ Em segundo lugar, porque, enquanto o dano é o referencial da indenização na responsabilidade civil, o enriquecimento é o norte da condenação restitutória, no âmbito do enriquecimento sem causa.³³⁵

Conforme mencionado anteriormente, de maneira genérica em relação aos requisitos de configuração do enriquecimento sem causa, o Código Civil não cuidou de estabelecer de forma precisa o que concebia por enriquecimento, de modo que esse trabalho de conceituação coube à doutrina e ao Poder Judiciário.³³⁶

E isso não necessariamente deve ser enxergado como problema. CLÁUDIO MICHELON JR. defende que as cláusulas gerais têm como pressuposto exatamente o espaço de conformação por parte do Poder Judiciário das posições da doutrina. Ante a complexidade da vida em sociedade, é muito difícil, e até mesmo indesejável, o estabelecimento de respostas prontas por parte do legislador.³³⁷

³³² GUIA SILVA, R. D. **Enriquecimento sem causa**: as obrigações restitutórias no direito civil. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. [livro eletrônico] n.p.

³³³ No exemplo, J é o borracheiro e M o dono do carro.

³³⁴ MICHELON JR., C. Direito restitutivo: enriquecimento sem causa, pagamento indevido, gestão de negócios. *In*: REALE, M.; MARTINS-COSTA, J. **Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (Coleção Biblioteca de Direito Civil). p. 184-185.

³³⁵ OLIVEIRA, C. E. D.; COSTA-NETO, J. **Direito civil**. 1. ed. São Paulo: Forense, 2022. p. 714.

³³⁶ GUIA SILVA, R. D. **Enriquecimento sem causa**: as obrigações restitutórias no direito civil. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. [livro eletrônico] n.p.

³³⁷ MICHELON JR., C. Direito restitutivo: enriquecimento sem causa, pagamento indevido, gestão de negócios. *In*: REALE, M.; MARTINS-COSTA, J. **Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (Coleção Biblioteca de Direito Civil). p. 228: “[é] de natureza das cláusulas gerais (como o art. 884) que elas possuam uma textura aberta que permita a constante atualização do conteúdo da lei pela doutrina

Contudo, se houve uma exceção a essa não delimitação precisa por parte do legislador, ela consta do Parágrafo Único do art. 884 do Código Civil: “[s]e o enriquecimento tiver por objeto coisa determinada, quem a recebeu é obrigado a restituí-la, e, se a coisa não mais subsistir, a restituição se fará pelo valor do bem na época em que foi exigido”.

RODRIGO DA GUIA SILVA destaca que a opção do legislador parece ter sido a de evitar dúvidas quanto à extensão do enriquecimento.³³⁸ O que deixa isso mais evidente é que, na hipótese de a coisa não mais existir, o referencial temporal do valor será o do exercício da pretensão de enriquecimento.³³⁹

CLÁUDIO MICHELON JR. também defende que, nos casos em que o objeto da restituição é simplesmente dinheiro, não há grandes complicações. Isso porque o dinheiro representa seu próprio valor de troca.³⁴⁰ São, pois, as trocas de bens e serviços que dependem de análise subjetiva sobre o seu valor.

No que diz respeito ao enriquecimento por prestação, cujo principal exemplo é o pagamento indevido, usualmente não há grandes complicações para aferir o valor da restituição: o que há de ser restituído é o que foi prestado, com a devida correção monetária. Porém, nos casos de enriquecimento por intervenção, a resposta não é tão simples. A doutrina majoritária apresenta dois caminhos para aferir-se o enriquecimento do interventor: o enriquecimento real, ou objetivo; e o patrimonial, ou subjetivo.³⁴¹

e pela jurisprudência. Procurar especificar a totalidade dos casos cobertos por uma cláusula geral é incorrer no mesmo erro dos codificadores do século XIX, qual seja, buscar uma forma irreal de segurança em um rol *numerus clausus* de casos, pagando o preço de tornar o sistema impermeável à evolução da consciência social. Isso não significa, todavia, que doutrina e jurisprudência não devem procurar constantemente identificar novos conteúdos normativos nas cláusulas gerais”.

³³⁸ GUIA SILVA, R. D. **Enriquecimento sem causa**: as obrigações restitórias no direito civil. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. [livro eletrônico] n.p.

³³⁹ GUIA SILVA, R. D. **Enriquecimento sem causa**: as obrigações restitórias no direito civil. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. [livro eletrônico] n.p.

³⁴⁰ Cf.: MICHELON JR., C. Direito restitutivo: enriquecimento sem causa, pagamento indevido, gestão de negócios. In: REALE, M.; MARTINS-COSTA, J. **Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (Coleção Biblioteca de Direito Civil). p. 186: “[o] problema não se coloca nos casos em que o benefício foi obtido em moeda, mas sim nos casos em que o benefício consiste em outra espécie (v.g., na prestação de um serviço ou no consumo de um bem). Isso porque o valor de uso da moeda é o seu valor de troca. O valor do dinheiro é o de facilitar as trocas de bens que, esses sim, têm valor de uso em sentido próprio. O direito, portanto, considera irrelevante o valor subjetivamente atribuído à moeda, aferindo se houve ou não enriquecimento de acordo com a simples migração da moeda”.

³⁴¹ RODRIGO DA GUIA SILVA critica referida nomenclatura. Para o autor, ambos os referenciais teriam, no fim do dia, aspecto patrimonial. Igualmente, o elemento antagônico ao que é patrimonial é algo extrapatrimonial. Portanto, o autor sugere a utilização de outros critérios para designar as mesmas situações: enriquecimento virtual, que corresponderia ao enriquecimento patrimonial; e enriquecimento virtual: “[t]rata-se, em síntese essencial, de perquirir se a vantagem patrimonial relevante para fins de determinação da restituição é somente aquela efetivamente verificada (enriquecimento real) ou se, ao revés, seria possível atribuir relevância jurídica à vantagem patrimonial que o enriquecido hipoteticamente poderia vir a auferir (enriquecimento virtual, na terminologia que resulta mais adequada para o chamado enriquecimento patrimonial)”. Cf.: GUIA SILVA, R. D. **Enriquecimento**

O enriquecimento dito real é calculado a partir do valor objetivo da vantagem, isto é, representa o valor atribuível à exploração do direito do titular.³⁴² Já o enriquecimento patrimonial, por outro lado, não leva em consideração o valor da vantagem obtida.³⁴³ Diversamente, conforme leciona MENEZES LEITÃO, o enriquecimento patrimonial tem por característica “uma valorização em termos econômicos do patrimônio global do receptor”.³⁴⁴ Ou seja, o enriquecimento dito patrimonial representa a alteração positiva no patrimônio do interventor a partir da exploração indevida do direito de outrem.

O próprio MENEZES LEITÃO, assim como VIEIRA GOMES,³⁴⁵ reputa que o referencial mais adequado seria o da vantagem real.³⁴⁶ É que ele teria relação mais forte com o direito da vítima, de forma que o nexo de causalidade é mais sólido.³⁴⁷ Por outro lado, a doutrina majoritária, tanto portuguesa quanto brasileira, entende ser o referencial do enriquecimento patrimonial o melhor para resolver as situações de intervenção.³⁴⁸

A ideia dominante é a de que a restituição somente do valor de exploração, além de desrespeitar a livre disposição das pessoas sobre seus direitos, significaria um incentivo às práticas de intervenção. No exemplo do viajante que invadiu casa alheia, imagine-se que ele alugou os quartos da casa para terceiros, de modo a obter, assim, vantagem muito superior ao preço que deveria ter pago para alugar todo o imóvel. A prevalecer a teoria do enriquecimento real, a restituição estaria, pois, limitada ao aluguel da casa. O viajante conservaria, destarte, enorme vantagem a partir da utilização indevida de patrimônio alheio e ainda violaria a livre disposição sobre os direitos alheios. No fim do dia, a intervenção seria vantajosa.

O STJ, ao apreciar pela primeira vez situação de enriquecimento por intervenção sob essa perspectiva, e não mais sob os olhos da responsabilidade civil, assentou que o critério a ser utilizado no Brasil é o do enriquecimento patrimonial.³⁴⁹

sem causa: as obrigações restitutórias no direito civil. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. [livro eletrônico] n.p.

³⁴² OLIVEIRA, C. E. D.; COSTA-NETO, J. **Direito civil**. 1. ed. São Paulo: Forense, 2022. p. 734.

³⁴³ OLIVEIRA, C. E. D.; COSTA-NETO, J. **Direito civil**. 1. ed. São Paulo: Forense, 2022. p. 734.

³⁴⁴ MENEZES LEITÃO, L. M. T. D. **Direito das obrigações:** introdução – da constituição das obrigações. 15. ed. Coimbra: Almedina, 2021. v. 1. p. 449.

³⁴⁵ GOMES, Júlio Manuel Vieira. **O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa**. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1998. p. 105 e ss.

³⁴⁶ MENEZES LEITÃO, L. M. T. D. **Direito das obrigações:** introdução – da constituição das obrigações. 15. ed. Coimbra: Almedina, 2021. v. 1. p. 451.

³⁴⁷ MENEZES LEITÃO, L. M. T. D. **Direito das obrigações:** introdução – da constituição das obrigações. 15. ed. Coimbra: Almedina, 2021. v. 1. p. 541

³⁴⁸ OLIVEIRA, C. E. D.; COSTA-NETO, J. **Direito civil**. 1. ed. São Paulo: Forense, 2022. p. 734.

³⁴⁹ 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. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados

2.2.3.2 À custa de outrem (causalidade)

RODRIGO DA GUIA SILVA defende que o enriquecimento de alguém pode ter três origens: (i) um evento fortuito; (ii) o próprio patrimônio do enriquecido; ou (iii) o patrimônio alheio.³⁵⁰ Apenas a terceira categoria interessa ao enriquecimento sem causa.³⁵¹ Dessa forma, no âmbito do enriquecimento sem causa, alguém deve ter se enriquecido à custa de outrem.

Esse enriquecimento pode acontecer a partir de uma prestação do empobrecido, como ocorre de forma recorrente no âmbito do pagamento indevido.³⁵² Por outro lado, pode ser a intervenção do enriquecido sobre o patrimônio alheio que gera o enriquecimento.³⁵³ Esse é o caso do enriquecimento por intervenção. A situação do enriquecimento por intervenção é ainda mais relevante porque rompe com o tradicional requisito do empobrecimento da vítima como elemento caracterizador do enriquecimento sem causa.³⁵⁴ É que, nos casos de intervenção,

Administrativos n.s 2 e 3/STJ). 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 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 n. 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. 9. Recurso especial provido. REsp n. 1.698.701/RJ, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 2/10/2018, DJe de 8/10/2018.

³⁵⁰ GUIA SILVA, R. D. **Enriquecimento sem causa**: as obrigações restitórias no direito civil. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. [livro eletrônico] n.p.

³⁵¹ GUIA SILVA, R. D. **Enriquecimento sem causa**: as obrigações restitórias no direito civil. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. [livro eletrônico] n.p.

³⁵² GUIA SILVA, R. D. **Enriquecimento sem causa**: as obrigações restitórias no direito civil. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. [livro eletrônico] n.p.

³⁵³ GUIA SILVA, R. D. **Enriquecimento sem causa**: as obrigações restitórias no direito civil. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. [livro eletrônico] n.p.

³⁵⁴ GUIA SILVA, R. D. **Enriquecimento sem causa**: as obrigações restitórias no direito civil. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. [livro eletrônico] n.p.

muitas vezes o enriquecimento do interventor não é acompanhado de qualquer prejuízo para a vítima.

CLÁUDIO MICHELON JR. afirma que não há necessidade de se estabelecer a exigência de que a relação de causalidade entre o enriquecimento de alguém à custa de outrem seja sempre direta; também a ligação indireta preenche o requisito.³⁵⁵ RENATO MORAES segue a mesma linha. De acordo com o autor:

No enriquecimento sem causa, a eventual pluridade de fatos é irrelevante, pois o que interessa é somente a relação entre o enriquecimento e o patrimônio do sujeito prejudicado. Consequência disso é que a causalidade não precisa ser qualificada, inexistindo razão para utilização de complexo sistema de regras inerente a diversas modalidades de nexos causal, como se verifica na responsabilidade civil extracontratual, e muito menos para escolher qual deles é aplicável na esfera da restituição. Basta, portanto, que exista vínculo – ainda que indireto – entre o enriquecimento de uma parte e o patrimônio da outra, para que o enriquecimento seja considerado “à custa” desse patrimônio, satisfazendo o requisito legal.³⁵⁶

É importante pontuar que a conclusão de RENATO MORAES tem profunda ligação com o conceito de imediação, que exige relação direta entre a perda da vítima e o ganho do enriquecido, ainda que seja desnecessária a equivalência entre uma e o outro.³⁵⁷ Na verdade, a questão central para a compreensão da ideia de imediação é a impossibilidade da atuação de um patrimônio intermediário entre a vítima e o enriquecido iniciais.³⁵⁸

Esse patrimônio intermediário é chamado de patrimônio interposto. Um dos exemplos fornecidos pelo autor para traduzir a noção de imediação, ou da sua ausência, é o do indivíduo que realiza benfeitoria em imóvel alheio com materiais de terceiro.³⁵⁹ Conforme ele argumenta, nesse caso não há relação direta entre o patrimônio do dono da coisa melhorada e o do dono do material.³⁶⁰ Falta imediação, portanto.

CLÁUDIO MICHELON JR. também traz exemplo para defender a desnecessidade da relação direta entre os patrimônios:

³⁵⁵ MICHELON JR., C. Direito repositório: enriquecimento sem causa, pagamento indevido, gestão de negócios. In: REALE, M.; MARTINS-COSTA, J. **Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (Coleção Biblioteca de Direito Civil). p. 206-207.

³⁵⁶ MORAES, R. D. F. D. **Enriquecimento sem causa e enriquecimento por intervenção**. São Paulo: Almedina, 2021. p. 266.

³⁵⁷ MORAES, R. D. F. D. **Enriquecimento sem causa e enriquecimento por intervenção**. São Paulo: Almedina, 2021. p. 248.

³⁵⁸ MORAES, R. D. F. D. **Enriquecimento sem causa e enriquecimento por intervenção**. São Paulo: Almedina, 2021. p. 248.

³⁵⁹ MORAES, R. D. F. D. **Enriquecimento sem causa e enriquecimento por intervenção**. São Paulo: Almedina, 2021. p. 249.

³⁶⁰ MORAES, R. D. F. D. **Enriquecimento sem causa e enriquecimento por intervenção**. São Paulo: Almedina, 2021. p. 249.

A questão é de graned relevância prática, em especial naqueles não raros casos em que alguém (A) contrata terceiro (C), em nome próprio, prestação que traz benefício direto a outrem (B); se a prestação é efetivamente realizada e A torna-se insolvente, poderia o prestador de serviços pedir a restituição de seus custos diretamente a B, que foi beneficiado, alegando que seria impossível cobrar de A, agora insolvente?³⁶¹

Mesmo à falta de imediação não se nega, no Direito brasileiro, ao menos de acordo com a doutrina majoritária, representada nas posições de CLÁUDIO MICHELON JR. e RENATO MORAES acima mencionadas, o direito à restituição ao dono do material e ao prestador de serviço. Isso porque o critério da causalidade, para fins de configuração do dever de restituir, é flexível.³⁶²

GENHARD DANNEMANN, ao tratar do requisito do “à custa de outrem” no Direito alemão, tem a mesma posição. Ele afirma que a defesa de um conceito engessado de relação direta não é capaz de dar solução a situações em que há uma complexa cadeia de prestações, como, por exemplo, os casos acima mencionados.³⁶³ Assim, ele conclui, no âmbito do enriquecimento por prestação, que não há vedação à consideração de intermediários no curso dos acontecimentos. Já no âmbito do enriquecimento por intervenção, basta que a intervenção recaia sobre direito alheio.³⁶⁴

PETER BIRKS, ao tratar do enriquecimento injusto inglês, segue a mesma posição de um conceito ampliado em relação ao requisito “à custa de outrem”.³⁶⁵ Não há necessidade de que haja empobrecimento correspondente, tampouco se veda a consideração de intermediários no curso da relação.³⁶⁶

MENEZES LEITÃO, em relação ao Direito português, consigna que o termo “à custa de outrem” é marcado por verdadeira heterogeneidade frente às diferentes espécies de enriquecimento sem causa.³⁶⁷ No enriquecimento por prestação, por exemplo, “[...] o requisito

³⁶¹ MICHELON JR., C. Direito restitutório: enriquecimento sem causa, pagamento indevido, gestão de negócios. In: REALE, M.; MARTINS-COSTA, J. **Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (Coleção Biblioteca de Direito Civil). p. 207.

³⁶² MICHELON JR., C. Direito restitutório: enriquecimento sem causa, pagamento indevido, gestão de negócios. In: REALE, M.; MARTINS-COSTA, J. **Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (Coleção Biblioteca de Direito Civil). p. 207.

³⁶³ DANNEMANN, G. **The German law of unjustified enrichment and restitution**: a comparative introduction. 1. ed. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 34.

³⁶⁴ DANNEMANN, G. **The German law of unjustified enrichment and restitution**: a comparative introduction. 1. ed. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 102.

³⁶⁵ BIRKS, P. **Unjust enrichment**. 2. ed. Oxford University Press, 2005. p. 98.

³⁶⁶ BIRKS, P. **Unjust enrichment**. 2. ed. Oxford University Press, 2005. p. 98.

³⁶⁷ MENEZES LEITÃO, L. M. T. D. **Direito das obrigações**: introdução – da constituição das obrigações. 15. ed. Coimbra: Almedina, 2021. v. 1. p. 457.

do enriquecimento à custa de outrem dissolve-se na própria autoria da prestação, sendo essa autoria que determina a legitimidade do credor da prestação do enriquecimento [...]”.³⁶⁸

Já em relação ao enriquecimento por intervenção, o que se há de verificar é se houve o desvirtuamento do conteúdo da destinação do patrimônio da vítima, conceito que será aprofundado posteriormente, mas cujo sentido é o de que tudo que é obtido a partir de um dado patrimônio é de direito do respectivo titular, a quem compete o monopólio da exploração.³⁶⁹ Dessa forma, a conclusão de MENEZES LEITÃO sobre o requisito “à custa de outrem” é de que “[...] não faz sentido a sua definição em termos abstratos, não se podendo continuar a apresentá-lo como um pressuposto unitário do instituto”.³⁷⁰

ANTUNES VARELA, de modo a simplificar a abrangência do conceito de que o enriquecimento ocorra “à custa de outrem” oferece a seguinte síntese: “[a] vantagem patrimonial diz-se em tais casos obtida à custa de outrem – por ser obtida com meios ou instrumentos pertencentes a outrem”.³⁷¹

Dessa forma, o critério da causalidade, no Direito brasileiro e em outras experiências do Direito Comparado, pode ser compreendido simplesmente como a relação existente entre o enriquecimento do interventor a partir do direito de outrem.³⁷²

Contudo, o nexos de causalidade não é relevante apenas para o fim de configurar o evento de enriquecimento sem causa. Ele tem especial relevância no que diz respeito à quantificação da restituição, consoante bem adverte RODRIGO DA GUIA SILVA.³⁷³ O tema será aprofundado quando da discussão sobre a compatibilidade da restituição integral do enriquecimento sem causa por intervenção com o Direito brasileiro.

³⁶⁸ MENEZES LEITÃO, L. M. T. D. **Direito das obrigações**: introdução – da constituição das obrigações. 15. ed. Coimbra: Almedina, 2021. v. 1. p. 455.

³⁶⁹ MENEZES LEITÃO, L. M. T. D. **Direito das obrigações**: introdução – da constituição das obrigações. 15. ed. Coimbra: Almedina, 2021. v. 1. p. 455-456.

³⁷⁰ MENEZES LEITÃO, L. M. T. D. **Direito das obrigações**: introdução – da constituição das obrigações. 15. ed. Coimbra: Almedina, 2021. v. 1. p. 457.

³⁷¹ ANTUNES VARELA, J. D. M. **Das obrigações em geral**. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2000. v. 1. p. 491.

³⁷² MORAES, R. D. F. D. **Enriquecimento sem causa e enriquecimento por intervenção**. São Paulo: Almedina, 2021. p. 266.

³⁷³ GUIA SILVA, R. D. **Enriquecimento sem causa**: as obrigações restitórias no direito civil. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. [livro eletrônico] n.p.

2.2.3.3 *Sem causa jurídica*

O mais complexo dos conceitos relativos ao enriquecimento sem causa, como destacam MENEZES LEITÃO³⁷⁴ e MENEZES CORDEIRO,³⁷⁵ certamente, diz respeito à noção de “causa”, ou, mais especificamente, à “ausência de causa”, critério que será destrinchado neste item. Isso porque, é certo, não é qualquer vantagem patrimonial que é capaz de implicar dever de restituir.³⁷⁶

AGOSTINHO ALVIM tratou da questão sob a perspectiva de “justa causa”. Com amparo nas doutrinas alemã e francesa, conforme consignou, destacou que, para os fins do enriquecimento sem causa, “causa” teria sentido de contraprestação.³⁷⁷ Em suas palavras, “[c]ausa, portanto, é aquilo que pode explicar o enriquecimento; é a contrapartida. Se não há causa, ou se a causa não é justa, o enriquecimento está condenado”.³⁷⁸

Assim, a causa justa seria a que tivesse algum fundamento jurídico autorizador: a lei,³⁷⁹ um contrato, um ato jurídico,³⁸⁰ etc. O autor deu destaque à circunstância do enriquecimento por ato de terceiro que agia em seu próprio interesse, a exemplo de “quando alguém se aproveita das ideias e opiniões de um engenheiro, de um jurista, ou quando, por via reflexa, vê aumentado o seu patrimônio por trabalhos de outra pessoa que agia no seu próprio interesse”.³⁸¹

Em todos esses casos havia, pois, causa jurídica justificadora: o ato do terceiro em seu próprio interesse. Esse ato do terceiro, portanto, implicava “situação parasitária, mas lícita”.³⁸² Contudo, são oferecidas exceções: há hipóteses em que incide o imperativo da solidariedade

³⁷⁴ MENEZES LEITÃO, L. M. T. D. **Direito das obrigações**: introdução – da constituição das obrigações. 15. ed. Coimbra: Almedina, 2021. v. 1. p. 457.

³⁷⁵ CORDEIRO, A. M. **Tratado de direito civil**: direito das obrigações – gestão de negócios enriquecimento sem causa, responsabilidade civil. Coimbra: Almedina, 2017. v. III. p. 237.

³⁷⁶ GUIA SILVA, R. D. **Enriquecimento sem causa**: as obrigações restitutórias no direito civil. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. [livro eletrônico] n.p.

³⁷⁷ ALVIM, A. Do enriquecimento sem causa. **Revista dos Tribunais**, v. 259, p. 3-36, São Paulo, maio 1957. p. 15.

³⁷⁸ ALVIM, A. Do enriquecimento sem causa. **Revista dos Tribunais**, v. 259, p. 3-36, São Paulo, maio 1957. p. 15.

³⁷⁹ Como exemplo de enriquecimento autorizado pela lei e, portanto, de enriquecimento com causa, AGOSTINHO ALVIM suscitou o seguinte exemplo: “[o] mesmo, ainda, e com mais forte razão, se pode dizer do enriquecimento da Fazenda Pública, que somente paga juros depois que a decisão transita em julgado, por força do iníquo Decreto n. 22.785, de 31 de maio de 1933, art. 3.º. Nestes e noutros casos, o enriquecimento encontra na lei a sua justa causa, ainda quando aquela é iníqua, o que é outro problema, já da esfera política (reforma da lei, direito a constituir-se)”.

³⁸⁰ ALVIM, A. Do enriquecimento sem causa. **Revista dos Tribunais**, v. 259, p. 3-36, São Paulo, maio 1957. p. 15.

³⁸¹ ALVIM, A. Do enriquecimento sem causa. **Revista dos Tribunais**, v. 259, p. 3-36, São Paulo, maio 1957. p. 16.

³⁸² ALVIM, A. Do enriquecimento sem causa. **Revista dos Tribunais**, v. 259, p. 3-36, São Paulo, maio 1957. p. 17.

social, de forma que os beneficiados devem compartilhar determinados ônus. O exemplo apresentado é o do coproprietário que contrata corretor, o qual consegue intermediar venda em valor superior ao valor de mercado da coisa, de modo que os custos da contratação do corretor devem ser divididos entre os demais coproprietários.³⁸³

FERNANDO NORONHA afirmava que, a princípio, danos e ganhos deveriam ser suportados nos patrimônios em que ocorreram.³⁸⁴ No que diz respeito aos ganhos, apenas a ausência de causa jurídica poderia implicar a restituição.³⁸⁵ Para demonstrar o que representaria a ausência de causa, NORONHA elencou uma série de situações justificantes do enriquecimento: negócios jurídicos;³⁸⁶ a lei;³⁸⁷ se os ganhos derivam de conduta de alguém que agiu em seu interesse próprio e, indiretamente, beneficiou outras pessoas;³⁸⁸ e se os benefícios decorrem de ato de vontade do prestador, que deliberadamente age em favor de alguém sem que houvesse dever jurídico para tanto.³⁸⁹

³⁸³ ALVIM, A. Do enriquecimento sem causa. **Revista dos Tribunais**, v. 259, p. 3-36, São Paulo, maio 1957. p. 18: “[d]ois proprietários de um só prédio querem vendê-lo por um certo preço, mas um deles não se dispõe a pagar corretor, dificultando a venda. O outro, não obstante, contrata corretor, e este, logo após, descobre comprador, que vem a pagar um preço muito superior àquele que os donos ambicionavam, sendo o imóvel vendido com satisfação de ambos seus proprietários. [...] om efeito, em face do direito justo (com o qual conflita muitas vezes o direito positivo), aquela despesa deveria ter corrido por conta dos dois donos, suposto o inegável aproveitamento de ambos e a ausência de ânimo de liberalidade daquele que pagou. Assim sendo, se uma das partes, por egoísmo, furta-se ao pagamento, esse seu enriquecimento não terá sido à custa da outra parte? É pois uma forma de empobrecimento, se aquele que pagou não puder recuperar o que não devera ter pago sozinho. [...] É muito frequente achar-se alguém na contingência de efetuar um negócio que aproveitará a outros que têm idêntico interesse. E é, de igual modo, muito comum encontrarem-se pessoas egoístas, despidas de espírito de solidariedade, que procuram sempre para si a situação de parasitas. Démogue, criticando a jurisprudência contrária a este ponto de vista mais avançado, observa que ela pertence a um tempo em que as ideias de solidariedade quase não existiam”.

³⁸⁴ NORONHA, F. **Direito das obrigações**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 15.

³⁸⁵ NORONHA, F. **Direito das obrigações**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 15.

³⁸⁶ NORONHA, F. Enriquecimento sem causa. **Revista do Instituto dos Advogados de Santa Catarina**, Florianópolis, SC, v. 4, p. 43-74, 1992. “[...] se o enriquecimento resulta de negócio jurídico, seja por constituir contraprestação devida em contrato oneroso (exemplo: venda de um bem a preço inferior ao de mercado), seja até quando não haja qualquer contraprestação, por o negócio ser gratuito”.

³⁸⁷ NORONHA, F. Enriquecimento sem causa. **Revista do Instituto dos Advogados de Santa Catarina**, Florianópolis, SC, v. 4, p. 43-74, 1992. “[...] se é a lei que reconhece ao beneficiado o direito de ficar com o valor patrimonial acrescentado ao seu patrimônio, como acontece na aquisição da propriedade por usucapião e na extinção de dívidas por prescrição”.

³⁸⁸ NORONHA, F. Enriquecimento sem causa. **Revista do Instituto dos Advogados de Santa Catarina**, Florianópolis, SC, v. 4, p. 43-74, 1992. O exemplo oferecido por Fernando Noronha foi o do fazendeiro que fez um dique para preservar sua propriedade contra enchentes que acabou preservando, em consequência, outras propriedades, cujos titulares em nada contribuíram para a construção.

³⁸⁹ NORONHA, F. Enriquecimento sem causa. **Revista do Instituto dos Advogados de Santa Catarina**, Florianópolis, SC, v. 4, p. 43-74, 1992. O exemplo fornecido por Fernando Noronha para essa circunstância é o da oficina de automóveis que faz serviço além do acordado com o cliente. O autor, contudo, faz a ressalva de que, nos casos das benfeitorias necessárias e úteis, será devida a restituição.

ORLANDO GOMES consignou que, “[p]ara se saber se houve enriquecimento sem causa, indagará o intérprete se a vantagem patrimonial obtida é atribuída por uma razão justa, por um título legítimo, por um motivo lícito”.³⁹⁰

Já NEWTON DE LUCCA, com fins didáticos, como ele próprio destacou, conceituou a “justa causa”, para fins de enriquecimento sem causa, como “o motivo abrigado na ordenação jurídica, ali encontrando respaldo para justificar a aquisição, modificação, ou extinção de um direito. Em sentido contrário, inexistindo esse respaldo, haverá ausência de causa porque o direito não aprova o enriquecimento”.³⁹¹

RODRIGO DA GUIA SILVA, a seu turno, apresenta como questão central para a configuração do conceito “causa” a noção de justificação para obtenção de ganhos a partir de direitos alheios.³⁹² É que o requisito da “causa” promove “[...] a coerência interna do ordenamento jurídico, a qual restaria ameaçada caso se admitisse o surgimento de pretensões restitórias tendentes a desfazer transferências ou atribuições patrimoniais regularmente amparadas em título jurídico idôneo”.³⁹³

Segundo o autor, há dois grandes elementos que, ao longo da história do direito do enriquecimento sem causa brasileiro, foram capazes de conferir contornos de justo título ou de legitimidade a enriquecimentos: a lei³⁹⁴ e o negócio jurídico. A posição, portanto, não divergiu de doutrinadores que lhe precederam. Ainda assim, ele faz a ressalva de que “a disciplina particular da vedação ao enriquecimento sem causa não tem por vocação definir abstrata e previamente as causas legítimas de atribuição patrimonial”.³⁹⁵

³⁹⁰ GOMES, O. **Obrigações**. Atualizador BRITO, E. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 237.

³⁹¹ LUCCA, N. D. Dos atos unilaterais, dos títulos de crédito: arts. 854 a 926. *In*: TEIXEIRA, S. D. F. **Comentários ao novo Código civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 109.

³⁹² GUIA SILVA, R. D. **Enriquecimento sem causa**: as obrigações restitórias no direito civil. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. [livro eletrônico] n.p.

³⁹³ GUIA SILVA, R. D. **Enriquecimento sem causa**: as obrigações restitórias no direito civil. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. [livro eletrônico] n.p.

³⁹⁴ Ao tratar da lei como elemento capaz de configurar causa para fins de enquadramento de enriquecimento sem causa, RODRIGO DA GUIA SILVA afasta aparente contradição em relação à não consideração da lei quando se fala da divisão das fontes de obrigação em três segmentos, quais sejam, os contratos, os atos ilícitos e o enriquecimento sem causa. Sobre isso, ele consigna: “[a] referência à lei ao lado do negócio jurídico traduz postura adequada e em nada contraditória com a premissa acerca da tripartição dos regimes obrigacionais. Trata-se, em suma, de reconhecer que, se toda obrigação em sentido estrito decorre de uma das três grandes fontes anteriormente estudadas (que representam sua origem e também sua disciplina jurídica), nem toda atribuição patrimonial obtida à custa de outrem, por outro lado, decorre do cumprimento de uma obrigação. Caso o enriquecimento obtido à custa de outrem decorra efetivamente de uma relação obrigacional, somente se cogitará na prática, como visto, da fonte negocial para figurar como justa causa. Caso, de outra parte, o enriquecimento obtido à custa de outrem não decorra de relação obrigacional, dever-se-á perquirir a existência ou não de justificativa em lei para a referida atribuição patrimonial”. Cf.: GUIA SILVA, R. D. **Enriquecimento sem causa**: as obrigações restitórias no direito civil. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. [livro eletrônico] n.p.

³⁹⁵ GUIA SILVA, R. D. **Enriquecimento sem causa**: as obrigações restitórias no direito civil. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. [livro eletrônico] n.p.

CLÁUDIO MICHELON JR., por sua vez, defende que não existe uma regra geral para fins de definição do conceito de “causa” no contexto do enriquecimento sem causa. De acordo com o autor, “é impossível oferecer um catálogo definitivo de situações em que haja ausência de causa para o enriquecimento”.³⁹⁶

Contudo, CLÁUDIO MICHELON JR. suscita desacordo em relação à concepção de causa no Direito brasileiro.³⁹⁷ Dentre as perspectivas, incluem-se (i) a diferença entre a causa do negócio jurídico, de um lado; e a causa de uma dada atribuição patrimonial, do outro;³⁹⁸ e (ii) a não diferenciação da noção de “justa causa” no contexto das diferentes situações de enriquecimento, a exemplo da distinção entre enriquecimento por prestação e enriquecimento por intervenção.³⁹⁹

Quanto à primeira perspectiva, o equívoco suscitado por CLÁUDIO MICHELON JR. é o de que há diferença entre (i) a causa do negócio jurídico – a qual terá implicações sobre a sua validade e a possibilidade de produção de efeitos – e (ii) a causa de determinada atribuição patrimonial – cuja investigação tem por objeto a “razão que justifique que uma posição jurídica ativa (v.g., um direito subjetivo) sobre determinado bem seja atribuída a um determinado sujeito de direito”.⁴⁰⁰

³⁹⁶ MICHELON JR., C. Direito restitutivo: enriquecimento sem causa, pagamento indevido, gestão de negócios. *In*: REALE, M.; MARTINS-COSTA, J. **Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (Coleção Biblioteca de Direito Civil). p. 225.

³⁹⁷ MICHELON JR., C. Direito restitutivo: enriquecimento sem causa, pagamento indevido, gestão de negócios. *In*: REALE, M.; MARTINS-COSTA, J. **Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (Coleção Biblioteca de Direito Civil). p. 209.

³⁹⁸ MICHELON JR., C. Direito restitutivo: enriquecimento sem causa, pagamento indevido, gestão de negócios. *In*: REALE, M.; MARTINS-COSTA, J. **Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (Coleção Biblioteca de Direito Civil). p. 209. O equívoco suscitado por CLÁUDIO MICHELON JR. é o de que há diferença entre (i) a causa do negócio jurídico, a qual terá implicações sobre a sua validade e a possibilidade de produção de efeitos; e (ii) a causa de determinada atribuição patrimonial, cuja investigação tem por objeto a “razão que justifique que uma posição jurídica ativa (v.g., um direito subjetivo) sobre determinado bem seja atribuída a um determinado sujeito de direito”. Portanto, a causa do negócio jurídico tem relação com sua validade e produção de efeitos, ao passo que, em muitas oportunidades, o negócio jurídico é causa justificante de uma dada atribuição patrimonial.

³⁹⁹ A outra perspectiva seria a de não diferenciação da noção de “justa causa” no contexto das diferentes situações de enriquecimento, a exemplo da distinção entre enriquecimento por prestação e enriquecimento por intervenção. No ponto, é interessante consignar que CLÁUDIO MICHELON JR. defende que a valorização de um ativo não representa nova atribuição patrimonial: “[a]lém dos casos em que uma nova atribuição patrimonial ocorre, pode ocorrer enriquecimento sem causa também quando não há qualquer nova atribuição patrimonial, mas simples valorização de um bem que já havia sido atribuído”. Cf.: MICHELON JR., C. Direito restitutivo: enriquecimento sem causa, pagamento indevido, gestão de negócios. *In*: REALE, M.; MARTINS-COSTA, J. **Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (Coleção Biblioteca de Direito Civil). p. 209.

⁴⁰⁰ MICHELON JR., C. Direito restitutivo: enriquecimento sem causa, pagamento indevido, gestão de negócios. *In*: REALE, M.; MARTINS-COSTA, J. **Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (Coleção Biblioteca de Direito Civil). p. 211-212.

Portanto, a causa do negócio jurídico tem relação com sua validade e com sua produção de efeitos, ao passo que, em muitas oportunidades, o negócio jurídico é causa justificante de uma dada atribuição patrimonial.^{401/402} RODRIGO DA GUIA SILVA corrobora a perspectiva de que a causa do negócio e a causa da atribuição patrimonial são, na verdade, coisas distintas.⁴⁰³

Em relação à diferenciação entre gêneros de enriquecimento, CLÁUDIO MICHELON JR. afirma que, no que diz respeito ao enriquecimento por intervenção, “a mera ausência de um negócio jurídico ou de uma norma cogente seja suficiente para configurar a ausência de causa”.⁴⁰⁴

MENEZES CORDEIRO também faz distinção entre as hipóteses de enriquecimento por prestação e por intervenção.⁴⁰⁵ Ele destaca que a doutrina majoritária, atualmente, rejeita que o fundamento à condenação de intervenção seja a ilicitude da conduta.⁴⁰⁶ É que se o caráter ilícito da intervenção fosse o fundamento, não haveria de se falar em restituição de ganhos, mas em indenização por danos. Dessa forma, “[u]ma aquisição não tem causa jurídica quando resulta na apropriação de bens ou utilidades destinadas a outrem através de um direito subjetivo ou de uma norma de proteção com um conteúdo patrimonial”.⁴⁰⁷

Em outras palavras: o que justifica a restituição do enriquecimento por intervenção é a ausência de causa jurídica a autorizar a intervenção de alguém sobre direitos alheios; e não a ilicitude que, muitas vezes acompanha referida intervenção. A essa perspectiva de ausência de

⁴⁰¹ MICHELON JR., C. Direito restitutivo: enriquecimento sem causa, pagamento indevido, gestão de negócios. In: REALE, M.; MARTINS-COSTA, J. **Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (Coleção Biblioteca de Direito Civil). p. 218-219. Cláudio Michelon Jr. conclui na direção de que “[...] a regra geral é a de que a eficácia de um negócio jurídico cujo conteúdo justifique a atribuição patrimonial, o acréscimo de valor ou o uso, gozo e fruição do bem de outrem é condição suficiente para a existência de causa para essa atribuição ou para esse acréscimo. [...] A existência de negócio jurídico válido e eficaz é, por si só, causa de atribuição patrimonial”. Contudo, o próprio Michelon apresenta crítica a esse entendimento: “[s]e esse entendimento está correto, segue-se que um abalo eficaz causado por um distúrbio causal no negócio jurídico pode ter como consequência a ausência de uma causa de atribuição patrimonial. Deve-se ter em mente que essa opinião não é pacífica”.

⁴⁰² Sobre o ponto, Cf.: JUNQUEIRA DE AZEVEDO, A. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 6: “[a] causa não se confunde com o elemento categorial e, portanto, tal e qual a vontade, não faz parte da existência do negócio. Todavia, através da referência que, em certos negócios (ditos negócios causais), esse elemento categorial a ela faz, ou como fato pressuposto ou como fim a atingir, poderá a falta de causa agir sobre a validade ou sobre a eficácia do negócio”.

⁴⁰³ GUIA SILVA, R. D. **Enriquecimento sem causa**: as obrigações restitutórias no direito civil. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. [livro eletrônico] n.p.

⁴⁰⁴ MICHELON JR., C. Direito restitutivo: enriquecimento sem causa, pagamento indevido, gestão de negócios. In: REALE, M.; MARTINS-COSTA, J. **Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (Coleção Biblioteca de Direito Civil). p. 225.

⁴⁰⁵ MENEZES LEITÃO, L. M. T. D. **Direito das obrigações**: introdução – da constituição das obrigações. 15. ed. Coimbra: Almedina, 2021. v. 1. p. 459.

⁴⁰⁶ Sobre a teoria da ilicitude, confira item 3.3.2.

⁴⁰⁷ MENEZES LEITÃO, L. M. T. D. **Direito das obrigações**: introdução – da constituição das obrigações. 15. ed. Coimbra: Almedina, 2021. v. 1. p. 459.

causa jurídica pautada na intervenção, na qual há necessidade apenas de se verificar se existe alguma norma jurídica justificante da manutenção daquele enriquecimento, MENEZES LEITÃO atribui “significado mais rudimentar” do conceito de causa.⁴⁰⁸ É por isso que não se há de falar de enriquecimento ilícito, mas de enriquecimento sem causa ou injustificado.⁴⁰⁹

Em sentido próximo, MENEZES CORDEIRO fala da ausência “causa” nas hipóteses de intervenção quando referida intervenção corresponder “à inobservância das normas aplicáveis na área de distribuição dos bens onde o problema se ponha ou, pela positiva: quando não tenha cobertura das competentes regras aplicáveis”.⁴¹⁰

Sobre as hipóteses de enriquecimento por prestação, é importante fazer uma ressalva. CLÁUDIO MICHELON JR., diferentemente de outros pesquisadores do tema, considera o pagamento indevido como instituto autônomo em relação ao enriquecimento sem causa.⁴¹¹ É por conta disso que, ao tratar do enriquecimento por prestação, o autor não cita a clássica hipótese de pagamento indevido, a qual exige o erro da vítima.

Diante disso, como doutrina de enriquecimento sem causa por prestação, MICHELON JR. apresenta a situação em que alguém aceita o enriquecimento.⁴¹² O autor o faz com amparo na legislação, na jurisprudência e na doutrina comparada. No âmbito do direito inglês, a doutrina recebe o nome de *free acceptance*.⁴¹³ Suas características são comuns a todos os ordenamentos em que é utilizada.⁴¹⁴ De acordo com PETER BIRKS:

[f]ree acceptance, which is the same idea as recognised in equity under the name ‘acquiescence’, occurs where the defendant recives a benefit in circumstances in which he knows that it is not being offered gratuitously and in which, having a opportunity to reject, he none the less chooses to accept. The crucial difference which distinguishes free acceptance from non-

⁴⁰⁸ MENEZES LEITÃO, L. M. T. D. **Direito das obrigações**: introdução – da constituição das obrigações. 15. ed. Coimbra: Almedina, 2021. v. 1. p. 459-460.

⁴⁰⁹ URBANO, H. E. M. C. **O enriquecimento sem causa no direito brasileiro**: da teoria unitária à teoria da divisão. Andradina: Meraki, 2021. p. 18-21.

⁴¹⁰ CORDEIRO, A. M. **Tratado de direito civil**: direito das obrigações – gestão de negócios enriquecimento sem causa, responsabilidade civil. Coimbra: Almedina, 2017. v. III. p. 237.

⁴¹¹ MICHELON JR., C. Direito restitutivo: enriquecimento sem causa, pagamento indevido, gestão de negócios. *In*: REALE, M.; MARTINS-COSTA, J. **Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (Coleção Biblioteca de Direito Civil). p. 18.

⁴¹² MICHELON JR., C. Direito restitutivo: enriquecimento sem causa, pagamento indevido, gestão de negócios. *In*: REALE, M.; MARTINS-COSTA, J. **Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (Coleção Biblioteca de Direito Civil). p. 229.

⁴¹³ MICHELON JR., C. Direito restitutivo: enriquecimento sem causa, pagamento indevido, gestão de negócios. *In*: REALE, M.; MARTINS-COSTA, J. **Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (Coleção Biblioteca de Direito Civil). p. 229.

⁴¹⁴ MICHELON JR., C. Direito restitutivo: enriquecimento sem causa, pagamento indevido, gestão de negócios. *In*: REALE, M.; MARTINS-COSTA, J. **Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (Coleção Biblioteca de Direito Civil). p. 229.

voluntary transfers that the reason for restitution is now found on the defendant's side.⁴¹⁵

Pois bem. O *core case* da doutrina é aquele em que alguém percebe que outrem está a agir em seu benefício, sem cobrar nada por isso, e aquiesce com a prática. Imagine-se o dono de uma residência que está com problemas hidráulicos e recebe um encanador. O dono da casa não chamou o encanador, que, por sua vez, foi prestar o serviço no lugar errado. Dessa forma, a livre aceitação, por parte do dono da casa, do serviço prestado pelo encanador representa hipótese de enriquecimento por prestação do encanador. Nesse caso, há obrigação de o dono da casa restituir o trabalhador? CLÁUDIO MICHELON JR. defende que sim.⁴¹⁶ Porém, argumenta que, no Direito brasileiro, a razão que levará o encanador a ser restituído não é o enriquecimento sem causa, mas a violação à boa-fé objetiva por parte do dono da casa.⁴¹⁷

Ousa-se discordar da posição de CLÁUDIO MICHELON JR. Com efeito, a boa-fé objetiva é preceito que subjaz todo o direito privado contemporâneo.⁴¹⁸ Entretanto, é possível constatar que, ao ter seus problemas hidráulicos solucionados sem que tivesse qualquer gasto, o enriquecido poupou despesas; poupança sem causa jurídica justificadora. Isso porque foi evidenciada a má-fé por parte do enriquecido e o erro da vítima.

Sobre o enriquecimento por prestação, MENEZES LEITÃO afirma que o Código Civil português, no art. 473, n. 2, oferece as bases da ausência de causa: a inexistência da obrigação, o posterior desaparecimento da causa ou a não verificação do efeito pretendido.⁴¹⁹ O autor acrescenta que, no âmbito do enriquecimento por prestação, ocorre um incremento consciente e finalisticamente orientado do patrimônio alheio, sendo a não realização do fim visado com esse incremento que determina a restituição.⁴²⁰

⁴¹⁵ BIRKS, P. **An introduction to the law of restitution**. Oxford: Oxford University Press, 1985. p. 104.

⁴¹⁶ MICHELON JR., C. Direito restitutivo: enriquecimento sem causa, pagamento indevido, gestão de negócios. In: REALE, M.; MARTINS-COSTA, J. **Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (Coleção Biblioteca de Direito Civil). p. 229.

⁴¹⁷ MICHELON JR., C. Direito restitutivo: enriquecimento sem causa, pagamento indevido, gestão de negócios. In: REALE, M.; MARTINS-COSTA, J. **Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (Coleção Biblioteca de Direito Civil). p. 230.

⁴¹⁸ Sobre o papel da boa-fé objetiva, cf. COSTA, J. M. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 42: “[d]iga-se, por ora, tão somente que a expressão «boa-fé objetiva» não traduz um estado de fato (o «estar de boa-fé») que afasta a culpa ou gera determinadas pretensões aquisitivas (e.g., a aquisição da posse) ou salvaguarda posições jurídicas (como ao credor de boa-fé). Diferentemente, o sintagma, quando adjetivado como «objetiva» ou «obrigacional», aponta a um modelo ou instituto jurídico indicativo de (i) uma estrutura normativa dotada de prescritividade; (ii) um cânone de interpretação dos contratos e (iii) um standard comportamental”.

⁴¹⁹ MENEZES LEITÃO, L. M. T. D. **Direito das obrigações: introdução – da constituição das obrigações**. 15. ed. Coimbra: Almedina, 2021. v. 1. p. 458.

⁴²⁰ MENEZES LEITÃO, L. M. T. D. **Direito das obrigações: introdução – da constituição das obrigações**. 15. ed. Coimbra: Almedina, 2021. v. 1. p. 459-460.

Já MENEZES CORDEIRO, sobre a ausência de causa nas hipóteses de enriquecimento por prestação, fala que ela ocorre “quando não advenha de nenhuma fonte ou de nenhuma fonte válida e, ainda, quando, não obstante, o Direito não permita sua retenção”.⁴²¹ Ir além dessa conceituação, de acordo com o professor, demandaria destrinchar todo o regramento obrigacional português.⁴²² É certo, pois, que as posições guardam ampla correspondência com a doutrina brasileira.

2.2.3.3.1 *O conceito de causa como elemento diferenciador entre o unjustified enrichment dos países de matriz de Civil Law e o unjust enrichment dos países de matriz de Common Law*

Entre o final dos anos 1990 e início dos anos 2000, houve denso intercâmbio de estudos relacionados ao enriquecimento sem causa entre pesquisadores alemães e ingleses.⁴²³ O centro desse encontro foi a Universidade de Oxford, por iniciativa do professor PETER BIRKS.⁴²⁴

Conforme bem destaca ANDREW BURROWS, até aquele momento o desenvolvimento do estudo do Direito Restitutivo na Inglaterra era bastante incipiente.⁴²⁵ Na Alemanha, por outro lado, desde meados do século XX, houve aprofundamento e estabilização quanto ao tema.⁴²⁶

Diante disso, foram elaboradas dezenas de estudos comparados entre os tratamentos dados ao enriquecimento sem causa nos dois países. Nesse sentido, um primeiro elemento de relevo nessa relação, e talvez o principal deles, é a diferenciação da justificativa do dever de

⁴²¹ CORDEIRO, A. M. **Tratado de direito civil: direito das obrigações – gestão de negócios enriquecimento sem causa, responsabilidade civil.** Coimbra: Almedina, 2017. v. III. p. 237.

⁴²² CORDEIRO, A. M. **Tratado de direito civil: direito das obrigações – gestão de negócios enriquecimento sem causa, responsabilidade civil.** Coimbra: Almedina, 2017. v. III. p. 237.

⁴²³ BURROWS, A.; RODGER, A. **Mapping the law: essays in memory of Peter Birks.** Oxford: Oxford University Press, 2006. p. 1-12.

⁴²⁴ BURROWS, A.; RODGER, A. **Mapping the law: essays in memory of Peter Birks.** Oxford: Oxford University Press, 2006. p. 1-12.

⁴²⁵ Lord Andrew Burrows afirma que o *unjust enrichment* só foi oficialmente reconhecido pela House of Lords, Suprema Corte da Inglaterra, em 1991. Diante disso, muitos juristas não conhecem o assunto e reputam-no como de difícil compreensão. Cf.: BURROWS, A. **A restatement of the English law of unjust enrichment.** Oxford: Oxford University Press, 2012. p. ix. Peter Birks tinha a mesma posição. De acordo com ele, o *unjust enrichment* foi, dos grandes temas de Direito Privado, o único que ficou de fora do substancial processo de racionalização inglês conduzido desde a metade do século XIX. BIRKS, P. **Unjust enrichment.** 2. ed. Oxford University Press, 2005. p. 3.

⁴²⁶ DANNEMANN, G. **The German law of unjustified enrichment and restitution: a comparative introduction.** 1. ed. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 4: “[...] unjustified enrichment has maintained an established position in the Bürgerliches Gesetzbuch (BGB, German Civil Code) for more than a century, during which time it has always formed part of the undergraduate syllabus at German law faculties. In German legal learning and practice, unjustified enrichment has for long been as well established as contract and tort. Moreover, the German law of unjustified enrichment appears well settled, as the last phase of major development occurred some forty years ago”.

restituir. De acordo com SONJA MEIER,⁴²⁷ enquanto o Direito alemão encontra a pretensão na ausência de causa,⁴²⁸ as pretensões inglesas a respeito da restituição repousam sobre um fator injusto específico”.⁴²⁹

CLÁUDIO MICHELON JR., ao tratar do tema, deixa clara a relevância do antagonismo entre os paradigmas alemão e inglês:^{430/431}

A diferença é significativa: enquanto a ausência de causa é uma noção genérica cujo conteúdo vai aos poucos se atualizando pela doutrina e pela jurisprudência, os *unjust factors* são fundamentos bastante específicos para a ação de restituição, como o *mistake* e a *duress*, fundamentos esses construídos em torno da noção de ausência de ato voluntário por parte do titular do direito”.

Ao descrever o modelo de ausência de causa das jurisdições de *Civil Law*, PETER BIRKS afirmou o seguinte:

They begin from the proposition that every enrichment at another's expense either has an explanation known to the law or has not. Enrichments are received with the purpose of discharging an obligation or, if without obligation, to achieve some other objective as for instance the making of a gift, the satisfaction of a condition, or the coming into being of a new contract. These outcomes succeeding, the enrichment is sufficiently explained. As enrichment which turns out to have no such explanation is inexplicable and cannot be retained. The recipient is not entitled to it. The shorthand for this, in Latin, is 'sine causa'. The inexplicable enrichment lacks a causa. In english that reduces to 'no basis'. Enrichment sine causa is enrichment with no explanatory basis.⁴³²

⁴²⁷ MEIER, S. No basis: a comparative view. In: BURROWS, A.; RODGER, A. **Mapping the law: essays in memory of Peter Birks**. Oxford: Oxford University Press, 2006. p. 343-362. Sonja Meier, em artigo dedicado a Peter Birks, após a morte do professor, disse que chegou à universidade de Oxford para cursar mestrado em 1990. Lá não encontrou, na pós-graduação, disciplinas voltadas ao aprofundamento da responsabilidade civil ou dos contratos. Havia, porém, “misterioso” curso chamado “restitution”. Foi apenas depois que descobriu que o curso tinha como objeto equivalente funcional à disciplina do “unjustified enrichment” alemão.

⁴²⁸ O termo “legal ground”, de acordo com Dannemann, tem sentido de “causa”, em latim, ou de “cause”, em francês. Portanto, “legal ground” tem sentido de “causa” na língua portuguesa. Sendo assim, sempre que houver referência a “*legal ground*” em textos escritos em língua inglesa no contexto do enriquecimento sem causa sua tradução será feita como “causa”. Cf.: DANNEMANN, G. **The German law of unjustified enrichment and restitution: a comparative introduction**. 1. ed. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 33.

⁴²⁹ MEIER, S. Unjust factors and legal grounds. In: JOHNSTON, D.; ZIMMERMANN, R. **Unjustified enrichment: key issues in comparative**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. p. 37-75. p. 37. Tradução nossa. Original: “[w]hereas German law founds the claim on the lack of a legal ground (Rechtsgrund), English claims in restitution are said to rest on a specific ‘unjust factor’”.

⁴³⁰ MICHELON JR., C. Direito restitutivo: enriquecimento sem causa, pagamento indevido, gestão de negócios. In: REALE, M.; MARTINS-COSTA, J. **Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (Coleção Biblioteca de Direito Civil). p. 25.

⁴³¹ Ao descrever a relação entre os modelos alemão e inglês, Cláudio Michelon Jr. critica Paolo Gallo, que afirma haver uma diferença maior entre os sistemas italiano e alemão do que dos países de *Common Law* e de *Civil Law*.

⁴³² BIRKS, P. **Unjust enrichment**. 2. ed. Oxford University Press, 2005. p. 102-103.

Sobre o conceito de causa no Direito Comparado, DANNEMANN apresenta três diferentes funções.⁴³³ A primeira seria negativa: “não haverá pretensão de enriquecimento injustificado sobre benefício ao qual o réu tem direito de obter do autor”.⁴³⁴ Já a segunda seria positiva: “um enriquecimento que o réu recebeu à custa de outrem deve ser restituído se não houver causa que dê direito ao réu de mantê-lo”.⁴³⁵ A terceira, por fim, seria mais sutil: o tratamento diferido entre atribuições patrimoniais sem causa e atribuições patrimoniais justificadas em negócios cuja validade se pode questionar.⁴³⁶ De acordo com DANNEMANN, a principal diferença entre a Inglaterra e a Alemanha é que apenas na última a segunda função teria ampla aplicação.⁴³⁷

THOMAS KREBS, por sua vez, afirmou que o Direito inglês do *unjust enrichment* parte do pressuposto de que, para que alguém obtenha restituição, há de se demonstrar que havia uma boa razão para tanto. Contudo, diferentemente do modelo europeu continental,⁴³⁸ pautado “numa abstração como a ausência de causa jurídica para a restituição”, o sistema inglês tem o requisito pragmático de *unjust factors*.⁴³⁹ A enumeração de *unjust factors*, portanto, tem como consequência o fornecimento de razões inteligíveis de por que se deve proceder a uma restituição.⁴⁴⁰

⁴³³ DANNEMANN, G. **The German law of unjustified enrichment and restitution**: a comparative introduction. 1. ed. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 33.

⁴³⁴ DANNEMANN, G. **The German law of unjustified enrichment and restitution**: a comparative introduction. 1. ed. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 33. Tradução nossa. No original: “[...] no claim in unjust(ified) enrichment will lie for a benefit which the defendant is entitled to obtain from the claimant”.

⁴³⁵ DANNEMANN, G. **The German law of unjustified enrichment and restitution**: a comparative introduction. 1. ed. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 35.

⁴³⁶ DANNEMANN, G. **The German law of unjustified enrichment and restitution**: a comparative introduction. 1. ed. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 34.

⁴³⁷ A aplicação da segunda função na Inglaterra é excepcional. A hipótese apresentada por DANNEMANN é a seguinte: “[...] claims against public authorities under *Woolwich Equitable Building Society v Inland Revenue Commissioners*, whereby money paid under an ultra vires demand by a public authority must be returned regardless of whether one of the usual unjust factors (mistake, compulsion, etc.) is present.⁵³ However, to date English courts – unlike their Scottish counterparts—have not embraced the second function for all other cases which do not concern the reversal of payments made on demand by a public authority”. DANNEMANN, G. **The German law of unjustified enrichment and restitution**: a comparative introduction. 1. ed. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 36.

⁴³⁸ Quanto à questão, PETER BIRKS fez uma advertência: é um erro considerar que as jurisdições desenvolvidas sobre a matriz do *Common Law* são homogêneas em matéria de enriquecimento sem causa. Na Alemanha, por exemplo, diferentemente da França, desde logo se positivou uma cláusula geral de vedação ao enriquecimento sem causas. Diante disso, BIRKS concluiu: “[i]t is nevertheless true that all civilian jurisdictions share a particular angle of approach to ‘unjust’ which is ultimately derived from the Roman action of debt”. Cf.: BIRKS, P. **Unjust enrichment**. 2. ed. Oxford University Press, 2005. p. 102.

⁴³⁹ KREBS, T. In defence of unjust factors. In: JOHNSTON, D.; ZIMMERMANN, R. **Unjustified enrichment**: key issues in comparative. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. p. 76-100. p. 77-79.

⁴⁴⁰ KREBS, T. In defence of unjust factors. In: JOHNSTON, D.; ZIMMERMANN, R. **Unjustified enrichment**: key issues in comparative. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. p. 76-100. p. 77-79.

ANDREW BURROWS listou os principais *unjust factors*: “*mistake*,⁴⁴¹ *duress*,⁴⁴² *undue influence*,⁴⁴³ *exploration of weakness*,⁴⁴⁴ *human incapacity*,⁴⁴⁵ *failure of consideration*,⁴⁴⁶ *ignorance*, *legal compulsion*,⁴⁴⁷ *necessity*,⁴⁴⁸ *illegality*⁴⁴⁹ and *public authority ultra vires exaction and payment*”.⁴⁵⁰

⁴⁴¹ No caso do pagamento indevido, no qual alguém paga algo de forma equivocada, sendo a dívida inexistente ou então já paga, há direito de restituição. Aqui o *unjust factor* em cena é o erro. O *core case* do pagamento indevido inglês é *Kelly v. Solari*. Na oportunidade, o marido de Kelly faleceu, de forma que a seguradora Solari procedeu ao pagamento do prêmio contratado pelo *de cujus* para seu evento morte. A despeito disso, posteriormente constatou-se que o falecido não havia pago a apólice do seguro, circunstância que se concluiu desconhecida pela viúva. No caso, a conclusão foi de que o pagamento era indevido, uma vez que, como nunca houve o pagamento da apólice, não existia prêmio a ser entregue. Cf.: KREBS, T. In defence of unjust factors. In: JOHNSTON, D.; ZIMMERMANN, R. **Unjustified enrichment: key issues in comparative**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. p. 76-100. p. 76.

⁴⁴² O critério pode ser traduzido para a língua portuguesa como “coação”. Assim, se alguém foi coagido a proceder com determinada prestação, referida prestação, em regra, ensejará restituição. BURROWS adverte que há exceções à regra: se a coação for exercida sobre conduta ilegal do autor da prestação, o *unjust factor* não haverá restituição. Igualmente, no caso de a coação exigir o descumprir determinado contrato, apenas haverá razão para restituição se o autor não tivesse à disposição “alternativas razoáveis”. Cf.: BURROWS, A. **A restatement of the English law of unjust enrichment**. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 10.

⁴⁴³ “*Undue influence*” pode ser traduzido para o português como “influência indevida”. De acordo com ANDREW BURROWS, alguém está sob influência indevida de outrem quando seu poder decisório se torna refém das decisões dessa outra pessoa. Há presunção de influência indevida (i) quando o autor está em uma relação de influência com outra pessoa; e (ii) quando a prestação é irracionalmente desvantajosa para o autor da prestação. Cf.: BURROWS, A. **A restatement of the English law of unjust enrichment**. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 10-11.

⁴⁴⁴ O critério pode ser literalmente traduzido como “exploração de fraqueza”. Há incidência da hipótese em casos de fraqueza mental, no sentido de inexperiência, confusão pela velhice ou tensão emocional; e de eventual situação de necessidade na qual esteja a vítima. BURROWS ainda acrescenta que haverá dever de restituir quando a transação pautada na fraqueza for irracional sob a perspectiva da vítima e quando o réu tiver ciência da situação de fraqueza. Conquanto sejam essas as regras gerais, BURROWS adverte que, diante de contrato válido firmado entre as partes, ou diante de autorização legal, não deve haver restituição. Cf.: BURROWS, A. **A restatement of the English law of unjust enrichment**. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 12.

⁴⁴⁵ Aqui se aplica o critério da capacidade jurídica. A ideia é a de que enriquecimentos obtidos a partir de relações com incapazes, seja definitiva ou transitoriamente, ensejam restituição. Cf.: BURROWS, A. **A restatement of the English law of unjust enrichment**. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 12.

⁴⁴⁶ Quando o pagamento por determinada obrigação é condicionado a certa contraprestação, e essa contraprestação não ocorre, é também certo que há direito à restituição, em atenção ao *unjust factor* “*failure of consideration*”. Cf.: KREBS, T. In defence of unjust factors. In: JOHNSTON, D.; ZIMMERMANN, R. **Unjustified enrichment: key issues in comparative**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. p. 76-100. p. 77.

⁴⁴⁷ Esse critério está relacionado a situações em que o autor libera o réu de determinada obrigação, a qual, por dever legal, recaí sobre outra pessoa.

⁴⁴⁸ O critério da necessidade se aproxima do estado de necessidade do Direito brasileiro. Para que haja configuração do fator, o réu deverá proceder ao pagamento de necessidades da vítima ou dar quitação a obrigações assumidas pelo último. A configuração do estado de necessidade demanda contexto de iminência de dano à vítima, tanto à sua saúde quanto ao seu patrimônio. Cf.: BURROWS, A. **A restatement of the English law of unjust enrichment**. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 14.

⁴⁴⁹ O critério da ilegalidade pode ser suscitado em caso de contratos com objetos ilegais nos quais o autor (i) abandona a relação antes da concretização e sendo provável o êxito; e “a razão pela qual o contrato é ilegal é para proteger o autor como membro de uma dada classe”. Cf.: BURROWS, A. **A restatement of the English law of unjust enrichment**. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 15.

⁴⁵⁰ O fator tem vez nos casos em que um servidor público obtém vantagem da vítima mediante ação ilegal e em que um particular obtém vantagem a partir da atuação ilegal de um agente público. Cf.: BURROWS, A. **A restatement of the English law of unjust enrichment**. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 15.

Essas circunstâncias foram diferenciadas pelo próprio PETER BIRKS em dois grandes grupos: o primeiro preocupado com problemas no consentimento do autor da prestação, e o segundo com casos em que, mesmo diante do consentimento do prestador, há razão para restituição.⁴⁵¹ O aprofundamento de cada *unjust factor* fugiria dos objetivos deste trabalho, de modo que cabem duas observações.

A primeira é a de que os *unjust factors* que compõem o grupo preocupado com o consentimento do prestador podem ser subdivididos em três outros subgrupos: (i) a ideia de *consentimento prejudicado*, a qual abarca as situações de *mistake*, *duress*, *undue influence*, *exploration of weakness* e *human incapacity*; (ii) a ideia de *consentimento qualificado*, a qual abrange o grupo da *failure of consideration*; e (iii) a ausência de consentimento, relativa ao *unjust factor ignorance*.⁴⁵²

A segunda é que as hipóteses compreendidas no âmbito do enriquecimento por intervenção não compõem o universo dos *unjust factors*.⁴⁵³ Isso acontece porque, no Direito inglês, as situações de intervenção são enxergadas não sob a perspectiva de ausência de causa, como acontece na Alemanha e no Brasil, por exemplo,⁴⁵⁴ mas da ilicitude da conduta. Conforme defende DANNEMANN, “no que diz respeito à restituição pautada em ilícitos, o Direito alemão o deixa coberto pelo enriquecimento sem causa [...]”.⁴⁵⁵

Diversamente, o que desencadeia a obrigação de restituir certa intervenção na Inglaterra é a natureza ilícita da intervenção.⁴⁵⁶ Nesse sentido, fala-se em *restitution for wrongs* como um braço apartado do *unjust enrichment*, mas ainda assim pertencente ao Direito Restitutivo.⁴⁵⁷

⁴⁵¹ BIRKS, P. **An introduction to the law of restitution**. Oxford: Oxford University Press, 1985. p. 267-290.

⁴⁵² BURROWS, A. **The law of restitution**. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 86-87.

⁴⁵³ BIRKS, P. **Unjust enrichment**. 2. ed. Oxford University Press, 2005. p. 74.

⁴⁵⁴ BIRKS, P. **Unjust enrichment**. 2. ed. Oxford University Press, 2005. p. 74.

⁴⁵⁵ Tradução nossa. No original: “[w]ith regard to wrongs-based restitution, German law leaves this largely to unjustified enrichment”. Exceção à regra geral seriam as pretensões fundadas na disputa entre proprietários e possuidores desautorizados. Essa disciplina é tratada sob a forma do *owner/possessor model*. O sistema cobre as situações de interferência em propriedade alheia. Cf.: DANNEMANN, G. **The German law of unjustified enrichment and restitution: a comparative introduction**. 1. ed. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 89: “the owner/possessor model (§§ 987ff BGB) is a complex system of claims and counterclaims for vindication, restitution, compensation, and reimbursement of expenditure, with different degrees of liability depending on the degree to which the possessor was at fault, if at all. The uniting factor of the owner/possessor legal relationship (Eigentümer-Besitzer-Verhältnis) is a situation where the owner of corporeal property (i.e. chattels or real property) can require the possessor to relinquish possession because the possessor has no right towards the owner to hold on to the property in question. In other words: these are cases of interference with property rights, whereby the interference consists in taking or keeping possession of the property. This covers, for example, a person who lives in a house without having title or a valid lease or tenancy contract with the owner”.

⁴⁵⁶ BIRKS, P. **Unjust enrichment**. 2. ed. Oxford University Press, 2005. p. 74.

⁴⁵⁷ BURROWS, A. **A restatement of the English law of unjust enrichment**. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. xii.

Assim, o Direito Restitutivo compreende tanto o *unjust enrichment* quanto o *restitution for wrongs*.⁴⁵⁸

GRAHAM VIRGO define a ideia de *Law of Restitution* como o “ramo do direito preocupado os ganhos das pretensões restitutórias. Consequentemente, as pretensões restitutórias devem ser norteadas com referência nos ganhos auferidos pelo réu em detrimento das perdas sofridas pelo autor”.⁴⁵⁹

Ao fim e ao cabo, não há diferença incompatibilizante entre os objetos do Direito Restitutivo inglês e dos demais países de tradição jurídica europeia continental.⁴⁶⁰ Com efeito, todos os sistemas se preocupam com a restituição dos ganhos auferidos por alguém que não tem o direito de manter referida vantagem patrimonial.⁴⁶¹

Contudo, há substancial diferença na forma de conceber a organização do direito à restituição. Frente a esse cenário, PETER BIRKS, a quem se atribui a formulação do regime de *unjust factors*, mudou de opinião antes de falecer. Em obra polêmica e controvertida até os dias de hoje, Birks propôs que a Inglaterra alterasse seu referencial: dos *unjust factors* para a ideia de ausência de causa.⁴⁶²

A tese foi seguida por alguns pesquisadores. THOMAS KREBS, por exemplo, era conhecido por sua defesa do sistema de *unjust factors*, mas também acabou mudando de

⁴⁵⁸ BURROWS, A. **A restatement of the English law of unjust enrichment**. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. xii.

⁴⁵⁹ VIRGO, G. Restitutionary remedies for wrongs: causation and remoteness. *In*: RICKETT, C. E. F. **Justifying private law remedies**. Oxford: Hart Publishing, 2008. p. 301-331. p. 301. Tradução nossa. No original: “[t]he law of restitution can be defined as that body of law which is concerned with the award of gain-based remedies. Consequently, restitutionary remedies should be assessed by reference to the gain made by the defendant rather than the loss suffered by the claimant”.

⁴⁶⁰ VISSER, D. Unjustified Enrichment in Comparative Perspective. *In*: REIMANN, M.; ZIMMERMANN, R. **Unjustified enrichment in comparative perspective**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2019. p. 968.

⁴⁶¹ VISSER, D. Unjustified Enrichment in Comparative Perspective. *In*: REIMANN, M.; ZIMMERMANN, R. **Unjustified enrichment in comparative perspective**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2019. p. 968: “[i]n all legal systems the law of enrichment is about removing gains which the legal order decrees that the defendant should not keep. There is even enough similarity between most common-law and civil-law systems that it is possible to identify a set of core elements of enrichment liability which are—at least at the level of semantics – common to most legal systems”.

⁴⁶² Sobre isso, cf.: DANNEMANN, G. **The German law of unjustified enrichment and restitution: a comparative introduction**. 1. ed. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 175: “[t]he current debate which Peter Birks sparked by proposing that English law should give up the unjust factor approach, whereby a disenriched party may claim back the enrichment only if a specific unjust factor can be found, and adopt an absence of basis approach whereby a defendant must return an enrichment made at the expense of the claimant if this enrichment is not supported by a legal basis”.

opinião.⁴⁶³ Em geral, fala-se que a proposta de PETER BIRKS não foi incorporada, de modo que o sistema de *unjust factors* foi mantido.⁴⁶⁴

Apesar disso, é possível verificar que houve um movimento sincrético: ao mesmo tempo em que a posição geral foi pela manutenção do modelo de *unjust factors*, passou-se a reconhecer a importância da ideia de “causa” nas situações de *unjust enrichment*.⁴⁶⁵ ANDREW BURROWS, na introdução ao “A Restatement⁴⁶⁶ of the English Law of Unjust Enrichment” deixou esse cenário explícito:

In deciding whether an enrichment is unjust, the Restatement takes the ‘unjust factors’ approach. But it accepts that, in general, an enrichment is not unjust if the benefit was owed to the defendant by the claimant under a valid legal obligation. This qualification suggests that the distinction between the ‘unjust factors’ approach at common law and the civilian ‘absence of basis’ approach to the unjust question is not as sharp as often thought.⁴⁶⁷

Contudo, o que se vê ainda é a manutenção do regime de *unjust factors* inglês⁴⁶⁸ e da separação das hipóteses de enriquecimento por intervenção da classe de *unjust enrichment* naquele país.

2.2.3.4 Subsidiariedade

A subsidiariedade é critério igualmente controvertido no âmbito doutrinário. Conforme assevera HUGO URBANO, no período em que o enriquecimento sem causa consistia apenas num princípio geral do direito difundiu-se a premissa de que ele só poderia ser invocado quando o

⁴⁶³ KREBS, T. The fallacy of ‘restitution for wrongs’. In: BURROWS, A.; RODGER, A. **Mapping the law: essays in memory of Peter Birks**. Oxford: Oxford University Press, 2006. p. 379-399. p. 379.

⁴⁶⁴ VISSER, D. Unjustified Enrichment in Comparative Perspective. In: REIMANN, M.; ZIMMERMANN, R. **Unjustified enrichment in comparative perspective**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2019. p. 963.

⁴⁶⁵ VISSER, D. Unjustified Enrichment in Comparative Perspective. In: REIMANN, M.; ZIMMERMANN, R. **Unjustified enrichment in comparative perspective**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2019. p. 963.

⁴⁶⁶ *Restatements* representam fonte do direito de caráter não legislativo e não vinculante muito comum nos Estados Unidos. São marcadas pela sistematização da aplicação do Direito sobre determinada matéria e gozam de grande persuasão em relação ao magistrado e respeito por parte da doutrina. Cf.: BURROWS, A. **A restatement of the English law of unjust enrichment**. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. ix.

⁴⁶⁷ BURROWS, A. **A restatement of the English law of unjust enrichment**. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. xii.

⁴⁶⁸ É possível, contudo, notar influência do regime de ausência de causa sobre o modelo inglês: “[a]lthough Birks’s announcement that English law had already replaced its system of unjust factors with an ‘absence of legal ground’ approach did not find general acceptance, the notion that the absence of a legal ground was in some way part of liability based on unjust enrichment began to tug at the consciousness of authors and judges”. Cf.: VISSER, D. Unjustified Enrichment in Comparative Perspective. In: REIMANN, M.; ZIMMERMANN, R. **Unjustified enrichment in comparative perspective**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2019. p. 962.

ordenamento não oferecesse outra resposta mais específica.⁴⁶⁹ A ideia seria a de evitar a subversão do sistema jurídico a partir de um fundamento que poderia ser suscitado em qualquer circunstância.⁴⁷⁰

HUGO URBANO defende que a matéria não encontrou maior reconhecimento em sede jurisprudencial. De acordo com o autor, os tribunais, historicamente, aplicaram o enriquecimento sem causa de forma equivocada e como “[...] último recurso para corrigir aparentes injustiças”.⁴⁷¹

Nesse sentido, HUGO URBANO conclui que “a questão da subsidiariedade desta fonte de obrigações encontra-se, em confrontação com a própria natureza do instituto, desvirtuada pela própria doutrina, pela jurisprudência e pelo próprio Código Civil”.⁴⁷²

RODRIGO DA GUIA SILVA, por sua vez, ao tratar da noção de subsidiariedade, adota postura negativa: ele menciona alguns dos principais apontamentos realizados pela doutrina ao longo do tempo para justificar a subsidiariedade a fim de negar-lhes como justificadores do requisito.⁴⁷³

O primeiro sentido tratado por RODRIGO DA GUIA Silva é o da vedação a fraudes, o qual, de acordo com o autor, talvez seja o mais comumente associado à regra de subsidiariedade.⁴⁷⁴ É esse o sentido primordial apontado por GIOVANNI ETTORE NANNI⁴⁷⁵ e por SÉRGIO SAVI,⁴⁷⁶ por exemplo. A ideia, nesse contexto, seria a de que não se poderia utilizar o enriquecimento sem causa em detrimento de uma previsão legal específica.⁴⁷⁷ Exemplo prático do receio tem relação com o prazo prescricional.⁴⁷⁸ O prazo prescricional relacionado à vedação ao enriquecimento sem causa é de três anos (art. 206, § 3º, IV, Código Civil). Entretanto, algumas circunstâncias têm prazos menores. Assim, diante do decurso do prazo prescricional da

⁴⁶⁹ URBANO, H. E. M. C. **O enriquecimento sem causa no direito brasileiro**: da teoria unitária à teoria da divisão. Andradina: Meraki, 2021. p. 316-318.

⁴⁷⁰ URBANO, H. E. M. C. **O enriquecimento sem causa no direito brasileiro**: da teoria unitária à teoria da divisão. Andradina: Meraki, 2021. p. 290.

⁴⁷¹ URBANO, H. E. M. C. **O enriquecimento sem causa no direito brasileiro**: da teoria unitária à teoria da divisão. Andradina: Meraki, 2021. p. 921.

⁴⁷² URBANO, H. E. M. C. **O enriquecimento sem causa no direito brasileiro**: da teoria unitária à teoria da divisão. Andradina: Meraki, 2021. p. 292.

⁴⁷³ GUIA SILVA, R. D. **Enriquecimento sem causa**: as obrigações restitutórias no direito civil. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. [livro eletrônico] n.p.

⁴⁷⁴ GUIA SILVA, R. D. **Enriquecimento sem causa**: as obrigações restitutórias no direito civil. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. [livro eletrônico] n.p.

⁴⁷⁵ NANNI, Giovanni Ettore. **Enriquecimento sem causa**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 298.

⁴⁷⁶ SAVI, S. **Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa**: o lucro da intervenção. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 116-121.

⁴⁷⁷ NANNI, Giovanni Ettore. **Enriquecimento sem causa**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 298.

⁴⁷⁸ GUIA SILVA, R. D. **Enriquecimento sem causa**: as obrigações restitutórias no direito civil. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. [livro eletrônico] n.p.

circunstância mais específica não caberia recurso ao enriquecimento sem causa, sob pena de fraude à lei.⁴⁷⁹

RODRIGO DA GUIA SILVA suscita o Recurso Especial n. 1.497.769/RN⁴⁸⁰ como exemplo dessa perspectiva. Na hipótese, o STJ decidiu pela inaplicabilidade do art. 884 do Código Civil, uma vez que os fatos se subsumiam à noção de venda *ad corpus*, positivada sob o art. 500, § 3º, do Código Civil. A discussão dizia respeito ao prazo prescricional: três anos na ação de enriquecimento sem causa, um ano na venda *ad corpus*.

Da mesma maneira, RODRIGO DA GUIA SILVA nega o reconhecimento da subsidiariedade como legitimadora da incidência do enriquecimento sem causa nos casos de dano injusto em que não estão preenchidos os requisitos da responsabilidade civil, a exemplo da culpa.⁴⁸¹ De acordo com o autor, essa perspectiva “[...] remonta à literalidade do artigo 886, que, em perceptível confusão conceitual entre responsabilidade civil e enriquecimento sem causa, faz alusão a ‘ressarcir’ e ‘prejuízo sofrido’”.⁴⁸²

Com efeito, parece importante afastar a confusão conceitual perpetrada pelo texto do art. 886 quando faz menção a elementos estranhos à pretensão restitutória derivada do enriquecimento sem causa. Contudo, isso não impede, tal como sugere RENATO MORAES, a utilização de ação fundamentada no enriquecimento sem causa na situação em que o interventor, além de ter causado danos à vítima, auferiu ganhos.⁴⁸³

Nesse sentido, RENATO MORAES defende que o autor pode utilizar a ação de enriquecimento sem causa, em detrimento de optar por uma ação de responsabilidade civil, de

⁴⁷⁹ NANNI, Giovanni Ettore. **Enriquecimento sem causa**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 116.

⁴⁸⁰ RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO ART. 535 DO CPC. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RESTITUIÇÃO POR ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. CARÁTER SUBSIDIÁRIO. EXISTÊNCIA DE MEIO PRÓPRIO PARA DEFENDER O DIREITO. 1. Não há violação ao artigo 535, II, do CPC, quando embora rejeitados os embargos de declaração, a matéria em exame foi devidamente enfrentada pelo Tribunal de origem, que emitiu pronunciamento de forma fundamentada, ainda que em sentido contrário à pretensão da recorrente. 2. A configuração do enriquecimento sem causa requer a conjugação de quatro elementos: a) o enriquecimento em sentido estrito de uma parte; b) o empobrecimento da outra parte; c) o nexo de causalidade entre um e outro; d) a ausência de justa causa. 3. Quanto à ação *in re verso*, o art. 886 do Código Civil preceitua não ser cabível nos casos em que existir na lei outros meios de pleitear a recomposição do patrimônio desfalcado. 4. É função da subsidiariedade, prevista na lei a proteção do sistema jurídico, para que, mediante a ação de enriquecimento, a lei não seja contornada ou fraudada, evitando-se que o autor consiga, por meio da ação de enriquecimento, o que lhe é vedado pelo ordenamento. 5. Nos casos em que ocorrida a prescrição de ação específica, não pode o prejudicado valer-se da ação de enriquecimento, sob pena de violação da finalidade da lei. 6. Recurso especial não provido. REsp n. 1.497.769/RN, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 5/5/2016, DJe de 7/6/2016.

⁴⁸¹ GUIA SILVA, R. D. **Enriquecimento sem causa**: as obrigações restitutórias no direito civil. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. [livro eletrônico] n.p.

⁴⁸² GUIA SILVA, R. D. **Enriquecimento sem causa**: as obrigações restitutórias no direito civil. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. [livro eletrônico] n.p.

⁴⁸³ MORAES, R. D. F. D. **Enriquecimento sem causa e enriquecimento por intervenção**. São Paulo: Almedina, 2021. p. 303.

modo a ver facilitado seu êxito, já que desnecessário o critério da culpa. Contudo, nesse caso a pretensão estaria limitada à restituição dos ganhos, sem qualquer possibilidade de consideração dos danos sofridos pela vítima.⁴⁸⁴

Corrombora a posição de RENATO MORAIS o Enunciado n. 36 da Jornada de Direito Civil: “[o] art. 886 do novo Código Civil não exclui o direito à restituição do que foi objeto de enriquecimento sem causa nos casos em que os meios alternativos conferidos ao lesado encontram obstáculos de fato”.

JOÃO COSTA-NETO e CARLOS E. ELIAS DE OLIVEIRA compartilham do mesmo entendimento: “[a] propósito do último requisito (inexistência de ação específica), é importante realçar que, se houver obstáculo de fato à utilização da via específica prevista ao lesado, há inexistência fática de outra ação, a credenciar a ação *in rem verso*”.⁴⁸⁵

De toda forma, o aspecto mais importante, destacado por todos os autores supramencionados, no que diz respeito à subsidiariedade como elemento essencial à configuração do enriquecimento sem causa, é o da concorrência entre ações. Em outras palavras: nos casos em que parece possível o manejo de ações com mais de um fundamento, isto é, com fundamento no enriquecimento sem causa ou em outro instuto previsto na lei, qual solução deve ser dada?

Sobre o ponto HUGO URBANO consigna que esse é o caso de conflito real de normas.⁴⁸⁶ Porém, a despeito do que se possa imaginar inicialmente, esse conflito não tem natureza sobreposta, de forma que há necessidade de delimitação do âmbito de incidência de cada uma das normas ao seu respectivo regime.⁴⁸⁷

O exemplo mencionado por HUGO URBANO para ilustrar o contexto do conflito real de normas é o da exploração indevida sobre imagem alheia.⁴⁸⁸ A circunstância tanto tem natureza de enriquecimento sem causa por intervenção quanto de ato ilícito.⁴⁸⁹ Logo, há a possibilidade de geração concomitante de ganhos para o interventor e de danos para a vítima.

⁴⁸⁴ MORAES, R. D. F. D. **Enriquecimento sem causa e enriquecimento por intervenção**. São Paulo: Almedina, 2021. p. 303.

⁴⁸⁵ OLIVEIRA, C. E. D.; COSTA-NETO, J. **Direito civil**. 1. ed. São Paulo: Forense, 2022. p. 730.

⁴⁸⁶ URBANO, H. E. M. C. **O enriquecimento sem causa no direito brasileiro**: da teoria unitária à teoria da divisão. Andradina: Meraki, 2021. p. 321.

⁴⁸⁷ URBANO, H. E. M. C. **O enriquecimento sem causa no direito brasileiro**: da teoria unitária à teoria da divisão. Andradina: Meraki, 2021. p. 321.

⁴⁸⁸ URBANO, H. E. M. C. **O enriquecimento sem causa no direito brasileiro**: da teoria unitária à teoria da divisão. Andradina: Meraki, 2021. p. 322.

⁴⁸⁹ URBANO, H. E. M. C. **O enriquecimento sem causa no direito brasileiro**: da teoria unitária à teoria da divisão. Andradina: Meraki, 2021. p. 322.

Conforme se aprofundará à frente (item 3.2 *infra*), a responsabilidade civil não tem incidência sobre os ganhos, assim como o enriquecimento sem causa é indiferente em relação aos danos. Dessa forma, cada instuto tem o condão de lidar com um problema diferente diante do mesmo contexto fático.⁴⁹⁰

Assim, RENATO MORAES conclui na direção de que, no contexto de concorrência entre pretensões das situações de intervenção, por exemplo, deve ser dado à vítima o direito de escolher o caminho que deseja seguir: se a reparação de danos ou a restituição dos ganhos,⁴⁹¹ posição corroborada por GIOVANNI ETTORE NANNI.⁴⁹² A incidência das duas pretensões de forma simultânea teria o condão de implicar *bis in idem*.⁴⁹³

Com fundamento nessa perspectiva, a subsidiariedade apenas obsta a incidência do enriquecimento sem causa no caso concreto quando existir, à disposição, regra específica restitutória ou que impeça a restituição.⁴⁹⁴ RODRIGO DA GUIA SILVA defende o mesmo entendimento. Na visão do autor, a subsidiariedade representa verdadeiro caráter negativo acerca do enriquecimento sem causa:

A partir das precedentes considerações, pode-se afirmar que a subsidiariedade ostenta a qualidade de pressuposto negativo de incidência da cláusula geral do dever de restituir, de modo a se assegurar o respeito à disciplina própria dispensada pelo legislador ordinário a hipóteses específicas de restituição. À atuação da cláusula geral do dever de restituir não basta, portanto, a demonstração dos pressupostos positivos tradicionalmente elencados – enriquecimento, obtenção à custa de outrem e ausência de justa causa –, afigurando-se igualmente relevante o respeito à regra da subsidiariedade.⁴⁹⁵

O requisito não veda, portanto, a ação de enriquecimento sem causa quando ela concorre com ação de responsabilidade civil.⁴⁹⁶ Porém, há de se escolher um dos dois caminhos, para que não haja dupla condenação sobre o interventor, conforme defendem RENATO MORAES,⁴⁹⁷

⁴⁹⁰ URBANO, H. E. M. C. **O enriquecimento sem causa no direito brasileiro**: da teoria unitária à teoria da divisão. Andradina: Meraki, 2021.p. 322.

⁴⁹¹ MORAES, R. D. F. D. **Enriquecimento sem causa e enriquecimento por intervenção**. São Paulo: Almedina, 2021. p. 303-304.

⁴⁹² NANNI, Giovanni Ettore. **Enriquecimento sem causa**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 301-302.

⁴⁹³ MORAES, R. D. F. D. **Enriquecimento sem causa e enriquecimento por intervenção**. São Paulo: Almedina, 2021. p. 304.

⁴⁹⁴ MORAES, R. D. F. D. **Enriquecimento sem causa e enriquecimento por intervenção**. São Paulo: Almedina, 2021. p. 304.

⁴⁹⁵ GUIA SILVA, R. D. **Enriquecimento sem causa**: as obrigações restitutórias no direito civil. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. [livro eletrônico] n.p.

⁴⁹⁶ MORAES, R. D. F. D. **Enriquecimento sem causa e enriquecimento por intervenção**. São Paulo: Almedina, 2021. p. 304.

⁴⁹⁷ MORAES, R. D. F. D. **Enriquecimento sem causa e enriquecimento por intervenção**. São Paulo: Almedina, 2021. p. 304.

JOÃO COSTA-NETO e CARLOS E. ELIAS DE OLIVEIRA.⁴⁹⁸ Hipótese que foge da regra de não cumulatividade entre as pretensões é a da situação de intervenção que além de gerar ganhos ao interventor e danos patrimoniais à vítima, também implica danos extrapatrimoniais, posição adotada, entre outros, por JOÃO COSTA-NETO e CARLOS E. ELIAS DE OLIVEIRA.⁴⁹⁹

⁴⁹⁸ OLIVEIRA, C. E. D.; COSTA-NETO, J. **Direito civil**. 1. ed. São Paulo: Forense, 2022. p. 738.

⁴⁹⁹ OLIVEIRA, C. E. D.; COSTA-NETO, J. **Direito civil**. 1. ed. São Paulo: Forense, 2022. p. 738.

3 ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA POR INTERVENÇÃO: ZONA CINZENTA ENTRE O ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA E A RESPONSABILIDADE CIVIL

O aprofundamento realizado no capítulo anterior em relação às fontes de obrigação não foi fruto do acaso ou teve objetivo meramente protocolar. Diversamente, visou a oferecer bases que tornassem possível discutir ponto de tensão no que diz respeito ao estudo do enriquecimento sem causa por parte de várias jurisdições: o enriquecimento sem causa por intervenção.

A mencionada tensão deriva da zona cinzenta na qual esse tipo de evento – e é importante dizer, o enriquecimento sem causa por intervenção é também um evento⁵⁰⁰ – está situado. Ao se partir do pressuposto de que o enriquecimento sem causa por intervenção representa a situação na qual alguém enriquece mediante a exploração desautorizada de direitos alheios, há grande proximidade com duas das três fontes de obrigações anteriormente tratadas: os atos ilícitos e o enriquecimento sem causa.

Conforme sugere o próprio título do trabalho – e também a nomenclatura utilizada ao longo da pesquisa –, a posição defendida é a de que a fonte de obrigações que faz surgir o direito à restituição nos casos de intervenção indevida sobre direitos alheios é o enriquecimento sem causa.

FRANCISCO PAULO DE CRESCENZO MARINO, ao prefaciá-lo a tese de doutorado de RENATO MORAES, apresentou o problema do enriquecimento por intervenção com o exemplo de alguém que, ao viajar ao exterior, teve sua casa invadida por pessoa que, a seu tempo, alugou o imóvel para terceiros.⁵⁰¹ O invasor, ou interventor, deixou a casa exatamente como ela se encontrava antes da intervenção, de forma que a vítima não sofreu qualquer dano. Contudo, manteve para si os ganhos derivados da conduta. Para alguns, sequer seria possível falar em vítima, já que não houve dano. E essa percepção tem profunda relação com a negligência histórica com a qual foram tratadas as situações de enriquecimento no Direito brasileiro, especialmente as de enriquecimento por intervenção.

⁵⁰⁰ Cf.: KONDER, C. N. Dificuldades de uma abordagem unitária do lucro da intervenção. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, v 13, p. 231-248, out./dez. 2017. p. 232: “[o] que existe é a situação de lucro da intervenção – o ‘problema’ –, cabendo, a cada ordenamento, dentro da sua sistemática, estabelecer os parâmetros pelos quais vai lidar com ele”.

⁵⁰¹ MARINO, F. P. D. C. Prefácio. In: MORAES, R. D. F. D. **Enriquecimento sem causa e enriquecimento por intervenção**. São Paulo: Almedina, 2021. p. 7-8.

CARLOS NELSON KONDER, por sua vez, oferece exemplos igualmente interessantes. O professor listou quatro situações de intervenção.⁵⁰²

Na primeira, um grupo opta por realizar grande festa num galpão que não lhe pertencia. A festa causa extensa deterioração sobre a coisa, de modo que os ganhos auferidos são inferiores aos danos implicados.⁵⁰³

Na segunda, é trazida à tona situação clássica de intervenção: a utilização da imagem alheia sem consentimento para fins publicitários.⁵⁰⁴ O *leading case* do enriquecimento por intervenção no Brasil tem esse contexto. O exemplo de CARLOS NELSON KONDER, por outro lado, é de um famoso caso americano: *Midler v. Ford Motor Co.*⁵⁰⁵ Na oportunidade, a *Ford* tentou contratar a cantora *Bette Midler* para estrelar um comercial. A artista, contudo, recusou a oferta. Diante disso, a *Ford* contratou cantora com a voz semelhante à de *Midler*. Na peça publicitária, apenas era possível ouvir a voz de quem cantava, de modo que o consumidor foi levado a crer que era *Bette Midler* quem estava a cantar seu sucesso “*Do You Want to Dance?*”. A propaganda foi um grande sucesso.

Nas palavras de CARLOS NELSON KONDER, “[...] o anúncio elevou as vendas de tal maneira que o lucro obtido superou, em muito, o que seria o custo do cachê da cantora verdadeira”.⁵⁰⁶ Eis a segunda situação de intervenção descrita: hipótese em que o lucro obtido pelo interventor é maior do que o preço que deveria ter sido pago à vítima para que a contratação fosse regular. A situação é ainda mais interessante porque ela retira o direito da vítima de escolher, ou não, a contratação.⁵⁰⁷ Essa situação será aprofundada quando da discussão sobre a quantificação do enriquecimento por intervenção.⁵⁰⁸

O terceiro exemplo apresentado por KONDER diz respeito a situação análoga ao exemplo do professor FRANCISCO MARINO, o qual se situa em plano intermediário entre o primeiro e o

⁵⁰² KONDER, C. N. Dificuldades de uma abordagem unitária do lucro da intervenção. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, v 13, p. 231-248, out./dez. 2017. p. 232-233.

⁵⁰³ KONDER, C. N. Dificuldades de uma abordagem unitária do lucro da intervenção. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, v 13, p. 231-248, out./dez. 2017. p. 233.

⁵⁰⁴ KONDER, C. N. Dificuldades de uma abordagem unitária do lucro da intervenção. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, v 13, p. 231-248, out./dez. 2017. p. 233.

⁵⁰⁵ 849 F.2d 460 (9th Cir. 1988).

⁵⁰⁶ KONDER, C. N. Dificuldades de uma abordagem unitária do lucro da intervenção. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, v 13, p. 231-248, out./dez. 2017. p. 233.

⁵⁰⁷ KONDER, C. N. Dificuldades de uma abordagem unitária do lucro da intervenção. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, v 13, p. 231-248, out./dez. 2017. p. 233. Carlos Nelson Konder ainda menciona, como fator adicional à atenção sobre a hipótese, o dano extrapatrimonial sofrido pela vítima, o qual é concorrente ao dano patrimonial da utilização da imagem sem pagamento e, também, aos lucros derivados da intervenção. O STJ, ao apreciar caso com essa natureza, entendeu pela possibilidade de cumulação entre pretensões indenizatória e restitutória.

⁵⁰⁸ Cf.: itens 4.2 e 4.3 *infra*.

terceiro exemplo do professor KONDER. Pois bem. O terceiro exemplo do professor KONDER é o da situação de intervenção que não implica qualquer dano ao titular do direito indevidamente explorado.⁵⁰⁹ É o caso, por exemplo, do jóquei que, mesmo contra a vontade do dono do cavalo inscreve o animal em disputa; disputa essa vencida pelo cavalo que, pela vontade do dono, não deveria nem sequer ter participado.⁵¹⁰ Também aqui o desgaste do cavalo foi mínimo, de modo que seu desempenho não foi comprometido para outros páreos programados pelo proprietário. Assim, houve apenas exploração desautorizada de coisa do titular e obtenção de lucro por parte do interventor.

O quarto e último exemplo abordado por CARLOS NELSON KONDER é igualmente relevante: situação em que alguém, de boa-fé, isto é, sem saber que está a fazê-lo, intervém de forma desautorizada sobre direitos alheios.⁵¹¹ A ilustração fica por conta do indivíduo que abre caverna em sua propriedade para o público. Após a consolidação da atração como ponto turístico, o proprietário descobre que a área da caverna, na verdade, pertence ao seu vizinho. Essa circunstância também é de extrema relevância e será *a posteriori* aprofundada. De todo modo, vale adiantar que, na visão deste trabalho, a boa-fé do interventor é indiferente no que diz respeito ao dever de restituir. Por outro lado, será determinante quando da quantificação da restituição.

Esses cenários traduzem hipóteses de intervenção sobre direitos alheios. A partir de agora, passa-se a demonstrar as razões pelas quais se defende que todas elas são passíveis de enquadramento no âmbito do enriquecimento sem causa, ainda que seja possível, em algumas delas, visualizar a concorrência de enquadramento com a responsabilidade civil.

Nesse contexto, será dada especial atenção às novas tentativas, por parte da doutrina, de enquadrar sistematicamente todas as situações de intervenção no campo da responsabilidade civil, que é a área do direito relacionada às situações de atos ilícitos ou, nos termos de parte da doutrina contemporânea, dos danos injustos.⁵¹²

⁵⁰⁹ Em relação ao segundo exemplo, é possível que a atriz tenha sofrido danos extrapatrimoniais em decorrência da exploração indevida de sua imagem. Este trabalho, porém, não compartilha da premissa de que o não pagamento do “cachê” causou dano. Na verdade, isso se trata do enriquecimento do interventor na forma da poupança de despesas.

⁵¹⁰ KONDER, C. N. Dificuldades de uma abordagem unitária do lucro da intervenção. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, v 13, p. 231-248, out./dez. 2017. p. 233.

⁵¹¹ KONDER, C. N. Dificuldades de uma abordagem unitária do lucro da intervenção. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, v 13, p. 231-248, out./dez. 2017. p. 233.

⁵¹² GUIA SILVA, R. D. **Enriquecimento sem causa**: as obrigações restitórias no direito civil. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. [livro eletrônico] n.p.

3.1 TENDÊNCIA INTUITIVA À ESCOLHA PELA RESPONSABILIDADE CIVIL

É certo que, historicamente, o Poder Judiciário brasileiro não racionalizou a circunstância do enriquecimento sem causa por intervenção.⁵¹³ De forma quase intuitiva, os tribunais lidavam com situações que nitidamente implicavam ganhos ao interventor somente pela perspectiva dos danos sofridos pela vítima.⁵¹⁴ Também a doutrina, até o final do século XX, pouco tratou do enriquecimento sem causa por intervenção.

Na verdade, o texto que parece ter contribuído decisivamente para o aprofundamento por parte da doutrina é de autoria de um professor português. MENEZES LEITÃO, em artigo dedicado ao tratamento do enriquecimento sem causa no Código Civil de 2002, dedicou seção à “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”.⁵¹⁵

O trabalho de MENEZES LEITÃO é de 2004 e foi mencionado por muitas monografias brasileiras elaboradas a partir de então. Todavia, referidas obras tiveram, e ainda têm, enorme dificuldade de penetração tanto no Poder Judiciário quanto nos pedidos dos jurisdicionados. A seguir, apresenta-se um exemplo recente que traduz esse contexto

3.1.2 Camarões vs. Coco Bambu: a resistência do Judiciário em reconhecer o enriquecimento como referencial de condenação

Exemplo que bem ilustra a tendência do Judiciário de seguir o caminho da responsabilidade civil nos casos de enriquecimento sem causa é a Apelação n. 2017.003523-2, julgada pelo TJRN em 2017⁵¹⁶. Em síntese, a rede de restaurantes Potiguar, Camarões, ajuizou ação em desfavor da hoje rede de restaurantes cearense Coco Bambu.⁵¹⁷ A autora sustentou

⁵¹³ SCHREIBER, A.; GUIA SILVA, R. D. Aspectos relevantes para a sistematização do lucro da intervenção no direito brasileiro. *Pensar*, Fortaleza, v. 23, n. 4, p. 1-15, out./dez. 2018. p. 5.

⁵¹⁴ SCHREIBER, A.; GUIA SILVA, R. D. Aspectos relevantes para a sistematização do lucro da intervenção no direito brasileiro. *Pensar*, Fortaleza, v. 23, n. 4, p. 1-15, out./dez. 2018. p. 5.

⁵¹⁵ MENEZES LEITÃO, L. M. T. D. *Direito das obrigações*: introdução – da constituição das obrigações. 15. ed. Coimbra: Almedina, 2021. v. 1. p. 29.

⁵¹⁶ TJRN, APC 2017.003523-2, 1ª Câmara Cível, Rel. Des. Claudio Santos, j. 14.12.2017.

⁵¹⁷ O nome “Coco Bambu” foi adotado após decisão judicial no curso do processo. No momento do ajuizamento da demanda a rede chamava-se “Camarões Beira-mar”.

violação ao seu *trade dress* e requereu a condenação da ré com fundamento no art. 210, II, da LPI, cumulado com os arts. 208 e 209 do mesmo diploma.⁵¹⁸

O art. 210, II, da LPI traduz hipótese clássica de pretensão de restituição com fundamento no enriquecimento por intervenção.⁵¹⁹ É que a norma estabelece como critério para a condenação em decorrência da violação à propriedade industrial “os benefícios que o prejudicado teria auferido se a violação não tivesse ocorrido”.

O problema está no *caput* do dispositivo. O legislador falou que os “lucros cessantes” poderão ser calculados com base nos ganhos do interventor. Só que de lucros cessantes a hipótese não trata⁵²⁰. Lucros cessantes representam, pois, os danos caracterizados por aquilo que a vítima deixou de ganhar.⁵²¹ O referencial, portanto, é a vítima. No caso dos benefícios auferidos pelo interventor, o referencial não é mais a vítima, mas o interventor.⁵²²

JOÃO COSTA-NETO e CARLOS E. ELIAS DE OLIVEIRA mencionam a atecnia do legislador nesse aspecto.⁵²³ De acordo com os autores, ela se deve ao não aprofundamento do estudo do enriquecimento sem causa no Brasil.⁵²⁴ Assim, quando o Brasil promulgou a LPI, em decorrência da incorporação do acordo TRIPs, simplesmente se atribuiu à pretensão restitutória a condição de critério de cálculo de indenizações fundadas em violações à propriedade industrial.⁵²⁵

A opção do legislador, defende-se, contribuiu largamente para a manutenção da perspectiva da responsabilidade civil para eventos de enriquecimento sem causa por intervenção.⁵²⁶ E a Apelação n. 2017.003523-2, julgada pelo TJRN, bem demonstra isso.

⁵¹⁸ O pedido, há de se destacar, também confundiu o enriquecimento por intervenção com lucros cessantes. É, pois, retrato da atecnia generalizada por parte dos operadores do Direito em relação ao enriquecimento sem causa. Ainda assim, partindo do pressuposto de que o pleito se amparou no art. 210, II, da LPI, o que buscava a autora era a restituição do enriquecimento por intervenção da rede cearense, ainda que tenha embaralhado conceitos: “[...] pagamento de indenização às Autoras por infração de marca registrada e atos de concorrência desleal, incluindo as perdas e danos - material e moral – e os lucros cessantes, cujo quantum deverá ser apurado em liquidação de sentença, segundo, os critérios estabelecidos nos artigos 208, 209 e 210, inciso II, da Lei 9.279/96”.

⁵¹⁹ MORAES, R. D. F. D. **Enriquecimento sem causa e enriquecimento por intervenção**. São Paulo: Almedina, 2021. p. 45.

⁵²⁰ Sobre a limitação dos lucros cessantes à reparação da vítima, cf. GUEDES, G. S. D. C. **Lucros cessantes**: do bom-senso ao postulado normativo da razoabilidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 223: “[a] função dos lucros cessantes na responsabilidade civil é flagrantemente reparatória, não sendo, portanto, recomendável introduzir na aferição desta faceta do dano patrimonial critérios que sequer são afeitos à responsabilidade civil, sob pena de a reparação dos lucros cessantes se transformar numa verdadeira caixa de Pandora que, embora incite a curiosidade, é sempre preferível não tocar”.

⁵²¹ OLIVEIRA, C. E. D.; COSTA-NETO, J. **Direito civil**. 1. ed. São Paulo: Forense, 2022. p. 736.

⁵²² OLIVEIRA, C. E. D.; COSTA-NETO, J. **Direito civil**. 1. ed. São Paulo: Forense, 2022. p. 736.

⁵²³ OLIVEIRA, C. E. D.; COSTA-NETO, J. **Direito civil**. 1. ed. São Paulo: Forense, 2022. p. 736.

⁵²⁴ OLIVEIRA, C. E. D.; COSTA-NETO, J. **Direito civil**. 1. ed. São Paulo: Forense, 2022. p. 736.

⁵²⁵ OLIVEIRA, C. E. D.; COSTA-NETO, J. **Direito civil**. 1. ed. São Paulo: Forense, 2022. p. 736.

⁵²⁶ MORAES, R. D. F. D. **Enriquecimento sem causa e enriquecimento por intervenção**. São Paulo: Almedina, 2021. p. 45.

Voltando ao caso, após idas e vindas dos autos, o TJRN deu provimento ao recurso de apelação dos autores, por três votos a dois, de forma a reconhecer a violação ao *trade dress*.⁵²⁷

O que mais chama atenção nos debates do TJRN é a perspectiva com a qual o julgamento foi conduzido: apesar de o pedido inicial ser pela restituição dos ganhos auferidos pelo interventor, com base no art. 210, II, da LPI, a discussão teve como cerne a existência, ou não, de dano à rede Potiguar no caso concreto. Mesmo os desembargadores que reconheceram a violação ao *trade dress* pareceram ignorar a existência do art. 210, II, da LPI, o qual trata da restituição de ganhos.

O relator consignou que: (i) o réu, deliberadamente, agiu de modo a se valer do modelo de negócios e da boa reputação da autora, mesmo que diante da ausência de qualquer vínculo contratual entre as partes que lhe autorizasse a fazê-lo; (ii) as eventuais impressões negativas do restaurante réu atingiriam os autores, o que escancarava a concorrência desleal; e (iii) havia a necessidade de reparação dos danos, os quais sequer demandariam efetiva comprovação, sendo, portanto, presumidos em atenção à jurisprudência do STJ.

No dispositivo, foram determinadas: (i) a cessação de práticas de ato de concorrência desleal, com a abstenção de utilização de qualquer marca, configuração ou estruturação similar à aparência dos estabelecimentos das autoras, ou mesmo da comercialização ou da realização de atividades que pudessem induzir o público à ideia de que a ré mantinha relação com a rede autora; (ii) a entrega de materiais da ré que remetesse o público à imagem da autora para imediata destituição; e (iii) a condenação a título de danos materiais a ser fixada em liquidação de sentença, em atenção ao art. 209 da LPI, e de danos morais, no valor de R\$ 50.000,00.

A desembargadora JUDITE NUNES, que acompanhou o relator, construiu seu voto sobre a premissa de que a ausência de proximidade geográfica entre as redes não teria o condão de impedir o sofrimento de danos por parte da rede autora. Na conclusão de seu voto, destacou o direito à indenização por perdas e danos, de modo que considerou os danos patrimoniais como presumidamente sofridos: “resta indubitável o dever de indenizar da recorrida, consoante apregoa o artigo 209 da Lei n. 9.279/1996, que garante ao prejudicado o direito de haver perdas e danos decorrentes de prejuízos causados por atos dessa natureza”.

⁵²⁷ O caso está pendente de apreciação do agravo em recurso especial da rede cearense, ao qual foi atribuído efeito suspensivo pelo relator convocado. O magistrado defendeu que a concorrência desleal demandaria, para além da exploração de atividade correlata, disputa de mercado. Assim, dado que os restaurantes estavam situados em Estados distintos, tal competição não poderia existir. O juiz ainda destacou que, desde 2009, a rede ré havia alterado nome e marca e que a tutela inibitória determinada pelo tribunal *a quo* poderia implicar a paralisação das atividades dessa – fato que preencheria o requisito da probabilidade do Direito. Então, a rede Camarões interpôs agravo interno em 2018, que se encontra desde então concluso para decisão com o ministro Raul Araújo, relator do feito.

O desembargador VIRGÍLIO MACÊDO, que também acompanhou o relator, afirmou que, diante da violação ao *trade dress* seria devida “penalização do contrafator por ato ilícito”. Quanto ao arbitramento do *quantum*, o Desembargador VIRGÍLIO MACÊDO seguiu o relator, no sentido de que o dano deveria ser apurado em fase de liquidação. Dentre os elementos que deveriam instruir a apuração do valor devido, o desembargador VIRGÍLIO MACÊDO apresentou dois quesitos: o valor gasto pela rede Potiguar para construir seu *trade dress* e “eventual desvio de clientela ou redução de ganhos (lucros cessantes)” diante da prática de concorrência desleal.

Destaca-se no acórdão o voto divergente do desembargador IBANEZ MONTEIRO. De acordo com o desembargador, ainda que presente a violação ao *trade dress*, não poderia haver dano aos autores. Isso porque não havia disputa direta de mercado entre as empresas, na medida em que os restaurantes da autora estavam em Natal, e o restaurante da ré mais próximo a Natal estava situado em Fortaleza.

Também ao divergir do relator, o desembargador CORNÉLIO ALVES DE AZEVEDO NETO (2018) asseverou que a rede ré obteve franca expansão e consolidação no mercado nacional, enquanto a rede autora se manteve sólida em nível local e regional. Desse fato, concluiu o magistrado que não houve impulsionamento do Coco Bambu a partir da rede Camarões.

JOÃO COSTA-NETO e CARLOS E. ELIAS DE OLIVEIRA mencionam o caso como exemplo de falta de compreensão sobre o enriquecimento por intervenção e a insistência de tratá-lo sob as lentes da responsabilidade civil:

Os votos já proferidos no caso demonstram confusões quanto à diferença entre dano e responsabilidade civil, de um lado, e pretensão restitutória e lucro por intervenção, de outro. Rejeitar o direito restitutivo nesse caso contrariaria os preceitos mais básicos de enriquecimento sem causa. Trata-se de resultado juridicamente indesejável, que, a nosso ver, jamais seria admitido em países como Portugal ou Alemanha. Também não deveria ser admitido no Brasil, inclusive à luz da nossa herança romanística.⁵²⁸

Por outra perspectiva, PAULO BURNIER DA SILVEIRA destaca o caso como paradigma nacional da proteção ao conjunto-imagem no Brasil, isto é, ao *trade dress*.⁵²⁹ O autor faz ponderações no sentido de que o STJ, ao decidir em favor de uma ou da outra parte, provavelmente criará certa ordem de problemas.⁵³⁰ É que enquanto a proteção ao *trade dress* poderá implicar restrição à concorrência, ao mesmo tempo protegerá o consumidor de associações indevidas entre concorrentes:

⁵²⁸ OLIVEIRA, C. E. D.; COSTA-NETO, J. **Direito civil**. 1. ed. São Paulo: Forense, 2022. p. 737.

⁵²⁹ SILVEIRA, P. B. D. **Direito da concorrência**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 132.

⁵³⁰ SILVEIRA, P. B. D. **Direito da concorrência**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 132.

O caso Camarões v. Coco Bambu é de grande relevância para o tema da concorrência desleal, em especial por ilustrar a proteção do *trade dress* no direito brasileiro. A divergência de posicionamento entre a primeira instância e a maioria do Tribunal permite o exame de vários argumentos contra e a favor da proteção do *trade dress*, incluindo preocupações concorrenciais. É que a extensão de direitos de exclusividade sobre elementos não expressamente registrados no INPI e, por consequência, não delimitados de forma precisa pode restringir sobremaneira a capacidade de concorrentes atuarem no mercado. Isso pode gerar impactos concorrenciais negativos, em prejuízo aos consumidores.⁵³¹

Ademais, a possibilidade de um agente imitar características distintivas de um concorrente pode diminuir incentivos ao investimento em qualidade e reputação comercial, gerando ineficiências no mercado.⁵³² Por esse motivo, o estudo da concorrência desleal e, em especial, da proteção do *trade dress* assume grande relevo não só no campo da propriedade industrial, mas também na área do direito concorrencial.⁵³³

O que se depreende do caso, portanto, é a absoluta desconsideração, por parte do TJRN, de que o art. 210, II, da LPI tem por referência os ganhos auferidos pelo interventor, e não os danos sofridos pela vítima. O acórdão, portanto, subverteu completamente o conteúdo do enriquecimento por intervenção ao julgar o caso, cujo pedido foi fundado no art. 210, II, da LPI, sob a percepção da responsabilidade civil.

3.2 A RACIONALIZAÇÃO DO PROBLEMA POR PARTE DA DOCTRINA: O EQUÍVOCO DA ALOCAÇÃO DO ENRIQUECIMENTO POR INTERVENÇÃO COMO PRODUTO DE UM ATO ILÍCITO

Diante da tendência do Poder Judiciário de tentar sistematizar as situações de intervenção como parte da responsabilidade civil, isto é, de tentar justificar referidas situações sob a perspectiva de ato ilícito e de danos, coube à doutrina o papel de demonstrar o equívoco que estava a ser perpetrado.

E o equívoco, há de se destacar, não é de fácil compreensão ou resolução. Isso porque as situações de intervenção se situam numa zona cinzenta entre a responsabilidade civil e o enriquecimento sem causa. Partindo do pressuposto de que muitas situações de intervenção ocorrem mediante a prática de ato ilícito, é mais do que natural que referidos eventos sejam analisados sob a perspectiva da responsabilidade civil. Por outro lado, das situações de

⁵³¹ SILVEIRA, P. B. D. **Direito da concorrência**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 132.

⁵³² SILVEIRA, P. B. D. **Direito da concorrência**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 132.

⁵³³ SILVEIRA, P. B. D. **Direito da concorrência**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 132.

intervenção, não raro, o interventor auferir ganhos patrimoniais, os quais, muitas vezes, excedem os danos sofridos pela vítima. Em algumas situações sequer ocorre dano.

Destarte, a grande dificuldade de enquadrar sistematicamente as situações de intervenção reside na circunstância de que elas são capazes de, simultaneamente, gerar danos à vítima e ganhos ao interventor. Só que, por outro lado, não há fonte de obrigação aplicável,⁵³⁴ no ordenamento jurídico brasileiro, que descreva simultaneamente ambos os acontecimentos ou que tenha compatibilidade com pretensões, ao mesmo tempo, restitutória e indenizatória.

Afinal, a pretensão relacionada à fonte de obrigações ato ilícito é a indenizatória; já a do enriquecimento sem causa, é a restitutória.⁵³⁵ Isso, é certo, não acontece apenas no Brasil. O Direito Comparado demonstra que vários dos países que racionalizaram o problema da intervenção passaram pelo mesmo dilema.⁵³⁶

De acordo com FRANCESCO GIGLIO, essa dificuldade decorre duma semelhança entre as pretensões indenizatórias e restitutórias, relacionadas, respectivamente, às fontes de obrigações dos atos ilícitos e do enriquecimento sem causa: o fato de que ambas têm o objetivo de “restaurar um equilíbrio preexistente”.⁵³⁷ A diferença, contudo, está no referencial: enquanto na indenização a vítima deve voltar ao *status quo ante*, na restituição é o interventor que há de fazê-lo.⁵³⁸

Quanto a esse contexto, SÉRGIO SAVI defende que nos casos em que o dano sofrido pela vítima é igual ou maior que o enriquecimento auferido pelo interventor, a responsabilidade civil é capaz de dar respostas adequadas. É que, nessas situações, o interventor terá o dever de indenizar a vítima pelos danos sofridos, de forma que o problema será, por esse caminho, solucionado.⁵³⁹

⁵³⁴ Com efeito, os atos de vontade são compatíveis com o estabelecimento de pretensões tanto restitutórias quanto compensatórias. Mas como, no caso, não há acordo entre as partes, essa fonte de obrigações não tem aplicabilidade ao caso concreto.

⁵³⁵ OLIVEIRA, C. E. D.; COSTA-NETO, J. **Direito civil**. 1. ed. São Paulo: Forense, 2022. p. 714.

⁵³⁶ HONDIUS, E.; JANSSEN, A. Original questionnaire: disgorgement of profits. *In*: HONDIUS, E.; JANSSEN, A. **Disgorgement of profits: gain-based remedies throughout the world**. 1. ed. London: Springer, 2015. p. 3-12.

⁵³⁷ GIGLIO, F. **The foundations of restitution for wrongs**. Portland: Hart Publishing, 2007. p. 34: “[c]ompensation and restitution realise different results, but the mechanism in operation is the same for both responses: after compensation, the victim should be in a position of indifference between the pre-wrong and the post-compensation situation. After restitution, the wrongdoer should be in a position of indifference as regards his pre-wrong and post-restitution situation”.

⁵³⁸ GIGLIO, F. **The foundations of restitution for wrongs**. Portland: Hart Publishing, 2007. p. 34.

⁵³⁹ SAVI, S. **Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa: o lucro da intervenção**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 16. “[c]omo o ofensor é, em regra, obrigado a indenizar integralmente os danos causados à vítima e estes são superiores ao lucro obtido, toda a vantagem incorporada a seu patrimônio transfere-se para a vítima com o pagamento da indenização. Nessa hipótese, as regras da responsabilidade civil mostram-se eficazes enquanto sanção pelo descumprimento da obrigação genérica de não causar danos a outrem. A vítima restará satisfeita com o recebimento do valor da indenização e, conseqüentemente, o lucro da intervenção não será um óbice para a

Mas nem todos os casos são tão simples. Em dadas circunstâncias, o enriquecimento do interventor é maior do que o dano sofrido pela vítima, contexto que abarca também as oportunidades em que a vítima não sofre dano algum. Sobre isso, PEREIRA COELHO afirmou: “então já a questão se torna obscura e difícil”.⁵⁴⁰

SÉRGIO SAVI, autor da primeira monografia brasileira sobre o enriquecimento por intervenção, sustentou a existência de uma possível lacuna no Direito brasileiro relativa às circunstâncias de intervenção. E, de acordo com o autor, essa lacuna legitimou a manutenção de ganhos nos patrimônios de interventores que, quando muito, precisavam pagar às vítimas o valor que inicialmente deveria ter sido adimplido para que o direito objeto da intervenção pudesse ser explorado:

Sem instrumentos jurídicos apropriados para lidar com o lucro da intervenção, não haverá sanção eficaz para impedir a prática de tais atos violadores dos direitos da personalidade. Em uma sociedade que tem como princípio fundamental a dignidade da pessoa humana, colmatar tal “lacuna” parece ser uma missão urgente. Em última análise, sem a devida proteção, tais institutos passariam a ser gradativamente ignorados, causando um “prejuízo institucional”.⁵⁴¹

De acordo com SÉRGIO SAVI, para que a responsabilidade civil pudesse atender às situações de intervenção nas quais os lucros obtidos superam as perdas geradas, seria necessário o alargamento da concepção de lucros cessantes.⁵⁴²

Ou, por outro lado, haveria de se aceitar a utilização da indenização punitiva do Direito brasileiro.⁵⁴³ Nesse sentido, SÉRGIO SAVI defende que apenas nos casos de violação à

solução justa do caso concreto”. O problema parece ser mais amplo. Com efeito, a responsabilidade civil parece oferecer resposta para essas situações. Porém, e conforme já se viu, há concorrência de fontes de obrigação nesses casos: tanto o ato ilícito quanto o enriquecimento sem causa. Assim, é possível que a vítima prefira a restituição dos ganhos em vez da reparação dos danos. Um fator que justificaria essa opção é a desnecessidade da culpa no âmbito do enriquecimento sem causa. Logo, mesmo que a responsabilidade civil consiga oferecer respostas para algumas situações de intervenção, notadamente naquelas em que os danos superam ou igualam os ganhos auferidos pelo interventor, ela não é capaz de oferecer todas as respostas que o enriquecimento sem causa é capaz de dar.

⁵⁴⁰ Aqui há de se fazer uma ressalva. A dificuldade de enquadramento das situações de intervenção no corpo da responsabilidade civil, na visão de PEREIRA COELHO, são as mesmas das já descritas: a limitação do dano. Por outro lado, o problema suscitado em relação ao enriquecimento sem causa diz respeito à aplicação da teoria do duplo limite, a qual hoje, ao menos no Direito brasileiro, já se encontra superada. De acordo com a teoria, diante de situações de intervenção que gerassem, ao mesmo tempo, danos à vítima e ganhos ao interventor, o referencial da condenação seria o menor valor entre os dois referenciais. Cf.: PEREIRA COELHO, Francisco Manuel. **O enriquecimento e o dano**. Coimbra: Almedina, 1999. p. 11-12.

⁵⁴¹ SAVI, S. **Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa**: o lucro da intervenção. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 19. O autor, embora repudie a intervenção em qualquer circunstância, demonstra especial preocupação em relação aos direitos da personalidade.

⁵⁴² SAVI, S. **Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa**: o lucro da intervenção. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 20-21.

⁵⁴³ SAVI, S. **Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa**: o lucro da intervenção. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 20-21.

propriedade industrial há previsão normativa que autorize o cálculo da indenização com base nos lucros do ofensor.⁵⁴⁴ Assim, ele argumenta, somente diante de alteração legislativa poderia haver a aplicação dessa ideia para outros tipos de objeto.⁵⁴⁵

Neste ponto, cabe uma ressalva: na perspectiva deste trabalho, a menção ao cálculo de lucros cessantes com fundamento nos eventuais ganhos auferidos pelo interventor representa equívoco conceitual por parte do legislador. É que os lucros cessantes representam “a perda de um lucro esperado”, isto é, a presunção de que, se a vida seguisse seu curso normal, sem a ocorrência do dano, a vítima iria obter certo ganho.⁵⁴⁶ Ademais, os lucros cessantes exigem prova da frustração da expectativa da vítima de ganhar algo, de forma que não podem ser concedidos caso amparados em fundamentos meramente hipotéticos.⁵⁴⁷

Assim, a proposta de eventual alteração legislativa que, assim como faz o art. 210, II e III, da LPI, busque alargar o escopo da responsabilidade civil representará incontornável equívoco conceitual,⁵⁴⁸ na direção contrária à racionalidade desse ramo do Direito. É que, já se disse, a fonte de obrigação ato ilícito não é capaz de implicar pretensão de natureza restitutória, dado seu compromisso inafastável com o elemento dano:

O propósito da responsabilidade civil consiste, portanto, no retorno ao estado patrimonial anterior ao dano somente no que diz respeito somente à vítima. Esse não é apenas o modelo legislativo atualmente adotado em praticamente todos os países que acolhem a tradição jurídica adotada em praticamente todos os países que acolheram a tradição jurídica romano-germânica, como é resultado de longa tradição da responsabilidade civil.⁵⁴⁹

Com efeito, na Itália se adotou essa compreensão estendida sobre o conceito de lucros cessantes, de forma a abarcar não apenas os prejuízos sobre o que a vítima tinha concreta expectativa de ganhar, mas também quaisquer ganhos derivados da exploração dos seus direitos.⁵⁵⁰ Mas há uma justificativa: lá, a cláusula geral de vedação ao enriquecimento limita a restituição do enriquecimento do interventor ao dano sofrido pela vítima. Portanto, em uma

⁵⁴⁴ SAVI, S. **Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa**: o lucro da intervenção. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 21.

⁵⁴⁵ SAVI, S. **Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa**: o lucro da intervenção. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 21.

⁵⁴⁶ OLIVEIRA, C. E. D.; COSTA-NETO, J. **Direito civil**. 1. ed. São Paulo: Forense, 2022. p. 872.

⁵⁴⁷ OLIVEIRA, C. E. D.; COSTA-NETO, J. **Direito civil**. 1. ed. São Paulo: Forense, 2022. p. 872.

⁵⁴⁸ RENATO MORAES também corrobora essa premissa: “[e]ventuais normas que definam lucros cessantes a partir dos “benefícios que foram auferidos pelo autor da violação ao direito, como se verifica no art. 210 da Lei n. 9.279/1996, refletem técnica legislativa equivocada, embora confirmam fundamento para as decisões judiciais que as utilizem”. Cf.: MORAES, R. D. F. D. **Enriquecimento sem causa e enriquecimento por intervenção**. São Paulo: Almedina, 2021. p. 54.

⁵⁴⁹ MORAES, R. D. F. D. **Enriquecimento sem causa e enriquecimento por intervenção**. São Paulo: Almedina, 2021. p. 52.

⁵⁵⁰ GIGLIO, F. **The foundations of restitution for wrongs**. Portland: Hart Publishing, 2007. p. 49.

situação na qual se constatasse a ocorrência *dano zero* não seria possível qualquer pretensão de restituição dos ganhos.⁵⁵¹

Conforme pondera MENZES LEITÃO, “[...] a responsabilidade civil visa remover os danos, só reprimindo o enriquecimento de uma forma indireta e eventual. Pelo contrário, o enriquecimento sem causa visa reprimir o enriquecimento, só removendo o dano de uma forma indireta e eventual”.⁵⁵²

RENATO MORAES ainda aponta outra razão pela qual há incompatibilidade entre situações de intervenção e a responsabilidade civil: a presença da culpa.⁵⁵³ É que enquanto o sistema de responsabilidade civil extracontratual possui como elemento norteador o aspecto subjetivo do agente causador do dano, isso não ocorre no enriquecimento sem causa. É certo que a vontade do interventor influenciará a apuração do *quantum* devido, contudo é perfeitamente possível a condenação do interventor de boa-fé a restituir.⁵⁵⁴ No âmbito da responsabilidade civil extracontratual, apenas em um pequeno universo ela incide de forma objetiva, isto é, independentemente da culpa.

Portanto, partindo da premissa de que a responsabilidade civil tem como pressupostos a culpa, o dano e o nexos de causalidade entre a conduta do agente e o dano,⁵⁵⁵ ao menos dois elementos essenciais à sua conformação teriam de ser ignorados para fins de adequação das situações de intervenção: o dano e a culpa.

É sabido que, desde a vigência da Constituição de 1988, os elementos da responsabilidade civil têm sido relativizados pelos tribunais brasileiros.⁵⁵⁶ ANDERSON SCHREIBER denunciou a “*erosão dos filtros da reparação*”, que acontece por três frentes: o

⁵⁵¹ Art. 2041, CC italiano. Também RENATO MORAES defende essa posição. De acordo com o autor, “a doutrina e a jurisprudência italianas passaram a recorrer a institutos típicos da responsabilidade aquiliana – tais como os lucros cessantes, ou danos morais –, e a aumentar excessivamente o âmbito de incidência desses conceitos para lhes conferir – ainda que por vias obliquas – funções desempenhadas pelo enriquecimento sem causa”. MORAES, R. D. F. D. **Enriquecimento sem causa e enriquecimento por intervenção**. São Paulo: Almedina, 2021.

⁵⁵² LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. **O enriquecimento sem causa no direito civil**: estudo dogmático sobre a viabilidade da configuração unitária do instituto, face à contraposição entre as diferentes categorias de enriquecimento sem causa. Lisboa: Centro de Estudos Fiscais, 1996. p. 701.

⁵⁵³ MORAES, R. D. F. D. **Enriquecimento sem causa e enriquecimento por intervenção**. São Paulo: Almedina, 2021. p. 53.

⁵⁵⁴ MORAES, R. D. F. D. **Enriquecimento sem causa e enriquecimento por intervenção**. São Paulo: Almedina, 2021. p. 53.

⁵⁵⁵ SCHREIBER, A. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 1-9.

⁵⁵⁶ SCHREIBER, A. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 1-9.

ocaso da culpa,⁵⁵⁷ a flexibilização do nexo causal⁵⁵⁸ e a “universal ampliação da ressarcibilidade”.⁵⁵⁹

O enquadramento sistemático das situações de intervenção vai além da crítica de ANDERSON SCHREIBER. É que, nesse caso, não se está a ampliar o conceito de interesse juridicamente tutelável de forma a proteger interesse sem que haja sua devida comprovação. Diversamente, está-se simplesmente a renunciar ao requisito. Igualmente, nos casos em que o interventor age com boa-fé e fora de situação de risco, estar-se-ia a adotar regime de responsabilidade civil objetiva não prevista em lei.

CLÁUDIO MICHELON JR. também repudia a tentativa de adequação das pretensões restitutórias, dentre as quais, as derivadas de situações de intervenção, no âmbito da responsabilidade civil,⁵⁶⁰ ainda que reconheça que a proposta é reiterada por muitos pesquisadores do tema. De acordo com o autor:

“[...] o direito que deriva da incidência das regras sobre responsabilidade civil é um direito ao valor, ou à reposição em espécie, da totalidade do dano (princípio que se encontra hoje consagrado no art. 944 do Código Civil); o direito à restituição, por outro lado, e em que pesem as controvérsias, é quantificado a partir de outros parâmetros”.

Igualmente, assim como faz SÉRGIO SAVI, rejeita-se a ideia de legitimação de pretensões de natureza punitiva, ponto que será esmiuçado no próximo capítulo.

⁵⁵⁷ SCHREIBER, A. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 5: “[a] culpa, cuja prova antes configurava etapa difícilíssima a ser superada pelo autor da demanda, hoje vem, em um sem-número de hipóteses, descartada. Mesmo fora do crescente âmbito de aplicação da responsabilidade objetiva – incrementado no Brasil pela cláusula geral do art. 927, parágrafo único, do Código Civil, e, por toda parte, ampliado para além da própria noção de risco –, a culpa conserva um papel cada vez mais coadjuvante, sendo presumida ou aferida de modo facilitado, muito ao contrário do que ocorria um par de séculos atrás, quando se apresentava como a grande estrela da responsabilidade civil”.

⁵⁵⁸ SCHREIBER, A. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 5: “[o]s magistrados têm se recusado a atribuir ao nexo causal o mesmo tratamento rigoroso que reservaram, um dia, à culpa, preferindo oscilar entre concepções diversas da relação causal, ao sabor do que lhes parece mais adequado a cada caso concreto. [...] Tudo isso compõe um cenário de fluidez na aferição do nexo causal, a que se vem denominando causalidade flexível”.

⁵⁵⁹ SCHREIBER, A. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 5: “[o]s tribunais, todavia, valendo-se de construções erguidas sobre pilares patrimoniais, aferem o dano apenas em abstrato, contentando-se com a identificação de uma norma a que se possa remeter, ainda que genericamente, a tutela do interesse lesado. E, na impossibilidade de prova matemática do dano moral, concluem, sem ulterior reflexão, que “não é preciso que se demonstre a existência do dano extrapatrimonial. Acha-se ele in re ipsa, ou seja, decorre dos próprios fatos que deram origem à propositura da ação”.

⁵⁶⁰ MICHELON JR., C. Direito restitutivo: enriquecimento sem causa, pagamento indevido, gestão de negócios. In: REALE, M.; MARTINS-COSTA, J. **Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (Coleção Biblioteca de Direito Civil). p. 34.

3.3. CRÍTICA À PROPOSTA DE ADEQUAÇÃO DAS SITUAÇÕES DE INTERVENÇÃO AO MODELO INGLÊS DE *RESTITUTION FOR WRONGS*

Com efeito, a doutrina especializada majoritária e o STJ reconhecem o enriquecimento sem causa como fonte de obrigações capaz de implicar a pretensão de restituição do enriquecimento por intervenção.

Todavia, nos últimos anos alguns autores têm se posicionado em sentido contrário. Essa corrente procura justificar as situações de intervenção na responsabilidade civil. Isso seria feito a partir dos fundamentos que regem o mencionado modelo inglês de *restitution for wrongs*.⁵⁶¹

O principal expoente dessa corrente, a qual é reputada por este trabalho como incompatível com o Direito brasileiro, é NELSON ROSENVALD, cuja tese pode ser sintetizada em dois aspectos centrais.

O primeiro seria o de que o modelo de restituição das situações de intervenção fundado no enriquecimento sem causa, fruto do Direito alemão, limitaria a restituição ao pagamento ao enriquecimento real, isto é, ao pagamento à vítima do valor de mercado do direito indevidamente explorado.⁵⁶² Em outras palavras: o limite da pretensão restitutória corresponderia ao preço do contrato que seria firmado com o titular para a exploração do direito.

O segundo aspecto central da tese de NELSON ROSENVALD, por sua vez, é o de que a responsabilidade civil poderia “transcende[r] a epiderme do dano”.⁵⁶³ E isso seria feito com base na ideia de *restitution for wrongs* inglesa.⁵⁶⁴ ROSENVALD propõe a superação do paradigma da reparação na responsabilidade civil, de modo que ela seja utilizada de forma multifuncional, no que estariam abarcadas pretensões restitutórias e punitivas:

O grave problema da responsabilidade civil brasileira consiste na miopia de preservar o paradigma puramente compensatório, em detrimento de um modelo plural e aberto que possa albergar a civilizada convivência de remédios reparatórios, restitutórios e punitivos, cada qual dentro de seus pressupostos objetivos. O esquema monolítico de reparação de danos é exclusivamente focado na fictícia restituição da vítima ao estado anterior à lesão, quando na verdade, o direito pode ir além de simplesmente resgatar o passado pela “camisa de força compensatória”, transcendendo a epiderme do dano, para alcançar o ilícito em si, seja para previni-lo, remover os ganhos

⁵⁶¹ ROSENVALD, Nelson. **A responsabilidade civil pelo ilícito lucrativo: o *disgorgement* e a indenização restitutória**. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

⁵⁶² ROSENVALD, Nelson. **A responsabilidade civil pelo ilícito lucrativo: o *disgorgement* e a indenização restitutória**. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 531.

⁵⁶³ ROSENVALD, Nelson. **A responsabilidade civil pelo ilícito lucrativo: o *disgorgement* e a indenização restitutória**. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 26.

⁵⁶⁴ ROSENVALD, Nelson. **A responsabilidade civil pelo ilícito lucrativo: o *disgorgement* e a indenização restitutória**. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 167.

indevidamente dele derivados ou, em situações excepcionais, punir comportamentos exemplarmente negativos.⁵⁶⁵

Para demonstrar as razões pelas quais este estudo diverge da posição de ROSENVALD, serão trabalhados tanto o desenvolvimento do modelo de enriquecimento sem causa por intervenção alemão quanto o modelo de *restitution for wrongs* inglês.

3.3.1 O modelo de *restitution for wrongs*

Segundo ANDREW BURROWS, o Direito Restitutivo inglês é dividido em dois ramos: o do enriquecimento injusto e o da restituição por ilícitos.⁵⁶⁶ O primeiro é marcado pela conformação do enriquecimento a um fator injusto específico, o qual autoriza a restituição. O segundo, por outro lado, tem como característica o cometimento de um ilícito por parte do interventor e a consequente necessidade de restituição desses ganhos à vítima. Para ambos os casos, porém, aplica-se o princípio segundo o qual ninguém pode enriquecer à custa de outrem.⁵⁶⁷

Sobre a distinção, THOMAS KREBS afirma que há duas formas de explicar a razão pela qual alguém deveria abrir mão de ganhos à custa de outras pessoas no direito inglês: “uma pauta a restituição no enriquecimento injusto, a outra num ilícito praticado pelo réu contra o autor”.⁵⁶⁸

ZIMMERMANN e JOHNSTON, ao compararem os sistemas alemão e inglês, explicitam a distinção entre o enriquecimento injusto e a restituição por ato ilícito inaugurada por PETER BIRKS e incorporada na Inglaterra:

He makes a fundamental distinction between enrichment by wrongs (where the defendant has enriched himself by committing a wrong against the claimant) and enrichment ‘by subtraction’, where the claimant has lost what the defendant has gained. Within the area of enrichment by subtraction, what the claimant must first show is that the defendant’s enrichment is at his expense. Next he must establish that the enrichment occurred in circumstances rendering it ‘unjust’.⁵⁶⁹

⁵⁶⁵ ROSENVALD, Nelson. **A responsabilidade civil pelo ilícito lucrativo: o disgorgement e a indenização restitutória**. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 25-26.

⁵⁶⁶ BURROWS, A. **The law of restitution**. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 9.

⁵⁶⁷ BURROWS, A. **The law of restitution**. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 621.

⁵⁶⁸ Tradução nossa. No original: “[o]ne bases restitution on unjust enrichment, the other on a wrong committed by the defendant ‘against’ the claimant. KREBS, T. The fallacy of ‘restitution for wrongs’. In: BURROWS, A.; RODGER, A. **Mapping the law: essays in memory of Peter Birks**. Oxford: Oxford University Press, 2006. p. 379-399. p. 388.

⁵⁶⁹ JOHNSTON, D.; ZIMMERMANN, R. Unjustified enrichment: surveying the landscape. In: JOHNSTON, D.; ZIMMERMANN, R. **Unjustified enrichment: key issues in comparative**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. p. 37-75. p. 4-5.

WATTERSON também sintetiza a diferença de compreensão entre *o restitution for wrongs* e *o unjust enrichment*:

[...] there is a general consensus today that gain-based remedies for civil wrongdoing are not part of the ‘law of unjust enrichment’: so-called ‘restitution for wrongs’ must be distinguished from ‘restitution for unjust enrichment’. In the former case, the cause of action is the wrong; whether, in what circumstances, and in what measure the wrong yields a gain-based remedy is a matter for the law of wrongs. In the latter case, the cause of action that triggers the restitutionary remedy is the defendant’s unjust enrichment at the claimant’s expense. Reflecting this division, leading works on the English law of unjust enrichment now exclude ‘restitution for wrongs’ from their ambit.⁵⁷⁰

A questão central do modelo de *restitution for wrongs*, de acordo com ANDREW BURROWS, “[...] não é se há uma fonte de obrigações, mas a questão puramente remedial⁵⁷¹ se, no lugar de uma pretensão compensatória, o autor tem direito à restituição por esse ilícito para retirar a íntegra ou parte dos ganhos auferidos pelo interventor”.⁵⁷²

Paralelamente, PETER BIRKS defende que a pretensão restitutória é multicausal.⁵⁷³ Isso significa que, no Direito inglês, pretensões restitutórias não estão fundadas apenas nos eventos de enriquecimento injusto. Diversamente, podem ter como fundamento contratos e até mesmo atos ilícitos.⁵⁷⁴

É esse, pois, o modelo jurídico que NELSON ROSENVALD sugere. O autor defende a ruptura de uma suposta visão míope da responsabilidade civil que apenas enxerga o dano e, portanto, pretensões de natureza indenizatórias. De acordo com NELSON ROSENVALD, “os multicausalistas estão, sem dúvidas, certos”.⁵⁷⁵ Em seguida, ele propõe “uma série baseada em eventos na qual o direito de restituição surgirá de uma manifestação do consentimento do

⁵⁷⁰ WATTERSON, S. M. A. Gain-based remedies for civil wrongs in England and Wales. *In*: HONDIUS, E.; JANSSEN, A. **Disgorgement of profits**: gain-based remedies throughout the world. 1. ed. London: Springer, 2015. p. 29-70. p. 30.

⁵⁷¹ Sobre a questão puramente remedial, Lord ANDREW BURROWS explica o seguinte: [p]ut another way, the enrichment of the defendant does not go to establish an element of the causa of action. Rather, it is simply of relevance to a possible remedy that the claimant may be entitled to for the cause of action constituted by a wrong”. BURROWS, A. **The law of restitution**. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 621.

⁵⁷² Tradução nossa. No original: “[...] is not whether there is a causa of action but rather the purely remedial question of whether, instead of claiming compensation for the civil wrong, the claimant is entitled to restitution for that civil wrong to strip away all, or some, of the wrongdoer’s wrongful profits”. Cf.: BURROWS, A. **The law of restitution**. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 621.

⁵⁷³ BIRKS, P. **Unjust enrichment**. 2. ed. Oxford University Press, 2005. p. 25.

⁵⁷⁴ BIRKS, P. **Unjust enrichment**. 2. ed. Oxford University Press, 2005. p. 25.

⁵⁷⁵ ROSENVALD, Nelson. **A responsabilidade civil pelo ilícito lucrativo: o disgorgement e a indenização restitutória**. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 59.

outorgante, de um ato ilícito, de um enriquecimento sem causa ou, residualmente, de algum outro evento”.⁵⁷⁶

A derivação explícita de pretensões restitutórias de atos ilícitos é, certamente, no mínimo estranha aos países de tradição do *Civil Law*.⁵⁷⁷ E isso se deve à ideia de que as pretensões derivadas de atos ilícitos encontram como limitação à sua mensuração o dano sofrido pela vítima. O Código Civil consagra essa ideia em seu art. 944: “[a] indenização mede-se pela extensão do dano”.

Dessa forma, a proposta de ROSENVALD parece, em primeiro lugar, incompatível com o Direito brasileiro. É que, como já se disse, existe vinculação legal da indenização à extensão do dano. Igualmente, nem mesmo uma alteração legislativa parece ser capaz de resolver o problema. Fazê-lo representaria caminhar na direção contrária do desenvolvimento teórico de séculos que acompanha a responsabilidade civil.⁵⁷⁸ Nas palavras de JOÃO COSTA-NETO e CARLOS ELIAS DE OLIVEIRA, qualquer proposta legislativa que consista na desvinculação entre a responsabilidade civil e o dano simbolizará profunda atecnia jurídica.⁵⁷⁹

Uma das premissas básicas do Direito Comparado é a de levar em consideração, tanto na comparação quanto na tentativa de incorporação de institutos jurídicos de diferentes sistemas, a compreensão profunda da construção de um e de outro sistema jurídico.⁵⁸⁰ E, como é cediço, o Direito brasileiro foi construído sobre a premissa de que a responsabilidade civil, ramo do direito que estuda as pretensões originadas em atos ilícitos, tem como fundamento e limite o dano sofrido pela vítima.

Não bastasse a incompatibilidade dogmática e teórica, a proposta de NELSON ROSENVALD não parece ser necessária. Isso porque, assim como acontece em outros países que seguem a tradição jurídica da *Civil Law*, o enriquecimento sem causa, fundado na cláusula geral do art. 884 do Código Civil, oferece base precisa e adequada à restituição das situações de intervenção.

Essa, pois, é a antecipação da resposta ao segundo fundamento de NELSON ROSENVALD à sua proposta de incorporação do modelo inglês. De acordo com NELSON ROSENVALD, a

⁵⁷⁶ ROSENVALD, Nelson. **A responsabilidade civil pelo ilícito lucrativo: o *disgorgement* e a indenização restitutória**. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 59.

⁵⁷⁷ Fala-se em derivação explícita porque, conforme se demonstrou, em muitas oportunidades, condenações ditas indenizatórias tiveram como referência referenciais restitutórios. Isso aconteceu na Itália, na Alemanha e no Brasil, por exemplo.

⁵⁷⁸ OLIVEIRA, C. E. D.; COSTA-NETO, J. **Direito civil**. 1. ed. São Paulo: Forense, 2022. p. 736.

⁵⁷⁹ OLIVEIRA, C. E. D.; COSTA-NETO, J. **Direito civil**. 1. ed. São Paulo: Forense, 2022. p. 736.

⁵⁸⁰ KREBS, T. **Restitution at the crossroads: a comparative study**. 1. ed. London: Cavendish Publishing Limited, 2001. p. 310.

sistematização das situações de intervenção no bojo do enriquecimento sem causa fortifica ficções jurídicas e desvirtua a própria natureza do instituto.⁵⁸¹ Ao mesmo tempo, haveria causa jurídica a justificar as situações de intervenção: o ato ilícito praticado pelo interventor.⁵⁸²

Para que se demonstre a razão pela qual não se concorda com a assertiva de NELSON ROSENVALD de que o enriquecimento sem causa é via inadequada para justificar a pretensão restitutória derivada da intervenção sobre direitos alheios, é necessário fazer remissão ao desenvolvimento do enriquecimento sem causa na Alemanha.

3.3.2 Da teoria unitária à teoria da divisão do enriquecimento sem causa: o desenvolvimento do Direito alemão

O desenvolvimento do enriquecimento sem causa na Alemanha é marcado por três teorias distintas, que foram trabalhadas entre o final do século XIX e meados do século XX. A primeira é chamada de teoria unitária e seu principal expoente é SAVIGNY.⁵⁸³ A segunda é concebida como teoria da ilicitude, em trabalho de SCHULZ.⁵⁸⁴ A terceira, por fim, é a teoria da divisão, consagrada por HECK,⁵⁸⁵ por WILBURG e por VON CAEMMERER.⁵⁸⁶

No que diz respeito à teoria unitária, sua principal contribuição foi o abandono da noção de equidade e a consolidação da ideia de ausência de causa para justificar as pretensões de restituição do enriquecimento.⁵⁸⁷ A ideia central era a de que a ocorrência de atribuições patrimoniais sem causa justificaria a utilização da ação de enriquecimento.⁵⁸⁸ Entretanto, no contexto da ideia de deslocamento patrimonial, foi estabelecido o requisito do empobrecimento da vítima, ideia que vigeu por muito tempo no Direito brasileiro, conforme demonstrado, mas que não foi acolhida pelo legislador do Código Civil de 2002. Defende-se que a opção pela não

⁵⁸¹ ROSENVALD, Nelson. **A responsabilidade civil pelo ilícito lucrativo: o *disgorgement* e a indenização restitutória**. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 59-60.

⁵⁸² ROSENVALD, Nelson. **A responsabilidade civil pelo ilícito lucrativo: o *disgorgement* e a indenização restitutória**. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 529-530.

⁵⁸³ KREBS, T. The fallacy of ‘restitution for wrongs’. In: BURROWS, A.; RODGER, A. **Mapping the law: essays in memory of Peter Birks**. Oxford: Oxford University Press, 2006. p. 379-399. p. 380-381.

⁵⁸⁴ KREBS, T. The fallacy of ‘restitution for wrongs’. In: BURROWS, A.; RODGER, A. **Mapping the law: essays in memory of Peter Birks**. Oxford: Oxford University Press, 2006. p. 379-399. p. 381-382

⁵⁸⁵ MENEZES LEITÃO, L. M. T. D. **Direito das obrigações: introdução – da constituição das obrigações**. 15. ed. Coimbra: Almedina, 2021. v. 1. p. 437.

⁵⁸⁶ ZIMMERMANN, R. **The law of obligations: roman foundations of the civilian tradition**. 1. ed. Cape Town: Juta & Co., 1992. p. 889.

⁵⁸⁷ DANNEMANN, G. **The German law of unjustified enrichment and restitution: a comparative introduction**. 1. ed. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 8.

⁵⁸⁸ DANNEMANN, G. **The German law of unjustified enrichment and restitution: a comparative introduction**. 1. ed. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 8.

necessidade do empobrecimento da vítima é fundamental para a amplitude e a utilidade das ações de enriquecimento.

Neste ponto, é interessante consignar que, conquanto o Código Civil de 2002 não exija o empobrecimento e a doutrina usualmente refute a necessidade do requisito, ainda assim é comum ver, no âmbito do STJ, acórdãos que tratem o empobrecimento da vítima como elemento do enriquecimento sem causa.

A título exemplificativo, veja-se o Agravo Interno nos Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 1.881.207/SP. No caso, foi ajuizada ação de repetição por cobrança indevida de contribuição previdenciária por parte da Companhia Energética de São Paulo (CESP). De acordo com os autores, uma vez que havia previsão contratual relativa à cobrança, o fundamento da ação não seria a cláusula geral de vedação ao enriquecimento sem causa, mas o próprio contrato. Com isso, pugnava-se pelo reconhecimento da prescrição decenal da responsabilidade contratual, e não da trienal, relativa às ações fundadas no enriquecimento sem causa. O Ministro VILLAS BÔAS CUEVA, ao negar provimento ao agravo interno, tratou dos requisitos da ação fundada no enriquecimento sem causa, dentre eles, o empobrecimento, para concluir pela ausência de conformidade entre esse gênero de ação e o caso concreto:

Assim, para a incidência da prescrição de 3 (três) anos inscrita no art. 206, § 3º, IV, do CC, a pretensão fundada no enriquecimento sem causa (arts. 884 e 886 do CC) deve possuir os seguintes requisitos: enriquecimento de alguém, empobrecimento correspondente de outrem, relação de causalidade entre ambos, ausência de causa jurídica e inexistência de ação específica. [...]Na espécie, verifica-se que o enriquecimento da entidade de previdência complementar tinha causa jurídica, consubstanciada na relação estatutária havida com os participantes/assistidos do Plano 4.819, de forma que não incide a prescrição trienal, mas a decenal.⁵⁸⁹

⁵⁸⁹ AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. PREVIDÊNCIA PRIVADA. CONTRIBUIÇÕES INDEVIDAS. RESTITUIÇÃO. FUNDAÇÃO CESP. PRESCRIÇÃO. PRAZO DECENAL. EXISTÊNCIA DE CAUSA JURÍDICA. ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. PRETENSÃO. SUBSIDIARIEDADE. JURISPRUDÊNCIA ATUAL. SÚMULA N. 168/STJ. 1. A pretensão de cessação de descontos combinada com a repetição de valores vertidos indevidamente a título de contribuição a fundo de previdência privada prescreve em 10 (dez) anos (art. 205 do Código Civil), seja porque há causa jurídica (relação obrigacional prévia em que se debate a legalidade da cobrança), seja porque a ação de repetição de indébito é específica. Precedentes. 2. Afastamento do prazo prescricional trienal inscrito no art. 206, § 3º, IV, do Código Civil, visto que a demanda não se enquadra na ação de enriquecimento sem causa ou ação in rem verso (arts. 884 e 886 do CC), de natureza subsidiária, possuidora dos seguintes requisitos: enriquecimento de alguém, empobrecimento correspondente de outrem, relação de causalidade entre ambos, ausência de causa jurídica e inexistência de ação específica. 3. É possível, com base na Súmula n. 168/STJ, inadmitir embargos de divergência quando a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça estiver no mesmo sentido do acórdão combatido. 4. Agravo interno não provido. AgInt nos EREsp n. 1.881.207/SP, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Segunda Seção, julgado em 14/6/2022, DJe de 17/6/2022.

A ideia de que o empobrecimento seria requisito para a ação de enriquecimento, contudo, foi contestada na Alemanha a partir do desenvolvimento da teoria da ilicitude.⁵⁹⁰ Em síntese, percebeu-se que não era em todo caso de enriquecimento sem causa que a vítima teria algum prejuízo.⁵⁹¹ Nesse momento é que foram identificadas as situações de intervenção, as quais seriam o melhor exemplo da desnecessidade de deslocamento patrimonial entre a vítima e o agente.⁵⁹²

A justificativa teórica para essa corrente era o caráter ilícito do enriquecimento.⁵⁹³ Logo, há uma sensível alteração de paradigma: da ausência de causa para a ilicitude. Veja-se a atualidade da teoria, especialmente no que diz respeito às hipóteses de enriquecimento sem causa por intervenção. Conforme se demonstrou, intuitivamente as pessoas são levadas a repudiar enriquecimentos nesse contexto com base na ilicitude das condutas dos interventores. O próprio NELSON ROSENVALD sustenta que há causa jurídica a justificar o enriquecimento por intervenção: a ilicitude da exploração indevida de direitos.⁵⁹⁴ O grande problema é que essa perspectiva enfraquece as fronteiras entre a responsabilidade civil e o enriquecimento sem causa.⁵⁹⁵

A terceira teoria, por fim, é concebida como teoria da divisão do instituto. Ela foi construída inicialmente por WILBURG e, posteriormente, aperfeiçoada por VON CAEMMERER. Pois bem. De acordo com essa corrente, não seria possível conceber um regime único de hipóteses de enriquecimento sem causa, tal como ocorria com as teorias unitária e da ilicitude.⁵⁹⁶

No contexto da teoria unitária, todas as hipóteses de enriquecimento sem causa poderiam ser explicadas por um deslocamento patrimonial entre a vítima e o enriquecido, o qual gerava enriquecimento para um e empobrecimento para outro.⁵⁹⁷ Por outro lado, a teoria

⁵⁹⁰ KREBS, T. The fallacy of ‘restitution for wrongs’. In: BURROWS, A.; RODGER, A. **Mapping the law**: essays in memory of Peter Birks. Oxford: Oxford University Press, 2006. p. 379-399. p. 381.

⁵⁹¹ KREBS, T. The fallacy of ‘restitution for wrongs’. In: BURROWS, A.; RODGER, A. **Mapping the law**: essays in memory of Peter Birks. Oxford: Oxford University Press, 2006. p. 379-399. p. 381.

⁵⁹² URBANO, H. E. M. C. **O enriquecimento sem causa no direito brasileiro**: da teoria unitária à teoria da divisão. Andradina: Meraki, 2021. p. 55.

⁵⁹³ KREBS, T. The fallacy of ‘restitution for wrongs’. In: BURROWS, A.; RODGER, A. **Mapping the law**: essays in memory of Peter Birks. Oxford: Oxford University Press, 2006. p. 379-399. p. 383.

⁵⁹⁴ ROSENVALD, Nelson. **A responsabilidade civil pelo ilícito lucrativo: o disgorgement e a indenização restitutória**. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 529-530.

⁵⁹⁵ URBANO, H. E. M. C. **O enriquecimento sem causa no direito brasileiro**: da teoria unitária à teoria da divisão. Andradina: Meraki, 2021. p. 55.

⁵⁹⁶ ZIMMERMANN, R. **The law of obligations**: roman foundations of the civilian tradition. 1. ed. Cape Town: Juta & Co., 1992. p. 889.

⁵⁹⁷ DANNEMANN, G. **The German law of unjustified enrichment and restitution**: a comparative introduction. 1. ed. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 8.

da ilicitude, que também não apresentava divisões do enriquecimento sem causa, propugnava que era a ilicitude do enriquecimento que desautorizava sua manutenção no patrimônio do enriquecido.⁵⁹⁸

A fundamentação da divisão do enriquecimento sem causa decorreu da literalidade do § 812 do BGB. Veja-se o primeiro trecho da cláusula geral do mencionado dispositivo:

Quem, pela prestação de um outro, ou, à custa dele, por qualquer outro modo, adquirir, sem fundamento jurídico, alguma coisa, estará obrigado, para com ele, à restituição. Esta obrigação existe ainda quando o fundamento jurídico, mais tarde, vier o faltar ou, [quando], com uma prestação, não se realize o resultado visado de acordo com o conteúdo do negócio jurídico. Como prestação, considera-se também o reconhecimento, realizado por contrato, da existência ou da inexistência de uma obrigação.⁵⁹⁹

No primeiro período do dispositivo, fala-se que deverá restituir aquele que adquiriu algo pela prestação de outra pessoa ou de qualquer outro modo. Essa seria, pois, a base da distinção entre as diferentes formas de enriquecimento: por prestação (*Leistungskondiktio*) e por não prestação.⁶⁰⁰ O grupo do enriquecimento por não prestação, a seu tempo, seria dividido em três categorias:⁶⁰¹ (i) enriquecimento sem causa por intervenção em patrimônio alheio (*Eingriffskondiktio*); (ii) enriquecimento sem causa por pagamento de dívidas alheias (*Ru'ckgriffskondiktio*); e (iii) enriquecimento sem causa por despesas realizadas em favor de outrem (*Verwendungskondiktio*).

A classificação do enriquecimento sem causa por pagamento de dívidas alheias abarcaria as situações em que terceiro não interessado ou terceiro solidário pagam dívidas alheias.⁶⁰² MENEZES LEITÃO define essa classificação da seguinte forma:

Já o enriquecimento por pagamento de dívidas alheias constitui uma hipótese em que o empobrecido libera o enriquecido de determinada dívida que este tem para com um terceiro sem visar realizar-lhe uma prestação, nem estar abrangido por qualquer uma das hipóteses em que a lei lhe permite obter uma compensação por esse pagamento.⁶⁰³

⁵⁹⁸ KREBS, T. The fallacy of 'restitution for wrongs'. In: BURROWS, A.; RODGER, A. **Mapping the law**: essays in memory of Peter Birks. Oxford: Oxford University Press, 2006. p. 379-399. p. 383.

⁵⁹⁹ DINIZ, S. **Código civil alemão**. Traduzido diretamente do alemão. Rio de Janeiro: Récord, 1960. p. 136.

⁶⁰⁰ ZIMMERMANN, R. **The law of obligations**: roman foundations of the civilian tradition. 1. ed. Cape Town: Juta & Co., 1992. p. 889

⁶⁰¹ ZIMMERMANN, R. **The law of obligations**: roman foundations of the civilian tradition. 1. ed. Cape Town: Juta & Co., 1992. p. 890

⁶⁰² URBANO, H. E. M. C. **O enriquecimento sem causa no direito brasileiro**: da teoria unitária à teoria da divisão. Andradina: Meraki, 2021. p. 255-256.

⁶⁰³ MENEZES LEITÃO, L. M. T. D. **Direito das obrigações**: introdução – da constituição das obrigações. 15. ed. Coimbra: Almedina, 2021. v. 1. p. 442.

O autor português destaca que a hipótese é negada por parte da doutrina, que compartilha do entendimento de que, “[...] se o terceiro sabe que não é obrigado ao cumprimento e não tem interesse em cumprir, não lhe assiste, tanto em relação ao credor como em relação ao devedor, qualquer direito”.⁶⁰⁴

Já a classificação do enriquecimento sem causa por despesas em favor de outrem teria como exemplo clássico o indivíduo que melhora coisa, acreditando ser sua, e posteriormente descobre que era de outrem.⁶⁰⁵ MENEZES LEITÃO afirma que a hipótese abrangeria as situações em que alguém paga para melhorar coisa que está em sua posse ou não, mas que acredita ser sua e não é; e os casos em que alguém, mesmo ciente de que a coisa é alheia, empreende melhoramento sem saber que está a utilizar coisa sua.⁶⁰⁶ Conforme MENEZES LEITÃO bem esclarece, a classificação, assim como a relativa ao pagamento por dívidas alheias, aproxima-se sobremaneira do enriquecimento por prestação.⁶⁰⁷

Para os fins deste trabalho, o que importa é a classificação do enriquecimento sem causa por intervenção, a qual é a principal categoria de enriquecimento sem causa por não prestação. No âmbito do enriquecimento sem causa por prestação, protege-se a circulação dos bens, que se deslocam do patrimônio de uma pessoa para outra. Diversamente, no enriquecimento sem causa por intervenção, protege-se o bem, ou o direito, propriamente ditos.⁶⁰⁸

A noção de ausência de causa, nas situações de enriquecimento por intervenção, reside na ideia do conteúdo da destinação econômica do bem, também chamada de doutrina da atribuição ou de teoria do conteúdo da destinação.⁶⁰⁹ Com base nessa doutrina, entende-se que o titular possui domínio exclusivo sobre os direitos inerentes à propriedade, isto é: usar, fruir, dispor e reaver. A partir dessas faculdades, o titular dá a utilidade que entender ao direito, de forma que os proveitos econômicos derivados pertencem a si. O titular tem, portanto,

⁶⁰⁴ MENEZES LEITÃO, L. M. T. D. **Direito das obrigações**: introdução – da constituição das obrigações. 15. ed. Coimbra: Almedina, 2021. v. 1. p. 442.

⁶⁰⁵ URBANO, H. E. M. C. **O enriquecimento sem causa no direito brasileiro**: da teoria unitária à teoria da divisão. Andradina: Meraki, 2021. p. 238.

⁶⁰⁶ MENEZES LEITÃO, L. M. T. D. **Direito das obrigações**: introdução – da constituição das obrigações. 15. ed. Coimbra: Almedina, 2021. v. 1. p. 440-441.

⁶⁰⁷ MENEZES LEITÃO, L. M. T. D. **Direito das obrigações**: introdução – da constituição das obrigações. 15. ed. Coimbra: Almedina, 2021. v. 1. p. 441.

⁶⁰⁸ URBANO, H. E. M. C. **O enriquecimento sem causa no direito brasileiro**: da teoria unitária à teoria da divisão. Andradina: Meraki, 2021. p. 68.

⁶⁰⁹ MENEZES LEITÃO, L. M. T. D. **Direito das obrigações**: introdução – da constituição das obrigações. 15. ed. Coimbra: Almedina, 2021. v. 1. p.437

monopólio de exploração sobre a coisa, bem como de seus proveitos.⁶¹⁰ Nesse sentido, veja-se a descrição de MENEZES LEITÃO:

A teoria do conteúdo da destinação assenta essencialmente na tese de que qualquer direito subjectivo absoluto (direitos reais, direitos ad personalidade, direitos sobre bens imateriais) atribui ao seu titular a exclusividade (*ius excludendi alios*) do gozo e da fruição da utilidade econômica do bem. Essa exclusividade implica uma ordenação jurídica dos bens, que se vier a ser desrespeitada através da intervenção de outrem no âmbito exclusivamente destinado ao titular do direito permite-lhe intentar a ação de enriquecimento sem causa. [...] quem explora sem autorização um direito absoluto alheio, adquire algo que, de acordo com o conteúdo da destinação desse direito, pertence ao respectivo titular.⁶¹¹

Assim, se alguém, sem autorização para tanto, explora direitos que não são seus, de forma que, a partir dessa exploração, auferir benefícios econômicos, referidos benefícios devem ser destinados ao titular, e não ao interventor.⁶¹² O que se deve ter em mente, portanto, é que todo o proveito econômico que derive do direito deve ser destinado ao respectivo titular, na medida em que deriva de direito de sua titularidade.⁶¹³

Essa sofisticada construção teórica está estabelecida no regime alemão há cerca de um século e passou a informar outros ordenamentos jurídicos, como Portugal e o Brasil. Dessa forma, partindo da divisão do enriquecimento sem causa por prestação e por intervenção, bem como da doutrina do *conteúdo da destinação*, demonstra-se que o enriquecimento sem causa é, sim, capaz de dar solução às situações de intervenção. THOMAS KREBS bem exemplifica isso:

The division between enrichments by performance and enrichments ‘in another way’ is today fundamental to German enrichment law, thanks to Wilburg’s original idea and von Caemmerer’s elegante and persuasive development of it. Where the Eingriffskondiktion is concerned, the attribution doctrine represents a significant advance in comparison with previous attempts to limit the scope of enrichment law. The requirement of a direct shift of wealth was simply not suitable to modern conditions. The scope of enrichment law was thus unduly and unjustifiably restricted. On the other hand, arguably, the wrongfulness approach advocated by Schulz expanded restitutionary liability too far.⁶¹⁴

⁶¹⁰ MORAES, R. D. F. D. **Enriquecimento sem causa e enriquecimento por intervenção**. São Paulo: Almedina, 2021. p. 322.

⁶¹¹ MENEZES LEITÃO, L. M. T. D. **Direito das obrigações**: introdução – da constituição das obrigações. 15. ed. Coimbra: Almedina, 2021. v. 1. p. 436.

⁶¹² MENEZES LEITÃO, L. M. T. D. **Direito das obrigações**: introdução – da constituição das obrigações. 15. ed. Coimbra: Almedina, 2021. v. 1. p. 437.

⁶¹³ MENEZES LEITÃO, L. M. T. D. **Direito das obrigações**: introdução – da constituição das obrigações. 15. ed. Coimbra: Almedina, 2021. v. 1. p. 437.

⁶¹⁴ KREBS, T. The fallacy of ‘restitution for wrongs’. In: BURROWS, A.; RODGER, A. **Mapping the law**: essays in memory of Peter Birks. Oxford: Oxford University Press, 2006. p. 379-399. p. 383.

Os comparatistas alemães e ingleses estabelecem o enriquecimento sem causa por intervenção como equivalente funcional ao modelo de *restitution for wrongs*,⁶¹⁵ assim como também o fazem professores brasileiros que se dedicam ao estudo da matéria.⁶¹⁶

E se há algo que se percebe dos textos comparativos, escritos tanto por professores alemães quanto por professores ingleses, é que o enriquecimento sem causa alemão foi construído sobre bases muito mais sólidas e profundas do que o direito restitutivo inglês; e não o contrário.⁶¹⁷

Com efeito, conforme menciona NELSON ROSENVALD, o modelo inglês de *restitution for wrongs* não foi substituído pelo europeu continental de ausência de causa. Por outro lado, e conforme consta do “Restatement of the English Law of Unjust Enrichment”, o que se percebe é um sincretismo entre as propostas. Esse cenário foi constatado, por exemplo, por DANIEL VISSER.⁶¹⁸

VISSER, em texto publicado em 2019, afirma que, dez anos antes, poderia ratificar a tese de prevalência dos *unjust factors* sobre a ausência de causa.⁶¹⁹ Entretanto, isso não seria mais possível, com base, inclusive, no trecho de Lord ANDREW BURROWS no mencionado *Restatement*.⁶²⁰

Igualmente, há autores que sugerem movimento em sentido contrário: o de que a distinção do *Law of Restitution* inglês entre *unjust enrichment* e *restitution for wrongs* tende ao

⁶¹⁵ DANNEMANN, G. **The German law of unjustified enrichment and restitution: a comparative introduction**. 1. ed. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 91.

⁶¹⁶ MICHELON JR. C. Native sources and comparative resources: unjustified enrichment in Brazil after the 2002 civil Code. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 9, p. 243-276, out./dez. 2016, nota de rodapé n. 45.

⁶¹⁷ KREBS, T. The fallacy of ‘restitution for wrongs’. In: BURROWS, A.; RODGER, A. **Mapping the law: essays in memory of Peter Birks**. Oxford: Oxford University Press, 2006. p. 379-399. p. 398-399.

⁶¹⁸ VISSER, D. Unjustified Enrichment in Comparative Perspective. In: REIMANN, M.; ZIMMERMANN, R. **Unjustified enrichment in comparative perspective**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2019. p. 963.

⁶¹⁹ VISSER, D. Unjustified Enrichment in Comparative Perspective. In: REIMANN, M.; ZIMMERMANN, R. **Unjustified enrichment in comparative perspective**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2019. p. 963.

⁶²⁰ VISSER, D. Unjustified Enrichment in Comparative Perspective. In: REIMANN, M.; ZIMMERMANN, R. **Unjustified enrichment in comparative perspective**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2019. p. 963: “[t]he resulting situation is one in which there is a widespread reaffirmation of unjust factors as the basis of unjust enrichment, coupled with a growing recognition that absence of legal ground/basis has an important role to play. Thus, about ten years ago, summarizing Zimmermann and Meier’s critique of the unjust-factors approach, I could still write that ‘English law does not – as the casual observer might be excused for thinking – merely emphasize the reasons why a payment should be recoverable as an indebitum: it does not care whether the payment was made indebite (ie whether it was made without legal ground)’. That is no longer completely true—at least not as far as the academic commentators are concerned. For example, Andrew Burrows remarks in the introduction to his restatement project that ‘[i]n deciding whether an enrichment is unjust, the Restatement takes the “unjust factors” approach. [...] But it accepts that, in general, an enrichment is not unjust if the benefit was owed to the defendant by the claimant under a valid legal obligation. [...] This qualification suggests that the distinction between the “unjust factors” approach at common law and the civilian “absence of basis” approach to the unjust question is not as sharp as is often thought”’.

colapso.⁶²¹ Essa é a posição, por exemplo, de THOMAS KREBS, que foi orientando de PETER BIRKS e ferrenho defensor do modelo dos *unjust factors* durante o intercâmbio comparatista entre ingleses e alemães na Universidade de Oxford. Isso é depreendido tanto de seu livro “Restitution at the crossroads: a comparative study”,⁶²² quanto de seu artigo “In defence of unjust factors”.⁶²³

Entretanto, em artigo publicado em 2006, em obra coletiva dedicada à memória de PETER BIRKS, que faleceu em 2004, KREBS afirmou que muitos anos antes do lançamento da primeira edição de “Unjust Enrichment”,⁶²⁴ em que foi apresentada a proposta de alteração do paradigma dos *unjust factors* para a ausência de causa, BIRKS já pedia cuidado quanto à matéria.⁶²⁵

O mencionado artigo de KREBS publicado em memória de PETER BIRKS tem como título exatamente “The fallacy of ‘restitution for wrongs’”. Nele, o autor conclui que PETER BIRKS não apenas propôs a reestruturação do fundamento do *unjust enrichment* inglês, mas que também, em seus últimos trabalhos, dava indícios de que estava a reconsiderar a separação entre o *unjust enrichment* e o *restitution for wrongs*. É com base nesse contexto que ele sugere o colapso do modelo de *restitution for wrongs* e pede “[...] atenção aos mais de cem anos de aprendizado alemão, os quais podem ser de grande valia, particularmente se o Direito inglês decidir seguir PETER BIRKS num caminho à moda do *Civil Law*”.⁶²⁶

O Brasil, por sua vez, seguiu a proposta de KREBS: analisou o profundo desenvolvimento do direito do enriquecimento sem causa alemão, notadamente no que diz respeito à separação entre o enriquecimento sem causa por prestação e o enriquecimento sem causa por intervenção, e optou por adotá-lo. Ao fazê-lo, o ordenamento jurídico nacional parece capaz de oferecer respostas adequadas e racionais para os problemas derivados da intervenção sobre direitos alheios. Dessa forma, é também desnecessária a proposta de alteração do regime

⁶²¹ KREBS, T. The fallacy of ‘restitution for wrongs’. In: BURROWS, A.; RODGER, A. **Mapping the law**: essays in memory of Peter Birks. Oxford: Oxford University Press, 2006. p. 379-399. p. 398-399.

⁶²² KREBS, T. **Restitution at the crossroads**: a comparative study. 1. ed. London: Cavendish Publishing Limited, 2001.

⁶²³ KREBS, T. In defence of unjust factors. In: JOHNSTON, D.; ZIMMERMANN, R. **Unjustified enrichment**: key issues in comparative. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. p. 76-100. p. 1.

⁶²⁴ BIRKS, P. **Unjust enrichment**. 2. ed. Oxford University Press, 2005.

⁶²⁵ No início do artigo, KREBS presta seu depoimento pessoal: “[w]hen i was in the final stages of preparing my doctoral thesis for publication, Peter Birks, who had been my supervisor, warned me to scale down my defence of the English system of unjust factors: ‘I’m afraid this is one we’re going to lose’. I know know that, even there, he was contemplating changing sides. He had finally nem convinced that the german approach, which founded restitution on the absence of legal basis, was, in fact, the ‘better method’. Cf.: KREBS, T. The fallacy of ‘restitution for wrongs’. In: BURROWS, A.; RODGER, A. **Mapping the law**: essays in memory of Peter Birks. Oxford: Oxford University Press, 2006. p. 379-399. p. 379.

⁶²⁶ Tradução nossa. No original: “[a]ttention to more than a hundred years og German learning which may well be useful, particular if the English law decides to follow Peter Birks down a more civilian path”.

brasileiro de enriquecimento sem causa por intervenção para o reconhecimento artificial de uma responsabilidade civil multifuncional.

4 A QUANTIFICAÇÃO DO ENRIQUECIMENTO POR INTERVENÇÃO

Quando se trata do estudo do enriquecimento sem causa por intervenção, há duas questões que geram maiores discussões por parte da doutrina.

A primeira é o seu enquadramento sistemático no ordenamento jurídico, de modo a identificar a fonte de obrigações que lhe justifica. No último capítulo, buscou-se demonstrar as razões pelas quais, no Direito brasileiro, parece adequada a resposta de que a fonte de obrigação capaz de implicar pretensão restitutória nas situações de intervenção é o enriquecimento sem causa. Seja pela limitação da pretensão indenizatória – a qual é associada à fonte de obrigações ato ilícito, ao dano sofrido pela vítima –, seja pela amplitude da cláusula geral de vedação ao enriquecimento sem causa, positivada no art. 884 do Código Civil – a qual abarca situações de enriquecimento por prestação e por intervenção.

A segunda, por outro lado, é a quantificação da condenação restitutória do enriquecimento por intervenção. É que enquanto as pretensões indenizatórias têm por referência o dano sofrido pela vítima, as pretensões restitutórias, associadas à fonte de obrigações enriquecimento sem causa, têm por objeto os ganhos auferidos pelo interventor.

Não faz parte do costume jurídico nacional a imposição de condenações que tenham por objeto os ganhos auferidos pelo interventor, em detrimento dos danos sofridos pela vítima. Exatamente por conta desse desconhecimento, mesmo em situações nas quais, na prática, estava-se a impor condenações de natureza restitutória, como nos casos de condenação ao pagamento do valor do contrato nas situações de exploração desautorizada da imagem alheia, falava-se em danos patrimoniais e em indenizações.

O STJ, ao julgar o Recurso Especial n. 1.698.701/RJ, estabeleceu que o critério para a quantificação da restituição no caso de enriquecimento sem causa por intervenção é o mencionado enriquecimento patrimonial. Esse critério corresponde, pois, ao diferencial positivo no patrimônio do interventor após a intervenção. Contudo, ainda foram estabelecidos vários fatores que devem ser considerados pelo perito no caso concreto, quando da fase de liquidação de sentença, de modo a distribuir o “[...] lucro obtido com a intervenção proporcionalmente à contribuição de cada partícipe da relação jurídica”. Este trabalho direciona duas críticas à posição do STJ.

A primeira é a de que não é possível falar-se em apenas uma forma de cálculo do valor da restituição. Dessa forma, o critério do enriquecimento real não pode ser desprezado. Há circunstâncias em que sua utilização não parece apenas adequada, mas necessária.

A segunda diz respeito à divisão do enriquecimento derivado da intervenção de forma proporcional entre vítima e interventor, posição compartilhada pela doutrina especializada majoritária. O comando cria verdadeira “missão impossível” para fins de aferimento do valor devido e privilegia o interventor, que poderá manter para si os benefícios derivados da intervenção.

Diante disso, é feita análise sobre a possibilidade de restituição integral à vítima dos ganhos obtidos pelo interventor por meio da intervenção, ao que se chama de *disgorgement of profits*, ou simplesmente *disgorgement*, no Direito inglês. A conclusão alcançada é a de que não apenas há compatibilidade entre a medida e o Direito brasileiro, mas também que sua adoção é vantajosa para fins de (i) privilégio ao monopólio da vítima sobre seus bens e direitos; (ii) dissuasão das práticas de intervenção; (iii) e favorecimento de maiores previsibilidade e segurança jurídica no momento de apuração do valor da restituição.

4.1 A NEGATIVA À INCORPORAÇÃO DA TEORIA DO DUPLO LIMITE NO BRASIL

SÉRGIO SAVI, em sua monografia sobre o enriquecimento por intervenção, a primeira brasileira dedicada de forma específica a esse objeto, consignou que, à época, não havia notícia de decisões judiciais reconhecendo o enriquecimento sem causa por intervenção ou, em suas palavras, o lucro da intervenção no Brasil.⁶²⁷

Dessa forma, o ponto central de discussão no trabalho era o enquadramento sistemático das situações de intervenção no Direito brasileiro. Naquela obra, a posição firmada foi a de que as situações de intervenção sobre direitos alheios deveriam ser solucionadas, ao menos nos casos em que os ganhos auferidos pelo interventor superassem os danos sofridos pela vítima, por meio da fonte de obrigações enriquecimento sem causa.⁶²⁸

Mas o tema da restituição não foi deixado de lado. O autor forneceu verdadeira sugestão ao Poder Judiciário. Inicialmente, foi rejeitada a utilização do critério do duplo limite.⁶²⁹ O critério do duplo limite representa forma tradicional de quantificação das pretensões fundadas

⁶²⁷ SAVI, S. **Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa**: o lucro da intervenção. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 5.

⁶²⁸ SAVI, S. **Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa**: o lucro da intervenção. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 144-147.

⁶²⁹ SAVI, S. **Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa**: o lucro da intervenção. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 122-126.

no enriquecimento sem causa em geral.⁶³⁰ Em síntese, a ideia era a de que a extensão da restituição seria o menor valor entre o enriquecimento do réu e o empobrecimento do autor.⁶³¹ Nas palavras de GIOVANNI ETTORE NANNI: “[...] o montante a restituir não pode exceder o valor do enriquecimento de uma parte, nem o valor do empobrecimento da outra. A restituição, assim, será igual ou menor destes dois valores”.⁶³²

Com efeito, o critério esvazia a utilidade da pretensão de restituição fundada no enriquecimento por intervenção.⁶³³ Isso porque, conforme se viu, nas situações de intervenção é comum que os ganhos auferidos pelo interventor superem os danos sofridos pela vítima. Esse contexto abarca, inclusive, as situações de intervenção nas quais a vítima não sofre qualquer dano.

A lógica guarda relação com o clássico critério do empobrecimento como requisito à configuração do enriquecimento sem causa.⁶³⁴ Uma vez que no Brasil o Código Civil não estabeleceu o requisito do empobrecimento na cláusula geral de vedação ao enriquecimento sem causa, não parece haver qualquer imposição normativa para a incorporação da medida.

Adotar o critério do duplo limite significaria, em suma, legitimar a manutenção do enriquecimento obtido a partir da intervenção sobre direitos alheios.⁶³⁵ Dito de outro modo: o sistema do duplo limite legitima a manutenção de enriquecimento destituído de justificativa jurídica no patrimônio do interventor.

Não por acaso, o título do subcapítulo relacionado ao tema na obra de SÉRGIO SAVI era “Primeira impressão sobre a tormentosa questão da delimitação do objeto da restituição nos casos de lucro da intervenção”.⁶³⁶ SÉRGIO SAVI explicita essa ideia no seguinte trecho :

Admitir a aplicação da teoria do duplo limite para os casos em que o lucro do interventor é superior aos danos causados à vítima implicaria admitir que o

⁶³⁰ SAVI, S. **Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa**: o lucro da intervenção. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 122.

⁶³¹ SAVI, S. **Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa**: o lucro da intervenção. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 122

⁶³² NANNI, Giovanni Ettore. **Enriquecimento sem causa**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 120.

⁶³³ SAVI, S. **Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa**: o lucro da intervenção. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 126.

⁶³⁴ SAVI, S. **Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa**: o lucro da intervenção. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 125.

⁶³⁵ SAVI, S. **Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa**: o lucro da intervenção. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 125.

⁶³⁶ SAVI, S. **Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa**: o lucro da intervenção. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 126.

interventor retivesse para si todo o lucro excedente ao dano concretamente sofrido pelo titular do direito, como o que não se pode concordar.⁶³⁷

MARIA KROETZ acrescenta que a adoção do regime do duplo limite transformaria o enriquecimento sem causa em espécie de anexo da responsabilidade civil:

Modernamente, a doutrina do duplo limite não vem merecendo acolhida porque acaba por reduzir o enriquecimento sem causa a uma forma mitigada de responsabilidade civil. A obrigação de restituir dá lugar a uma obrigação de indenizar. É de se rejeitar a doutrina porque a restituição derivada do enriquecimento sem causa visa remover o enriquecimento do patrimônio do beneficiado e não o dano do patrimônio do prejudicado.⁶³⁸

Já RODRIGO DA GUIA SILVA ainda defende que a função do critério do duplo limite seria, na visão de seus defensores, a de “evitar o enriquecimento às avessas do dito empobrecido, o qual auferiria injustificada vantagem caso se admitisse a possibilidade de a restituição consistir no enriquecimento patrimonial ainda que o seu valor superasse o do empobrecimento real”.⁶³⁹

Mas de enriquecimento às avessas não se trataria, uma vez que a justificativa da restituição em montante superior ao empobrecimento seria a exploração indevida do direito do titular. Dessa forma, RODRIGO DA GUIA Silva conclui pela insubsistência teórica e pela desnecessidade da teoria do duplo limite.⁶⁴⁰

RENATO MORAES destoa dessa posição majoritária. O autor defende que “[o] receio se revela infundado, pois o eventual benefício patrimonial do prejudicado que supere o prejuízo sofrido possui como justa causa o direito no qual se verificou a intervenção indevida”.⁶⁴¹ RENATO MORAES, portanto, diverge da ideia de que a teoria do duplo limite limitaria a restituição ao dano sofrido pela vítima. Isso porque, para o autor, a teoria deveria ser interpretada como o vínculo entre o enriquecimento do interventor e o direito violado da vítima:

Por conseguinte, a teoria do duplo limite não pode ser definida como instrumento para se delimitar a restituição a partir da redução do patrimônio da parte prejudicada. Na esfera do empobrecimento, a doutrina apenas pode ser compreendida como vínculo entre o enriquecimento e o direito da parte prejudicada. O enriquecimento sem causa não corre porque o enriquecido se

⁶³⁷ SAVI, S. **Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa**: o lucro da intervenção. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 123.

⁶³⁸ KROETZ, M. C. D. A. **Enriquecimento sem causa no direito brasileiro contemporâneo e recomposição patrimonial**. 2005. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná (UFPR), Curitiba, 2005. p. 101.

⁶³⁹ GUIA SILVA, R. D. **Enriquecimento sem causa**: as obrigações restitutórias no direito civil. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. [livro eletrônico] n.p.

⁶⁴⁰ GUIA SILVA, R. D. **Enriquecimento sem causa**: as obrigações restitutórias no direito civil. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. [livro eletrônico] n.p.

⁶⁴¹ MORAES, R. D. F. D. **Enriquecimento sem causa e enriquecimento por intervenção**. São Paulo: Almedina, 2021. p. 367.

beneficiou à custa do prejuízo do prejudicado, mas sim porque se beneficiou à custa do direito alheio.⁶⁴²

O que parece, portanto, é que RENATO MORAES e a doutrina majoritária estão a tratar de coisas distintas quando falam do critério do duplo limite. A despeito da discordância conceitual, todos parecem concordar que a restituição pautada no enriquecimento por intervenção não pode estar vinculada ao eventual empobrecimento da vítima, sob pena de verdadeiro esvaziamento do instituto.

4.2 A REMUNERAÇÃO DO INTERVENTOR E O MODELO PARTICIPATIVO

A doutrina brasileira, ao discutir a quantificação do enriquecimento por intervenção, questão “mais espinhosa” – na expressão de SÉRGIO SAVI – de todo o tema, analisou de forma aprofundada duas propostas.⁶⁴³ A primeira seria a do mencionado enriquecimento patrimonial e a segunda a do enriquecimento real.

Para fins de remissão, o enriquecimento patrimonial corresponde ao diferencial positivo no patrimônio do interventor após a intervenção. Apenas serão objeto da mensuração do enriquecimento patrimonial os ganhos diretamente relacionados à intervenção.⁶⁴⁴ Por outro lado, o enriquecimento real diz respeito ao valor objetivo da vantagem; ao preço que deveria ter sido pago pelo interventor para proceder à regular contratação da exploração do direito da vítima.⁶⁴⁵

SÉRGIO SAVI, ao analisar as duas propostas, chegou à conclusão de que a utilização do enriquecimento real como parâmetro contribuiria para o parasitismo econômico na forma do curto-circuito do contrato.⁶⁴⁶ Isso porque, na prática, estar-se-ia a tutelar “[...] a celebração forçada de um contrato para uso, consumo, ou disposição de um bem ou direito, muitas vezes mesmo contra a vontade de seu titular”.⁶⁴⁷

⁶⁴² MORAES, R. D. F. D. **Enriquecimento sem causa e enriquecimento por intervenção**. São Paulo: Almedina, 2021. p. 367.

⁶⁴³ SAVI, S. **Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa: o lucro da intervenção**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 126.

⁶⁴⁴ OLIVEIRA, C. E. D.; COSTA-NETO, J. **Direito civil**. 1. ed. São Paulo: Forense, 2022. p. 733.

⁶⁴⁵ OLIVEIRA, C. E. D.; COSTA-NETO, J. **Direito civil**. 1. ed. São Paulo: Forense, 2022. p. 733.

⁶⁴⁶ SAVI, S. **Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa: o lucro da intervenção**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 129.

⁶⁴⁷ SAVI, S. **Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa: o lucro da intervenção**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 129.

No final do dia, o consentimento do titular para a exploração dos seus direitos não teria qualquer relevância, visto que, se os preços para proceder à regular contratação e a condenação pela intervenção desautorizada fossem iguais, não haveria qualquer razão prática para que fossem celebrados contratos de autorização da exploração. Essa questão ganha maior repercussão naqueles casos em que o titular não tinha interesse em proceder à autorização da exploração ou não poderia fazê-lo.⁶⁴⁸ Os exemplos concretos nacionais nesse sentido são fartos.

O primeiro que pode ser citado é o da Confederação Brasileira de Futebol (CBF) contra a Coca-Cola,⁶⁴⁹ mencionado por ANDERSON SCHREIBER e por RODRIGO DA GUIA SILVA.⁶⁵⁰ A empresa de refrigerantes produziu comercial que remetia o torcedor à imagem da CBF, ainda que sem mencionar a instituição de forma expressa. No caso, mesmo que a CBF quisesse ceder a utilização de sua imagem à Coca-Cola, ela não poderia fazê-lo, porque já mantinha contrato com outra empresa de refrigerantes e havia rígida política de exclusividade de patrocínio por segmento empresarial. Assim, a CBF apenas poderia ter relação comercial com um banco, uma empresa de telefonia, uma empresa de refrigerantes, etc.

⁶⁴⁸ SAVI, S. **Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa**: o lucro da intervenção. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 129.

⁶⁴⁹ RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO. UTILIZAÇÃO NÃO AUTORIZADA DE IMAGEM DA SELEÇÃO BRASILEIRA DE FUTEBOL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL AFASTADA. INTUITO EXCLUSIVAMENTE INFRINGENTE DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. LUCROS CESSANTES. CONTRATOS FIRMADOS COM PATROCINADORES OFICIAIS. MERO PARÂMETRO PARA A LIQUIDAÇÃO POR ARBITRAMENTO. ANTECIPAÇÃO DO EXAME DE MATÉRIAS RELATIVAS À LIQUIDAÇÃO DO JULGADO. IMPOSSIBILIDADE. 1. A fundamentação levantada na prefacial confunde-se com a linha argumentativa que desafia o mérito do acórdão recorrido, motivo pelo qual, ausentes os pressupostos de cabimentos dos embargos de declaração, se afasta a negativa de prestação jurisdicional alegada. 2. Tendo o Tribunal de origem fixado a responsabilidade, reconhecido o dever de indenizar, e determinado a liquidação, por arbitramento, do valor da indenização, as indagações da agravante revelam-se prematuras, porque afetas à fase de liquidação da sentença. 3. O acórdão recorrido é claro o bastante para propiciar a regular liquidação do julgado, sendo inegável a possibilidade de a recorrente, oportunamente, acessar os documentos que servirão de base de cálculo da indenização, bem como de impugnar as conclusões do laudo pericial que deverá ser apresentado (art. 475-D, Parágrafo único, do CPC). Sob essa perspectiva, não se justifica a reabertura da instrução processual para a juntada dos contratos de patrocínio firmados pela CBF e a polemização prévia a respeito desses documentos. 4. Não trata o caso da apropriação da camisa e da bandeira nacional, mas da sua utilização dentro de um contexto que remete, de forma inequívoca, ao escrete canarinho, cuja titularidade dos direitos de imagem são pertencentes à CBF. 5. Também não cuida a hipótese de mera presunção de lucros cessantes, circunstância que a jurisprudência consolidada nesta Corte Superior repudia, mas de evidente prejuízo, pois, segundo a prática comercial usual, somente patrocinadores oficiais obtêm autorização para a utilização da imagem da seleção brasileira de futebol. 6. A apreciação do quantitativo em que autor e réu saíram vencidos na demanda, bem como a verificação da existência de sucumbência mínima ou recíproca, encontram inequívoco óbice na Súmula n. 7/STJ, por revolver matéria eminentemente fática. Precedentes. 7. Recurso especial não provido. REsp n. 1.335.624/RJ, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 5/12/2013, DJe de 18/3/2014.

⁶⁵⁰ SCHREIBER, A; GUIA SILVA, R. D. Aspectos relevantes para a sistematização do lucro da intervenção no direito brasileiro. **Pensar**, Fortaleza, v. 23, n. 4, p. 1-15, out./dez. 2018. p. 5-6.

Diante disso, SÉRGIO SAVI, assim como a doutrina majoritária, elegeu o enriquecimento patrimonial como critério preponderante à quantificação do enriquecimento por intervenção.⁶⁵¹ Ou seja: o referencial seria o diferencial positivo no patrimônio do interventor a partir da intervenção.

Contudo, a proposta de SAVI não consiste na simples utilização do enriquecimento patrimonial para quantificar as pretensões restitutórias. O autor sugere a análise da causalidade entre as participações das partes envolvidas para apurar o valor devido a um e a outro.⁶⁵²

Assim, o que se propôs é que fosse feita divisão dos ganhos de forma proporcional ao grau de contribuição do interventor e da vítima para a conquista do lucro.⁶⁵³ A contribuição da vítima deriva, pois, da exploração desautorizada de seu direito.⁶⁵⁴ Já a contribuição do interventor está relacionada à sua experiência e à sua força de trabalho.^{655/656}

Por outro lado, na proposta de SÉRGIO SAVI o enriquecimento real deve ser utilizado como valor mínimo para as condenações de enriquecimento por intervenção.⁶⁵⁷ Em outras palavras: prioritariamente, a intervenção deverá ser mensurada com base no enriquecimento patrimonial, levada em consideração a participação de cada parte para o auferimento dos ganhos. De forma subsidiária, e também nos casos em que o interventor age de boa-fé, o enriquecimento real deverá ser utilizado como referencial da condenação. Eis, portanto, a regra geral sugerida por SÉRGIO SAVI:

A regra geral para a determinação do objeto da restituição será a utilização do enriquecimento patrimonial como premissa inicial do cálculo do montante a restituir. Após aferir o montante do enriquecimento patrimonial do interventor, o juiz deverá verificar o grau de contribuição de cada um dos partícipes da relação, titular do direito e interventor, no resultado final e

⁶⁵¹ SAVI, S. **Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa**: o lucro da intervenção. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 140.

⁶⁵² SAVI, S. **Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa**: o lucro da intervenção. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 140.

⁶⁵³ SAVI, S. **Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa**: o lucro da intervenção. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 140.

⁶⁵⁴ SAVI, S. **Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa**: o lucro da intervenção. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 140.

⁶⁵⁵ SAVI, S. **Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa**: o lucro da intervenção. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 140.

⁶⁵⁶ GISELA GUEDES e ALINE TERRA falam que o referencial dessa distribuição pode ser o sistema de divisão dos prejuízos. Cf. TERRA, A. de M. V.; DA CRUZ GUEDES, G. S. Revisitando o lucro da intervenção: novas reflexões para antigos problemas. *Revista Brasileira de Direito Civil*, [S. l.], v. 29, n. 03, 2021. p. 11: “[c]om base nesse critério, deve-se reparar o prejuízo, atribuindo-se ao agente cuja conduta teve mais eficácia causal uma parcela maior dos prejuízos. Os diplomas legislativos mais avançados seguem essa orientação, que é adotada também pelo Código de Defesa do Consumidor. Semelhante raciocínio poderia ser aplicado no campo do enriquecimento sem causa, no momento da distribuição dos lucros – agora não mais dos prejuízos, como na responsabilidade civil – entre o interventor e o titular do direito”.

⁶⁵⁷ SAVI, S. **Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa**: o lucro da intervenção. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 140.

partilhar proporcionalmente o lucro obtido com a intervenção. Só assim estar-se-á transferindo ao titular do direito o lucro que foi obtido à sua custa. É importante destacar que o montante a ser restituído ao titular do direito jamais poderá ser inferior ao enriquecimento real do interventor, ou seja, ao preço de mercado do bem ou do uso do bem objeto da intervenção. Isso porque, em qualquer hipótese, tal montante será sempre a contribuição mínima do titular do direito para o lucro obtido pelo interventor. Fala-se em contribuição mínima, pois a inserção do bem no processo pode ter gerado uma sinergia valorável. A única exceção à regra geral acima mencionada será quando restar comprovado nos autos que o autor agiu de boa-fé, ou seja, quando for possível aferir que ele agiu com fundada crença de que estava atuando sobre seus próprios bens. Nesses casos, o objeto da restituição deverá limitar-se ao enriquecimento real do interventor.⁶⁵⁸

Em sentido próximo, RENATO MORAES defende que a preponderância do enriquecimento real, tratado por ele sob a perspectiva da poupança de despesas, representaria conviência em relação ao enriquecimento do interventor.⁶⁵⁹ O autor atribui sentido de poupança de despesas por entender que o interventor poupou a despesa de pagar o preço de mercado relativo à exploração do direito alheio.⁶⁶⁰ RENATO MORAES argumenta que a melhor saída no caso é proceder à análise do grau de contribuição de cada parte na construção do enriquecimento:

Por conseguinte, a melhor alternativa para a definição do objeto da restituição, no âmbito do enriquecimento por intervenção, consiste em definir em que medida o direito do titular e a iniciativa do interventor contribuíram para que o benefício fosse alcançado. Definida a contribuição de cada um desses elementos, deve-se dividir proporcionalmente o enriquecimento entre o enriquecido e o titular do direito.⁶⁶¹

Entretanto, ao contrário do que faz SÉRGIO SAVI, RENATO MORAES sustenta que “[...] é simplesmente impossível estabelecer uma regra aplicável a todos os casos, que estabeleça a preponderância do bem ou da iniciativa em relação ao resultado originado da intervenção”.⁶⁶² Nesse sentido, o autor propõe que a vítima possa ter o direito de escolher a forma de

⁶⁵⁸ SAVI, S. **Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa**: o lucro da intervenção. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 140.

⁶⁵⁹ MORAES, R. D. F. D. **Enriquecimento sem causa e enriquecimento por intervenção**. São Paulo: Almedina, 2021. p. 369.

⁶⁶⁰ MORAES, R. D. F. D. **Enriquecimento sem causa e enriquecimento por intervenção**. São Paulo: Almedina, 2021. p. 367.

⁶⁶¹ MORAES, R. D. F. D. **Enriquecimento sem causa e enriquecimento por intervenção**. São Paulo: Almedina, 2021. p. 369.

⁶⁶² MORAES, R. D. F. D. **Enriquecimento sem causa e enriquecimento por intervenção**. São Paulo: Almedina, 2021. p. 368.

quantificação que lhe pareça mais proveitosa.⁶⁶³ Ele destaca que a escolha se mostra particularmente útil quando a intervenção não implica ganhos ao interventor.⁶⁶⁴

Apesar de defender que não é possível falar-se em uma regra geral, a proposta de RENATO MORAES, ao fim e ao cabo, não diverge da regra geral apresentada por SÉRGIO SAVI. É que na regra geral de SÉRGIO SAVI a restituição será calculada, no mínimo, com base no referencial da poupança de despesas sugerido por RENATO MORAES.⁶⁶⁵

Ainda que SÉRGIO SAVI não fale de forma explícita sobre a possibilidade de escolha por parte da vítima, a situação na qual RENATO MORAES sugere que seria mais vantajosa a poupança de despesas está abarcada na regra geral de SAVI. Isso porque, nessa circunstância, a exceção à regra geral de SÉRGIO SAVI reclamaria a utilização do enriquecimento real, isto é, do pagamento do valor de exploração do direito.⁶⁶⁶

A maior preocupação de RENATO MORAES parece ser a de não se conceder enriquecimento sem causa nem à vítima nem ao interventor.⁶⁶⁷ Cada um, portanto, deveria receber suposto valor justo decorrente da intervenção. É com base nesse fundamento que ele rejeita, por exemplo, a restituição da integralidade dos benefícios à vítima: de acordo com RENATO MORAES, essa circunstância representaria enriquecimento sem causa da vítima.⁶⁶⁸

A preocupação, apesar de legítima, parece problemática. Afinal de contas, em todo caso de intervenção a restituição encontraria fundamento na ausência de causa jurídica a justificar o enriquecimento do interventor a partir da intervenção. É, portanto, a doutrina do conteúdo da destinação que justificará a restituição nesses casos. Nesse sentido, dizer que a vítima enriqueceu de forma injustificada a partir da contribuição do interventor no curso da intervenção parece contraditório à essência do enriquecimento sem causa por intervenção.

A ratificação desse entendimento, em última instância, poderia legitimar tão somente a restituição por meio do critério do enriquecimento real, na medida em que o interventor sempre

⁶⁶³ MORAES, R. D. F. D. **Enriquecimento sem causa e enriquecimento por intervenção**. São Paulo: Almedina, 2021. p. 370.

⁶⁶⁴ MORAES, R. D. F. D. **Enriquecimento sem causa e enriquecimento por intervenção**. São Paulo: Almedina, 2021. p. 370.

⁶⁶⁵ SAVI, S. **Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa: o lucro da intervenção**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 140.

⁶⁶⁶ SAVI, S. **Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa: o lucro da intervenção**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 140.

⁶⁶⁷ MORAES, R. D. F. D. **Enriquecimento sem causa e enriquecimento por intervenção**. São Paulo: Almedina, 2021. p. 368.

⁶⁶⁸ MORAES, R. D. F. D. **Enriquecimento sem causa e enriquecimento por intervenção**. São Paulo: Almedina, 2021. p. 368.

empreenderá esforços no curso da intervenção e a sua atuação é que implicará ganhos para além do valor de exploração do direito.⁶⁶⁹

Ademais, não parece existir justificativa teórica sólida para dar substância a esse enriquecimento sem causa às avessas: a vítima estaria enriquecendo por sua prestação ou pela intervenção de outrem? Ao que parece, por nenhum dos dois caminhos. Tampouco seriam o enriquecimento por pagamento de dívida alheia ou o por despesas realizadas em favor de outrem os fundamentos para esse enriquecimento. Apenas o enriquecimento sem causa, enquanto princípio, parece subsidiar essa tese. E, aqui, a utilização do princípio se aproximaria sobremaneira da maior crítica feita pela doutrina: sua utilização para minorar condenações reputadas elevadas.

O que se quer dizer é que é possível entender que a vítima não tem direito à totalidade dos ganhos derivados da intervenção sem defender que, se isso ocorrer, a vítima estará a se enriquecer de forma injustificada. Como se consignou, quando o enriquecimento do interventor parte da exploração indevida do direito da vítima, é essa situação de intervenção que justifica a restituição dos ganhos, a partir da doutrina do conteúdo da destinação.

Destarte, parece mais adequada a crítica à manutenção de todos os ganhos derivados da intervenção com base no argumento de que isso representaria verdadeira punição ao interventor. Assim, uma vez que não há previsão normativa que autorize a imposição de restituição punitiva, não seria possível calcular a restituição dessa maneira. Essa é, por exemplo, a posição de SÉRGIO SAVI,⁶⁷⁰ compartilhada por MORAES em outro trecho de sua obra.⁶⁷¹ A despeito disso, este trabalho também não compartilha desse entendimento de que a restituição integral dos ganhos tem caráter punitivo.

⁶⁶⁹ ROSENVALD, Nelson. **A responsabilidade civil pelo ilícito lucrativo: o disgorgement e a indenização restitutória**. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 531.

⁶⁷⁰ SAVI, S. **Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa: o lucro da intervenção**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 138-139.

⁶⁷¹ MORAES, R. D. F. D. **Enriquecimento sem causa e enriquecimento por intervenção**. São Paulo: Almedina, 2021. p. 88-98.

4.2.1 A opção do STJ pelo enriquecimento patrimonial com a retenção dos ganhos derivados da contribuição do interventor

O STJ acolheu a sugestão de SÉRGIO SAVI⁶⁷² e definiu que o referencial das condenações restitutórias nos casos de enriquecimento por intervenção deveria ser o enriquecimento patrimonial do interventor. Igualmente, o interventor teria direito à retenção da parcela da intervenção relativa à sua experiência e ao seu esforço.

No caso concreto julgado pelo STJ, a intervenção consistiu na exploração desautorizada da imagem de uma atriz famosa para a divulgação de determinado produto. O STJ, no acórdão, definiu que, na fase de liquidação de sentença, o perito deveria apurar o *quantum*, a fim de distribuir os lucros de forma proporcional entre vítima e interventor:

De todo modo, diante das peculiaridades do caso em análise, caberá ao perito, na condição de auxiliar da Justiça, a tarefa de encontrar o melhor método de quantificação do que foi auferido, sem justa causa, às custas do uso não autorizado da imagem da autora em campanha publicitária, 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 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. Encerrada essa fase, incumbirá ao Juízo da Liquidação verificar se a metodologia utilizada e o resultado encontrado se adequam ou não aos limites objetivos do título judicial exequendo.

JOÃO COSTA-NETO e CARLOS E. ELIAS DE OLIVEIRA, conquanto tenham elogiado o acórdão do STJ, apontam erro do *decisum* quando se equiparou o enriquecimento real ao prejuízo sofrido pela vítima.⁶⁷³ No entendimento do Ministro relator, VILLAS BÔAS CUEVA, cujo voto conduziu o acórdão, vincular a restituição pela intervenção ao preço da regular contratação para exploração do direito seria um equívoco.

⁶⁷² Apesar do acolhimento da proposta, constou do acórdão que a regra seria demasiadamente genérica, uma vez que a maior dificuldade seria exatamente a de aferir o grau de contribuição de cada parte: “[a] regra geral sugerida por Sérgio Savi, na prática, mostra-se ainda um tanto genérica, visto que a maior dificuldade está justamente na aferição do grau de contribuição de cada um dos partícipes da relação, titular do direito e interventor, no resultado final, para que se possa partilhar proporcionalmente o lucro obtido com a intervenção”. [...] Diante da situação em apreço, a regra geral sugerida por Sérgio Savi serve de norte para que, na fase de liquidação de sentença, um profissional dotado de melhores condições técnicas chegue a um resultado mais próximo do verdadeiro acréscimo patrimonial auferido pela ré às custas da utilização não autorizada do direito de imagem da autora”.

⁶⁷³ OLIVEIRA, C. E. D.; COSTA-NETO, J. *Direito civil*. 1. ed. São Paulo: Forense, 2022. p. 733.

Isso porque, em sua perspectiva, “[d]a reparação desse específico prejuízo já se encarrega o instituto da responsabilidade civil, limitando-se aos danos efetivamente sofridos”. Mas de prejuízo isso não se trata, conforme defendem JOÃO COSTA NETO e CARLOS E. ELIAS DE OLIVEIRA:

Entendemos que o lucro da intervenção deve ser, no mínimo, correspondente ao “lucro real ou objetivo”. E esse valor não configura uma indenização. Não se fundamenta na responsabilidade civil; mas sim na vedação ao enriquecimento ilícito. O STJ equivocou-se nesse ponto. É que o dano material é o efetivo desfalque patrimonial da vítima. O titular do direito violado nem sempre sofre algum desfalque patrimonial, nem mesmo a título de lucros cessantes. No exemplo da atriz supracitado, o cachê pela campanha publicitária não configura indenização por lucros cessantes. Se a intervenção não tivesse ocorrido, nada teria acontecido com a atriz: a campanha nem existiria. Logo, não se trata de um lucro que ela deixou de ganhar, por causa da lesão ao seu direito. Se a intervenção não existisse, a atriz também não teria ganhado nada. É por isso que o caso envolve enriquecimento sem causa; e não responsabilidade civil aquiliana. No caso julgado, o que se deve dizer é que, ao usar o nome e a imagem da atriz sem consentimento, a empresa enriqueceu-se indevidamente por não ter pago remuneração nenhuma por isso.⁶⁷⁴ Portanto, temos que o “lucro da intervenção” deve corresponder ao “lucro patrimonial ou subjetivo”, o qual, no mínimo, deverá corresponder ao “lucro real ou objetivo”.⁶⁷⁵

CLÁUDIO MICHELON JR. compartilha da mesma perspectiva de JOÃO COSTA-NETO e de CARLOS E. ELIAS DE OLIVEIRA, no sentido de que o referencial não é a perda da vítima, mas o ganho do interventor:

O valor total da restituição devida nesses casos é normalmente quantificado pelos tribunais como sendo o valor daquilo que o interventor-enriquecido deveria ter despendido para obter a autorização que tornaria a intervenção legítima (com causa). Essa forma de quantificação tem a vantagem de ser mais fácil de aferir em casos concretos. Em que pese essa vantagem, a jurisprudência não vai bem ao utilizar esse critério, uma vez que o enriquecimento sem causa não é uma forma de ressarcir lucros cessantes, mas sim uma forma de restituir ao dono da imagem os lucros que foram obtidos a partir da sua imagem. [...] a forma de quantificação do enriquecimento não deve tomar em conta aquilo que o “empobrecido” deixou de ganhar, mas sim o que o enriquecido lucrou a partir da imagem de outrem.⁶⁷⁶

O STJ não apreciou a possibilidade de restituição de todos os ganhos derivados da intervenção. O acórdão apenas partiu do pressuposto, com base na doutrina, de que “não se pod[e] desconsiderar, desse modo, eventual mérito do próprio interventor”.

⁶⁷⁴ OLIVEIRA, C. E. D.; COSTA-NETO, J. **Direito civil**. 1. ed. São Paulo: Forense, 2022. p. 733.

⁶⁷⁵ OLIVEIRA, C. E. D.; COSTA-NETO, J. **Direito civil**. 1. ed. São Paulo: Forense, 2022. p. 734.

⁶⁷⁶ MICHELON JR., C. Direito restitutivo: enriquecimento sem causa, pagamento indevido, gestão de negócios. *In*: REALE, M.; MARTINS-COSTA, J. **Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (Coleção Biblioteca de Direito Civil). p. 202-203.

Mas o texto do art. 884 não diz isso. Na verdade, o texto do art. 884 do Código Civil fala muito pouco, como é típico das cláusulas gerais.⁶⁷⁷ O legislador apenas assentou que quem enriquecer à custa de outra pessoa deve “restituir o indevidamente auferido”. Não é dito nem que o indevidamente auferido corresponde a toda a vantagem derivada da obtenção à custa de outrem nem que o interventor tem direito de reter os ganhos obtidos à custa de outrem mediante seu esforço e sua experiência.

“Indevidamente auferido”, portanto, é um conceito indeterminado, na acepção de JUDITH MARTINS-COSTA, o qual faz parte do enunciado de uma cláusula geral – a cláusula geral de vedação ao enriquecimento sem causa, prevista no art. 884 do Código Civil.⁶⁷⁸ Isso, portanto, abre espaço para a atuação do intérprete:

De fato, as cláusulas gerais constituem estruturas normativas parcialmente em branco, as quais são completadas por meio da referência às regras extrajurídicas, ou a regras dispostas em outros «loci» do sistema jurídico. A sua concretização exige, conseqüentemente, que o julgador seja reenviado a modelos de comportamento e a pautas de valoração que não estão descritos na própria cláusula geral (embora por ela sejam indicados), cabendo-lhe, para tanto, quando atribuir uma consequência jurídica à cláusula geral, formar normas de decisão vinculadas à concretização do valor, diretiva ou do padrão social prescritiva-mente reconhecido como arquétipo exemplar de conduta.

O legislador, portanto, atribuiu ao aplicador do Direito a tarefa de estabelecer limites, a partir da sistematicidade do ordenamento jurídico e das construções teóricas e sociais sobre o tema, da quantificação do enriquecimento por intervenção, o qual, da mesma forma, não tem previsão expressa no diploma.

Dito de outro modo: assim como o reconhecimento de que o enriquecimento sem causa é a fonte de obrigações que gera a obrigação de restituir os lucros derivados da intervenção sobre direitos alheios partiu de construções doutrinárias e judiciais, ligadas ao contexto social

⁶⁷⁷ MARTINS-COSTA, J. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 151: “[p]or essa razão, quando se indica certo termo e se afirma ser ele vago, é conveniente indicar o contexto no qual opera e ao qual pode ser conotado. Mesmo esta indicação, contudo, por vezes não é suficiente para reduzir a vagueza da linguagem. Isso ocorre com frequência na linguagem jurídica, a qual é dotada de uma ampla gama de termos valorativos. Aí a vagueza será intencional, ou programática, sendo utilizada na perseguição de certas finalidades. Não constitui, portanto, a vagueza um defeito da linguagem (não se confundindo com a obscuridade), antes podendo constituir, em muitos casos, até mesmo uma vantagem”.

⁶⁷⁸ MARTINS-COSTA, J. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 158: “[a] descrição do fato está, pois, na hipótese legal. Não há dúvidas de que os enunciados em que são utilizados conceitos indeterminados permitem, por sua va-gueza semântica, grande abertura às mudanças de valorações (inclusive as valorações contextuais e semânticas – no exemplo, o que é «necessário» ao sustento). Deve, por isso, o aplicador do direito averiguar quais são as conotações adequadas e as concepções sociais e éticas vigentes, de modo a determinar in concreto o significado do enunciado legal”.

que lhes circundava, o mesmo deve ocorrer em relação à quantificação dessa circunstância do enriquecimento por intervenção. Não há resposta pronta no Código Civil.

Partindo da premissa de que não há resposta pronta, também há de se constatar que não parece existir vedação legal à opção pela restituição de todos os ganhos derivados da intervenção.⁶⁷⁹ Diversamente, o art. 210, II, da LPI autoriza essa medida nos casos de exploração desautorizada da propriedade industrial.⁶⁸⁰ E, de fato, o texto não parece fazer qualquer limitação aos lucros que deverão ser restituídos. Apenas fala que a condenação será determinada a partir “dos benefícios que foram auferidos pelo autor da violação do direito”.

Na mesma direção, o art. 1.216 do Código Civil determina que o possuidor de má-fé responda “por todos os frutos colhidos e percebidos”. Também o art. 103 da Lei de Direitos Autorais tem o mesmo teor, quando determina que “[q]uem editar obra literária, artística ou científica, sem autorização do titular, perderá para este os exemplares que se apreenderem e pagar-lhe-á o preço dos que tiver vendido”.

Assim, com base no entendimento de que não existe, *a priori*, vedação à restituição integral do enriquecimento derivado da intervenção e de que, em algumas circunstâncias, o ordenamento legitima essa pretensão, propõe-se discutir se é possível extrair esse parâmetro da cláusula geral de vedação ao enriquecimento sem causa positivada no art. 884 do Código Civil.

Referida análise tem razão de ser. Nos últimos anos, o tema referente ao alcance das pretensões restitutórias tem ocupado posição de destaque nas discussões relativas ao Direito Privado em muitos países.⁶⁸¹ Da mesma maneira, a decisão proferida pelo STJ não foi capaz de definir muita coisa sobre o tema.

É que foram sugeridos indicadores muito abrangentes para que um perito possa cumprir a difícil missão de aferir o grau de contribuição da vítima e do trabalho do interventor para dimensionar a divisão dos lucros. A decisão criou verdadeira “missão impossível”, a qual, acredita-se, implicará longa litigiosidade.⁶⁸²

A hipótese lançada é a de que, seja qual for o resultado da perícia, ao menos uma das partes impugnará os cálculos e sua eventual homologação. Assim, criou-se margem para

⁶⁷⁹ SABRINA SILVA, apesar de se filiar à corrente da divisão proporcional dos ganhos entre o interventor e a vítima, defende que, nos casos da propriedade industrial e dos direitos autorais, é possível e necessário, respectivamente, adotar-se o critério da restituição integral dos ganhos, descontados apenas os custos de operacionalização despendidos pelos interventores. Cf.: SILVA, S. J. **A intervenção nos direitos subjetivos alheios: com qual fundamento e em que medida é possível restituir o lucro da intervenção?**. 2019. Dissertação (Mestrado) – Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2019. p. 250-251.

⁶⁸⁰ OLIVEIRA, C. E. D.; COSTA-NETO, J. **Direito civil**. 1. ed. São Paulo: Forense, 2022. p. 739.

⁶⁸¹ HONDIUS, E.; JANSSEN, A. Original questionnaire: disgorgement of profits. In: HONDIUS, E.; JANSSEN, A. **Disgorgement of profits: gain-based remedies throughout the world**. 1. ed. London: Springer, 2015. p. 3-12.

⁶⁸² Ainda não teve início a fase de liquidação de sentença do caso *Giovana Antonelli* na Justiça do Rio de Janeiro.

discussão infinita, que tende a retornar ao STJ. Esse cenário é constatado em países que costumavam atribuir esse tipo de condenação e que contam com cultura litigiosa sobremaneira menor do que a brasileira. E, conforme se verá, contribuiu para a expansão da imposição de restituições integrais em países como a Alemanha.

Ainda é importante considerar que a divisão supostamente proporcional dos ganhos entre o interventor e a vítima poderá estimular intervenções sobre direitos alheios, na medida em que, no fim do dia, a intervenção se mostra vantajosa.

Essa análise do efeito dissuasório, há de se deixar claro, não é estranha à doutrina brasileira e não desnatura a essência do enriquecimento sem causa. Conforme se viu, praticamente todos os doutrinadores que se posicionaram pela prevalência do critério do enriquecimento patrimonial sobre o enriquecimento real argumentaram que deixar de fazê-lo implicaria a legitimação do curto-circuito do contrato e, portanto, da manutenção do enriquecimento no patrimônio do interventor.

Dessa forma, analisar a possibilidade de restituição integral dos ganhos oriundos da intervenção não é apenas possível, mas recomendável. Isso, inicialmente, com base numa tripla perspectiva: (i) respeitar a exclusividade da exploração dos bens por parte de seu respectivo titular, com a adequada atribuição do proveito econômico ao seu dono; (ii) dissuadir a prática de intervenção desautorizada sobre direitos alheios; e (iii) conferir previsibilidade e segurança jurídica ao sistema, a partir do rompimento com a imposição de condenações absolutamente subjetivas e fadadas a discussões eternas.

4.3 DELIMITAÇÃO DO OBJETO DO *DISGORGEMENT OF PROFITS*

O termo *disgorgement of profits*, ou simplesmente *disgorgement*, tem origem inglesa e é desconhecido de boa parte da comunidade jurídica dos países de *Civil Law*.⁶⁸³ Apesar disso, professores alemães, ao escreverem em inglês, constantemente utilizam a expressão *to disgorge*

⁶⁸³ HONDIUS, E.; JANSSEN, A. Original questionnaire: disgorgement of profits. In: HONDIUS, E.; JANSSEN, A. **Disgorgement of profits: gain-based remedies throughout the world**. 1. ed. London: Springer, 2015. p. 3-12. p. 6.

ou *disgorgement*,⁶⁸⁴ assim como professores brasileiros que escrevem sobre o enriquecimento sem causa por intervenção em língua inglesa.⁶⁸⁵

Não existe consenso sobre o conceito, de modo que é imprescindível, para fins de análise da compatibilidade entre o instituto e o Direito brasileiro, delimitar o que se entende por *disgorgement*.

JAMES EDELMAN, em uma das principais obras sobre o tema, propõe divisão entre duas classes de pretensões pautadas em ganhos: *restitutionary damages* e *disgorgement damages*.⁶⁸⁶ A primeira modalidade diria respeito à “reversão de uma transferência de valor”.⁶⁸⁷ Em síntese, a ideia é de uma pretensão correspondente ao valor objetivo da utilização indevida do direito alheio. O autor exemplifica seu entendimento com base no caso *Beck and Others v. Northern Natural Gas Company*.⁶⁸⁸

Na oportunidade, a companhia “estocou” gás sob a propriedade dos autores.⁶⁸⁹ Assim, houve “transferência de valor” relativa ao que a companhia deixou de pagar aos proprietários da coisa para que fosse dada essa utilidade:

In reversing a transfer of value, restitutionary damages focus upon the fact that value has been transferred from a claimant and that value is measured as the

⁶⁸⁴ DANNEMANN, G. **The German law of unjustified enrichment and restitution**: a comparative introduction. 1. ed. Oxford: Oxford University Press, 2009; HELMS, T. Disgorgement of profits in German law. In: HONDIUS, E.; JANSSEN, A. **Disgorgement of profits**: gain-based remedies throughout the world. 1. ed. London: Springer, 2015. p. 219-230.

⁶⁸⁵ MICHELON JR., C. Direito restitutivo: enriquecimento sem causa, pagamento indevido, gestão de negócios. In: REALE, M.; MARTINS-COSTA, J. **Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (Coleção Biblioteca de Direito Civil). p. 243-276.

⁶⁸⁶ EDELMAN, J. **Gain-based damages**: contract, tort, equity and intellectual property. Portland: Hart Publishing, 2002. p. 65. Aqui também é preciso fazer remissão ao regime de *restitution for wrongs* inglês. Uma vez que nesse modelo a justificativa para a restituição é o ato ilícito, e não o enriquecimento, fala-se em “*damages*”: “[...] damages are a money award from wrongdoing”. Cf.: EDELMAN, J. Gain-based damages and compensation. In: BURROWS, A.; RODGER, A. **Mapping the Law**: essays in memory of Peter Birks. Oxford: Oxford University Press, 2006. p. 141-162. p. 146. MARTIN HOGG, autor do capítulo relativo ao direito escocês na obra “Disgorgement of Profits – Gain-Based Remedies throughout the World”, faz a mesma ressalva, em atenção à ponderação de EDELMAN, no sentido que, no Direito inglês, o termo “*damages*” não diz respeito apenas a pretensões de natureza compensatória, como ocorre na Escócia e também no Brasil: “[d]amages (in all fields of Scots private law, including contract and delict) are restricted to the idea of monetary compensation for loss suffered by the party bringing the claim. By contrast, the idea of damages in English law encompasses not only compensatory damages, but also aggravated, exemplary, disgorgement, restitutionary, punitive, and nominal damages.¹⁰ As one respected commentator has put it, damages in English law ‘means nothing more specific than a monetary award for a wrong’, a definition of sufficient breadth to allow compensation, gain-stripping, punishing, and other aims to be met in Common law systems through a damages award”. Cf.: HOGG, M. A. Disgorgement of profits in Scots law. In: HONDIUS, E.; JANSSEN, A. **Disgorgement of profits**: gain-based remedies throughout the world. 1. ed. London: Springer, 2015. p. 325-344. p. 325.

⁶⁸⁷ EDELMAN, J. **Gain-based damages**: contract, tort, equity and intellectual property. Portland: Hart Publishing, 2002. p. 66.

⁶⁸⁸ 170 F 3d 1018 (1999 10th Cir CA).

⁶⁸⁹ MCINNES, M. Resisting temptations to ‘justice’. In: CHAMBERS, R.; MITCHELL, C.; PENNER, J. **Philosophical foundations of the law of unjust enrichment**. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 164-232. p. 167.

objective receipt by the defendant. An example seen in chapter two was the case of *Beck and Others v. Northern Natural Gas Company*. It will be recalled that the storage of gas under the claimants' properties, committing the tort of trespass, transferred value from the claimants, being the value of the right to store gas under the claimants' property, the value of the "use" of the property. The objective value transferred was the reasonable market rate for the storage of gas under the defendants' properties.⁶⁹⁰

A ideia representa uma ficção jurídica. É como se o não pagamento do preço pela contratação da regular exploração do direito implicasse o dever de que essa "não transferência" fosse restituída. Assim, como o valor da restituição corresponde ao valor da contratação não realizada, a qual é aferível, tem-se a ideia de "give back", isto é, de devolver algo que, em tese, pertence ao titular.⁶⁹¹

Dessa forma, o STJ, no caso da atriz *Giovanna Antonelli*, seguiu entendimento semelhante quando considerou que a condenação ao pagamento do preço de exploração da imagem teria natureza reparatória; e não restitutória. A decisão, porém, foi criticada no ponto,⁶⁹² conforme já se expôs neste trabalho.

É que a situação de exploração desautorizada da imagem de uma atriz não representou um lucro que a atriz deixou de ganhar em decorrência do não pagamento do "cachê" correspondente.⁶⁹³ Afinal de contas, sem a intervenção, ela não teria ganhado nada, de modo que não havia expectativa de recebimento daquele valor.⁶⁹⁴

Portanto, como não havia expectativa de receber nada, não é possível falar que a restituição corresponde à devolução do valor que deveria ter sido pago inicialmente.⁶⁹⁵ De modo distinto, corresponde, pois, à renúncia, por parte do interventor, da despesa economizada para remunerar o titular do direito indevidamente explorados que geraram lucro.⁶⁹⁶ A perspectiva de *give back*, portanto, tem forte relação com a justificativa inglesa para a restituição nos casos de intervenção: o ato ilícito. Mas também se liga à ideia de deslocamento patrimonial da teoria unitária do enriquecimento sem causa.⁶⁹⁷

⁶⁹⁰ EDELMAN, J. **Gain-based damages**: contract, tort, equity and intellectual property. Portland: Hart Publishing, 2002. p. 70.

⁶⁹¹ BIRKS, P. **Unjust enrichment**. 2. ed. Oxford University Press, 2005. p. 281-283.

⁶⁹² OLIVEIRA, C. E. D.; COSTA-NETO, J. **Direito civil**. 1. ed. São Paulo: Forense, 2022. p. 734.

⁶⁹³ OLIVEIRA, C. E. D.; COSTA-NETO, J. **Direito civil**. 1. ed. São Paulo: Forense, 2022. p. 734.

⁶⁹⁴ OLIVEIRA, C. E. D.; COSTA-NETO, J. **Direito civil**. 1. ed. São Paulo: Forense, 2022. p. 734.

⁶⁹⁵ OLIVEIRA, C. E. D.; COSTA-NETO, J. **Direito civil**. 1. ed. São Paulo: Forense, 2022. p. 734.

⁶⁹⁶ MORAES, R. D. F. D. **Enriquecimento sem causa e enriquecimento por intervenção**. São Paulo: Almedina, 2021. p. 370.

⁶⁹⁷ KREBS, T. The fallacy of 'restitution for wrongs'. In: BURROWS, A.; RODGER, A. **Mapping the law**: essays in memory of Peter Birks. Oxford: Oxford University Press, 2006. p. 379-399. p. 380-381.

Para designar a mesma situação, muitos autores utilizam o termo “*reasonable fee*”.⁶⁹⁸ A escolha parece mais adequada, ao menos para fins didáticos. Isso porque, para este trabalho, e para boa parte da doutrina,⁶⁹⁹ o termo “restitutório”⁷⁰⁰ diz respeito a pretensões pautadas em ganhos de forma abrangente. É, pois, gênero de pretensão, e não espécie.

WATTERSON, compartilha da ideia da *reasonable fee* como espécie de pretensão restitutória caracterizada pelo pagamento do preço objetivo de uso do direito nos casos de intervenção.⁷⁰¹ O autor, porém, deixa claro que há muitas formas de se referir a essa pretensão, o que pode implicar desentendimentos conceituais.⁷⁰²

Contudo, seria característica comum das diferentes nomenclaturas o pagamento de um valor reputado razoável, o qual consistiria (a) no preço de mercado de exploração daquele direito ou, quando isso não for possível, (b) no valor relativo a uma negociação hipotética entre as partes:

What these reasonable fee awards have in common is that they see the courts requiring a wrongdoer to pay a sum which represents the reasonable (objectively-determined) value of the liberty/right to do as he did (or in some cases, the value of the liberty/right to do as he proposes to do in future). The necessary valuation exercise can occur in various ways. Sometimes, a reasonable sum is simply plucked from the air. More often, the courts (a) identify an appropriate market rate, or (b) as a fall-back, adopt a “hypothetical negotiations” approach, which is directed at identifying the price that might reasonably be agreed to legitimate the defendant’s wrongful conduct.⁷⁰³

JOÃO COSTA-NETO e CARLOS E. ELIAS DE OLIVEIRA, ao tratarem do assunto, afirmam que a *reasonable fee* do Direito inglês corresponde ao conceito de enriquecimento objetivo ou real abordado pela doutrina brasileira e pelo STJ.⁷⁰⁴ Os autores sustentam que o art. 210, III, da LPI traduz verdadeira previsão pautada na restituição de *reasonable fee* no Direito brasileiro.⁷⁰⁵

⁶⁹⁸ OLIVEIRA, C. E. D.; COSTA-NETO, J. **Direito civil**. 1. ed. São Paulo: Forense, 2022. p. 733.

⁶⁹⁹ VIRGO, G. **The principles of the law of restitution**. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2015. p. 5. Nesse sentido, veja-se a ponderação de GRAHAM VIRGO: “[e]ven though the description of these disgorgement remedies as ‘restitutionary’ is not always felicitous, it is still appropriate to treat them as falling within the law of restitution, simply because the remedy is assessed by reference to a gain made by the defendant, albeit that the defendant is required to give this gain up rather than give it back”.

⁷⁰⁰ Cf.: BIRKS, P. **Unjust enrichment**. 2. ed. Oxford University Press, 2005. p. 281-283

⁷⁰¹ WATTERSON, S. M. A. Gain-based remedies for civil wrongs in England and Wales. *In*: HONDIUS, E.; JANSSEN, A. **Disgorgement of profits: gain-based remedies throughout the world**. 1. ed. London: Springer, 2015. p. 29-70. p. 38.

⁷⁰² WATTERSON, S. M. A. Gain-based remedies for civil wrongs in England and Wales. *In*: HONDIUS, E.; JANSSEN, A. **Disgorgement of profits: gain-based remedies throughout the world**. 1. ed. London: Springer, 2015. p. 29-70. p. 39.

⁷⁰³ WATTERSON, S. M. A. Gain-based remedies for civil wrongs in England and Wales. *In*: HONDIUS, E.; JANSSEN, A. **Disgorgement of profits: gain-based remedies throughout the world**. 1. ed. London: Springer, 2015. p. 29-70. p. 39.

⁷⁰⁴ OLIVEIRA, C. E. D.; COSTA-NETO, J. **Direito civil**. 1. ed. São Paulo: Forense, 2022. p. 735.

⁷⁰⁵ OLIVEIRA, C. E. D.; COSTA-NETO, J. **Direito civil**. 1. ed. São Paulo: Forense, 2022. p. 739.

O conceito, portanto, não é estranho ao Direito brasileiro. Na perspectiva de RENATO MORAES, corresponde à restituição pela poupança de despesas.⁷⁰⁶

Já o *disgorgement*, por outro lado, de acordo com EDELMAN, “[...] é mensurado pelo efetivo proveito acumulado pelo réu a partir do ilícito”.^{707/708} O *disgorgement*, portanto, corresponde à pretensão restitutória por meio da qual o interventor é compelido a abrir mão de todos os ganhos derivados da intervenção. Dessa forma, as eventuais habilidade e experiência do interventor para a conquista do ganho são irrelevantes, de modo que todo o lucro deve ser restituído ao titular do direito utilizado.⁷⁰⁹

Mas esse não é o único sentido atribuído ao termo “*disgorgement*”, bem como o termo “*disgorgement*” não é o único utilizado para designar referida pretensão de restituição de todos os ganhos derivados da intervenção.

O termo “*disgorgement*” pode também ser utilizado como ligado ao gênero de pretensões restitutórias, isto é, às pretensões pautadas em ganhos, conforme sugestão de PETER BIRKS.⁷¹⁰ HONDIUS e JANSSEN, por sua vez, referem-se ao *disgorgement* tanto como gênero quanto como espécie. De um lado, portanto, estariam os *disgorgement damages*; do outro, o *disgorgement of profits*:

Arguably the most discussed and most distinct private law instrument when it comes to the disgorgement of profits are the so-called disgorgement, restitutionary or gain-based damages. Furthermore, there are additional other terms for this legal instrument, which of course complicates its understanding. In strong contrast to the “regular” compensatory damages they are measured only according to the wrongdoer’s gain based on the infringement rather than the plaintiff’s losses and represent an anomaly in a number of legal systems. [...]The profit to be paid out is therefore calculated separately from the harm that has arisen and can, as such, be much greater; a link to the actual harm is therefore not made.⁷¹¹

Igualmente, são atribuídos outros nomes a essa pretensão pautada na restituição integral dos ganhos derivados da intervenção. Nesse sentido, *disgorgement* corresponderia ao

⁷⁰⁶ MORAES, R. D. F. D. **Enriquecimento sem causa e enriquecimento por intervenção**. São Paulo: Almedina, 2021. p. 370.

⁷⁰⁷ EDELMAN, J. **Gain-based damages: contract, tort, equity and intellectual property**. Portland: Hart Publishing, 2002. p. 72.

⁷⁰⁸ A menção ao ilícito decorre, conforme mencionado, da tradição inglesa de analisar as circunstâncias de intervenção a partir da ilicitude das condutas, e não da falta de justificativa idônea a autorizar a manutenção do enriquecimento. Desse modo, o termo “*wrong*” assume conotação de “intervenção”, e doravante assim se tratará.

⁷⁰⁹ EDELMAN, J. **Gain-based damages: contract, tort, equity and intellectual property**. Portland: Hart Publishing, 2002. p. 72.

⁷¹⁰ BIRKS, P. **Unjust enrichment**. 2. ed. Oxford University Press, 2005. p. 281-283.

⁷¹¹ Cf.: HONDIUS, E.; JANSSEN, A. General report. In: HONDIUS, E.; JANSSEN, A. **Disgorgement of profits: gain-based remedies throughout the world**. 1. ed. London: Springer, 2015. p. 471-504. p. 475-476.

conceito de *account of profits*, tradicionalmente concebido no âmbito do *Equity*, para o *Common Law*.⁷¹² O *account of profits*, de acordo com EDELMAN, representa pretensão que “expressa o propósito de determinar, da forma mais precisa possível, a verdadeira extensão dos ganhos ou benefícios obtidos”.⁷¹³

PAOLO GALLO, ao comentar o sistema inglês, fez a referência de que o *account of profits* corresponderia “à restituição de todos os ganhos”.⁷¹⁴ HONDIUS e JANSSEN, na verdade, defendem que o *disgorgement of profits* e o *account of profits* podem ser concebidos como sinônimos.⁷¹⁵ Há quem fale, ainda, em *profit-stripping awards*.⁷¹⁶

Na mesma linha, HELMS afirma que referido conceito de restituição de todos os ganhos derivados da intervenção é o dominante, no que diz respeito à expressão *disgorgement of profits*, no Direito alemão:

[...] the concept of disgorgement of profits is not as clear as it seems at first glance because the profits gained from the infringement can be assessed in two different ways: on the one hand, an illegal benefit can be seen as the entirety of the assets that have accrued to the infringer as a result of the infringement; alternatively, an illegally gained benefit can be seen in the sum of money the infringer avoided paying by using another person’s right without authorisation. In German law the term “disgorgement of profits” usually only refers to the first form of – comprehensive – disgorgement of profits and will therefore only be used in this manner in the following article.⁷¹⁷

⁷¹² Existe uma diferença, nos países de tradição jurídica anglo-americana, entre dois modelos que compunham o sistema jurídico nesses lugares: o *Common Law* e o *Equity*. A rigidez e as limitações do antigo *Common Law* fizeram nascer um sistema alternativo pautado na justiça, qual seja, o *Equity*. Com a distinção, foram criadas duas classes de tribunais, com procedimentos e objetos próprios. O primeiro dizia respeito ao direito construído na experiência dos tribunais. O segundo, por sua vez, era concebido como regime derivado da ideia de justiça. No direito inglês hodierno, não há separação rígida entre os modelos de *equity* e do *Common Law*. Cf. HARRIS, P. **An introduction to law**. 7. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, p. 209-210; BURNHAM, W. **Introduction to the law and legal system of the United States**. 5. ed. St. Paul: West, 2011. p. 243-244; WEBB, D; SANDERS, K.; SCOTT, P. **The New Zealand Legal System: structures and processes**. 5. ed. Wellington: Lexis Nexis, 2010. p. 64-71.

⁷¹³ EDELMAN, J. Gain-based damages and compensation. In: BURROWS, A.; RODGER, A. **Mapping the law: essays in memory of Peter Birks**. Oxford: Oxford University Press, 2006. p. 141-162. p. 142. Tradução nossa. No original: express purpose “to determine as accurately as possible the true measure of the profit or benefit obtained” by the defendant from the wrong”.

⁷¹⁴ GALLO, P. Unjust enrichment: a comparative analysis. **The American Journal of Comparative Law**, v. 40, p. 431-465, 1992. p. 451.

⁷¹⁵ HONDIUS, E.; JANSSEN, A. Original questionnaire: disgorgement of profits. In: HONDIUS, E.; JANSSEN, A. **Disgorgement of profits: gain-based remedies throughout the world**. 1. ed. London: Springer, 2015. p. 3-12. p. 4.

⁷¹⁶ WATTERSON, S. M. A. Gain-based remedies for civil wrongs in England and Wales. In: HONDIUS, E.; JANSSEN, A. **Disgorgement of profits: gain-based remedies throughout the world**. 1. ed. London: Springer, 2015. p. 29-70. p. 39.

⁷¹⁷ HELMS, T. Disgorgement of profits in German law. In: HONDIUS, E.; JANSSEN, A. **Disgorgement of profits: gain-based remedies throughout the world**. 1. ed. London: Springer, 2015. p. 219-230. p. 219.

Dentre os brasileiros que dissertaram sobre o *disgorgement*, destacam-se JOÃO COSTA NETO e CARLOS E. ELIAS DE OLIVEIRA, RENATO MORAES, além de NELSON ROSENVALD e VICTOR PAVAN.

JOÃO COSTA-NETO e CARLOS E. ELIAS DE OLIVEIRA, por exemplo, falam que o *disgorgement* corresponde, pois, ao conceito dominante de enriquecimento patrimonial ou subjetivo entendido pelos brasileiros.⁷¹⁸ Isso porque, por meio do *disgorgement*, o interventor é obrigado a abrir mão de todos os ganhos derivados da intervenção.⁷¹⁹ Eles defendem que há um dispositivo do ordenamento que representa clássica previsão de *disgorgement*: o art. 210, II, da LPI.⁷²⁰ Por meio dele, a vítima pode escolher receber todos os benefícios derivados da intervenção sobre sua propriedade industrial.⁷²¹

Os autores se manifestam, *a priori*, pela compatibilidade entre o *disgorgement* e o ordenamento jurídico brasileiro para além das situações abarcadas pelo art. 210, II, da LPI.⁷²² O dispositivo normativo autorizador seria o art. 884 do Código Civil, isto é, a cláusula geral de vedação ao enriquecimento sem causa.⁷²³

Já RENATO MORAES fala em *account and disgorgement of profits*.⁷²⁴ Ou seja: na linha defendida por HONDIUS e JANSSEN, o autor equipara as duas nomenclaturas como forma de restituição caracterizada pelo “[...] afastamento da integralidade dos lucros auferidos pela parte beneficiada”.⁷²⁵ Conforme se verá adiante, RENATO MORAES defende que o *disgorgement* é incompatível tanto com a responsabilidade civil quanto com o enriquecimento sem causa brasileiros, e, portanto, o instituto é incompatível com o ordenamento jurídico nacional.⁷²⁶

NELSON ROSENVALD, por sua vez, fala que, por meio do *disgorgement*, “há supressão da vantagem adquirida pelo réu com independência de qualquer translação de bens pelo autor. [...] O *disgorgement* não apenas visa a privar o agente dos ganhos realizados, como também pelas despesas economizadas [...]”.⁷²⁷

⁷¹⁸ OLIVEIRA, C. E. D.; COSTA-NETO, J. **Direito civil**. 1. ed. São Paulo: Forense, 2022. p. 735.

⁷¹⁹ OLIVEIRA, C. E. D.; COSTA-NETO, J. **Direito civil**. 1. ed. São Paulo: Forense, 2022. p. 738.

⁷²⁰ OLIVEIRA, C. E. D.; COSTA-NETO, J. **Direito civil**. 1. ed. São Paulo: Forense, 2022. p. 738.

⁷²¹ OLIVEIRA, C. E. D.; COSTA-NETO, J. **Direito civil**. 1. ed. São Paulo: Forense, 2022. p. 738.

⁷²² OLIVEIRA, C. E. D.; COSTA-NETO, J. **Direito civil**. 1. ed. São Paulo: Forense, 2022. p. 739.

⁷²³ OLIVEIRA, C. E. D.; COSTA-NETO, J. **Direito civil**. 1. ed. São Paulo: Forense, 2022. p. 739.

⁷²⁴ MORAES, R. D. F. D. **Enriquecimento sem causa e enriquecimento por intervenção**. São Paulo: Almedina, 2021. p. 89-98.

⁷²⁵ MORAES, R. D. F. D. **Enriquecimento sem causa e enriquecimento por intervenção**. São Paulo: Almedina, 2021. p. 93.

⁷²⁶ MORAES, R. D. F. D. **Enriquecimento sem causa e enriquecimento por intervenção**. São Paulo: Almedina, 2021. p. 96.

⁷²⁷ ROSENVALD, Nelson. **A responsabilidade civil pelo ilícito lucrativo: o *disgorgement* e a indenização restitutória**. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 270.

Com efeito, TOBIAS HELMS explica que, até o início dos anos 2000, falava-se muito pouco sobre o *disgorgement* na Alemanha.⁷²⁸ Isso foi alterado a partir de uma decisão do Tribunal Federal de Justiça.⁷²⁹ Nela, ficou estabelecido que a parte teria de restituir todos os ganhos derivados da intervenção, sendo autorizado desconto tão somente dos custos despendidos para a produção do enriquecimento.⁷³⁰ Trata-se, nas palavras de HONDIUS e JANSSEN, da “*Gemeinkostenanteil-decision*”:

With respect to the calculation of the total profit, the German Supreme Court greatly limited the possibility to deduct the wrongdoer’s costs. Prior to this decision it was possible to deduct the overheads and direct costs from the profits, though now only the direct costs (i.e. the variable costs) and not the overheads (i.e. the fixed costs) can be deducted. As a consequence the exclusion of the deduction of the overheads prevents the effect that the injured party de facto financially supports the wrongdoer’s company.¹⁸⁶ The German Supreme Court also made further restrictions with respect to the determination of the part of the profits to be disgorged: in contrast to its earlier jurisprudence the court will only consider circumstances that are created by the product itself and not, however, from the wrongdoer’s sales management (such as his market position, advertising or pricing policy). The result was a clear increase in the proportion of the profits to be disgorged.⁷³¹

TOBIAS HELMS destaca que o cálculo da contribuição de cada parte era tão complicado e cercado de incertezas que era mais fácil, e comum, que as partes pedissem o valor que deveria ter sido pago para que a exploração do direito fosse adequada.⁷³²

Na verdade, HELMS explicita que a perspectiva com a qual se abordava a questão era essencialmente na direção da compensação por perdas, e não da restituição de ganhos.⁷³³ O próprio *leading case* do Tribunal Federal de Justiça partiu de uma ficção por meio da qual os lucros não devem ser restituídos, mas compensados, porque a vítima poderia ter feito o mesmo que o interventor.⁷³⁴ Não por acaso, GENHARD DANNEMANN comenta ser irritante a confusão

⁷²⁸ HELMS, T. Disgorgement of profits in German law. In: HONDIUS, E.; JANSSEN, A. **Disgorgement of profits: gain-based remedies throughout the world**. 1. ed. London: Springer, 2015. p. 219-230. p. 225.

⁷²⁹ HELMS, T. Disgorgement of profits in German law. In: HONDIUS, E.; JANSSEN, A. **Disgorgement of profits: gain-based remedies throughout the world**. 1. ed. London: Springer, 2015. p. 219-230. p. 225.

⁷³⁰ HELMS, T. Disgorgement of profits in German law. In: HONDIUS, E.; JANSSEN, A. **Disgorgement of profits: gain-based remedies throughout the world**. 1. ed. London: Springer, 2015. p. 219-230. p. 225.

⁷³¹ Cf.: HONDIUS, E.; JANSSEN, A. General report. In: HONDIUS, E.; JANSSEN, A. **Disgorgement of profits: gain-based remedies throughout the world**. 1. ed. London: Springer, 2015. p. 471-504. p. 503.

⁷³² HELMS, T. Disgorgement of profits in German law. In: HONDIUS, E.; JANSSEN, A. **Disgorgement of profits: gain-based remedies throughout the world**. 1. ed. London: Springer, 2015. p. 219-230. p. 225.

⁷³³ HELMS, T. Disgorgement of profits in German law. In: HONDIUS, E.; JANSSEN, A. **Disgorgement of profits: gain-based remedies throughout the world**. 1. ed. London: Springer, 2015. p. 223-225.

⁷³⁴ Cf.: HONDIUS, E.; JANSSEN, A. General report. In: HONDIUS, E.; JANSSEN, A. **Disgorgement of profits: gain-based remedies throughout the world**. 1. ed. London: Springer, 2015. p. 471-504. p. 503.

feita pelos tribunais em relação à diferença entre o enriquecimento sem causa e a responsabilidade civil.⁷³⁵

GENHARD DANNEMANN esclarece que um contexto no qual é reconhecido o direito ao *disgorgement* é o da chamada gestão de negócios imprópria.⁷³⁶ Alguns ordenamentos contêm previsões específicas, no âmbito da gestão de negócios, para os casos em que o gestor age em seu próprio interesse, e não no do dono do negócio, de modo a se beneficiar financeiramente:

There is yet another way of claiming restitution in situations where the defendant has interfered with the claimant's rights. A well-hidden provision in the BGB allows restitution in cases of unjustified negotiorum gestio. Section 687 para. 2 BGB (referring to §§ 681 sent. 2, 667 BGB) applies to an interferer who conducts someone else's business in the full knowledge that he or she is not entitled to do so. It gives the person whose business is conducted the right to claim anything which the interferer has obtained by conducting this business, in exchange for reimbursement of reasonable expenses.⁷³⁷

RENATO MORAES, em sua tese de doutorado, chegou a analisar se a gestão de negócios poderia oferecer enquadramento sistemático às situações de intervenção no Direito brasileiro.⁷³⁸ Isso porque, conforme se depreende do cenário apresentado, a gestão imprópria de negócios tem nítida relação com o enriquecimento sem causa por intervenção.

No ponto, GENHARD DANNEMANN afirmou que a manutenção do modelo da gestão imprópria de negócios é desnecessária e serve para tornar mais complexo o Direito alemão.⁷³⁹ No Brasil, como não existe previsão da gestão de negócios imprópria, de forma que há, aqui, a premissa de que na gestão de negócios o gestor atuará em favor do dono do negócio, essa situação é abarcada pelo enriquecimento por intervenção, conforme também concluiu RENATO MORAES.⁷⁴⁰ MENEZES LEITÃO afirma que a mesma coisa acontece em Portugal.⁷⁴¹

⁷³⁵ DANNEMANN, G. **The German law of unjustified enrichment and restitution**: a comparative introduction. 1. ed. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 95.

⁷³⁶ DANNEMANN, G. **The German law of unjustified enrichment and restitution**: a comparative introduction. 1. ed. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 104.

⁷³⁷ DANNEMANN, G. **The German law of unjustified enrichment and restitution**: a comparative introduction. 1. ed. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 104.

⁷³⁸ MORAES, R. D. F. D. **Enriquecimento sem causa e enriquecimento por intervenção**. São Paulo: Almedina, 2021. p. 55-88.

⁷³⁹ DANNEMANN, G. **The German law of unjustified enrichment and restitution**: a comparative introduction. 1. ed. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 206: “[t]he negotiorum gestio model can be equally useful and allows for recovery of expenditure in situations in which it would be more difficult to argue why a claim should lie in unjustified enrichment, and why the measure should be based on the claimant's outlay rather than the defendant's gain. However, the reverse claim which the party whose business has been conducted will have against the intervener—namely restitution of everything the intervener has obtained during the course of conducting the business—overlaps with unjustified enrichment”.

⁷⁴⁰ MORAES, R. D. F. D. **Enriquecimento sem causa e enriquecimento por intervenção**. São Paulo: Almedina, 2021. p. 87-88.

⁷⁴¹ MENEZES LEITÃO, L. M. T. D. **Direito das obrigações**: introdução – da constituição das obrigações. 15. ed. Coimbra: Almedina, 2021. v. 1. p. 504.

Na verdade, GENHARD DANNEMANN defende que a única vantagem da gestão de negócios imprópria é o amplo reconhecimento à possibilidade do *disgorgement*, o que não acontece, tradicionalmente, em relação aos demais casos de enriquecimento sem causa por intervenção:

The reader may wonder why it is necessary to resort to an opaque and at best peripheral provision when the Eingriffskondiktion already provides a remedy for cases of infringement. The reason why unjustified negotiorum gestio became an attractive option concerns its measure of restitution. As it entitles the claimant to anything which the interferer obtained by conducting the claimant's business, this remedy is gain-based. Therefore for intentional infringements, this provision puts beyond discussion whether the claimant is entitled to strip the defendant of any profits made (for example by advertising using the claimant's good name), or limited to restitution calculated according to the value of the use of the infringed right (for example the appropriate licence fee).⁷⁴²

A conclusão de DANNEMANN sobre a utilização do *disgorgement* no Direito alemão é a de que ele não representa a regra geral de restituição, mas tem obtido cada vez mais espaço nas decisões judiciais e nas discussões jurídicas como um todo.⁷⁴³ O autor exemplifica que, a partir de previsões legais, o *disgorgement* tem sido autorizado nos casos de violação intencional a direitos autorais, patentes e marcas, além da gestão de negócios imprópria.⁷⁴⁴

Em relação à expansão do *disgorgement* sobre o direito da propriedade intelectual, HONDIUS e JANSSEN destacam que, atualmente, 75% das ações ajuizadas contra violações de patentes têm como pedido não o pagamento de uma *reasonable fee*, mas do *disgorgement*.⁷⁴⁵

GENHARD DANNEMANN afirma que o estabelecimento dessa modalidade de quantificação das restituições como regra é um debate em curso no Direito alemão.⁷⁴⁶ ZIMMERMANN e JOHNSTON falam da possibilidade de *disgorgement* em alguns casos de violação contratual e que tem crescido o debate relativo à expansão desse modelo restitutivo na

⁷⁴² DANNEMANN, G. **The German law of unjustified enrichment and restitution**: a comparative introduction. 1. ed. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 115.

⁷⁴³ DANNEMANN, G. **The German law of unjustified enrichment and restitution**: a comparative introduction. 1. ed. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 132-134.

⁷⁴⁴ DANNEMANN, G. **The German law of unjustified enrichment and restitution**: a comparative introduction. 1. ed. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 134.

⁷⁴⁵ Cf.: HONDIUS, E.; JANSSEN, A. General report. In: HONDIUS, E.; JANSSEN, A. **Disgorgement of profits: gain-based remedies throughout the world**. 1. ed. London: Springer, 2015. p. 471-504. p. 503.

⁷⁴⁶ DANNEMANN, G. **The German law of unjustified enrichment and restitution**: a comparative introduction. 1. ed. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 134.

Alemanha.⁷⁴⁷ Os autores, porém, destacam que, nos Estados Unidos, a simples má-fé já autoriza a restituição integral dos ganhos.⁷⁴⁸

Na Inglaterra, berço, por assim dizer, do *disgorgement*, a pretensão é usualmente concedida em casos de violação a deveres fiduciários.⁷⁴⁹ O *leading case* do *disgorgement* na Inglaterra, e em todo mundo, é *Attorney-General v. Blake*.⁷⁵⁰ George Blake era um agente duplo. Apesar de pertencer ao serviço secreto britânico, mantinha relações com a Rússia. Em um dado momento, Blake publicou livro de memórias no qual expunha dados sensíveis aos quais teve acesso no período em que trabalhou para o governo britânico. Na hipótese, o livro de memórias não causou nenhum dano concreto à Coroa, mas gerou ganhos financeiros ao agente duplo. Dessa forma, a Coroa pediu a restituição dos ganhos auferidos a partir da publicação do livro.

Entretanto, a aplicação do *disgorgement* no Direito inglês não é generalizada.⁷⁵¹ Muitos autores, como ANDRE BURROWS⁷⁵² e GRAHAM VIRGO,⁷⁵³ falam que a aplicação de um teste de causalidade é capaz de evitar a restituição por *disgorgement*. Trata-se do “*but for test*”. Por meio dele, procura-se saber se o interventor teria auferido os ganhos a despeito da intervenção. Nas palavras de GRAHAM VIRGO:

Traditionally, the test of causation which has been used in respect of restitutionary claims founded on wrongdoing is the ‘but for’ test. Consequently, the defendant will only be liable to make restitution where the claimant can show that the defendant would not have obtained the particular benefit but for the commission of the wrong.⁷⁵⁴

Dessa forma, o “*but for test*” limita sobremaneira as pretensões restitutórias, em sentido ainda mais amplo do que ocorre com a regra geral adotada pelo STJ a partir da proposta de SÉRGIO SAVI: distribuição proporcional dos ganhos entre a vítima e o interventor.⁷⁵⁵ Isso é demonstrado a partir de exemplo apresentado por GRAHAM VIRGO.⁷⁵⁶

⁷⁴⁷ JOHNSTON, D.; ZIMMERMANN, R. Unjustified enrichment: surveying the landscape. In: JOHNSTON, D.; ZIMMERMANN, R. **Unjustified enrichment**: key issues in comparative. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. p. 3-36. p. 11.

⁷⁴⁸ JOHNSTON, D.; ZIMMERMANN, R. Unjustified enrichment: surveying the landscape. In: JOHNSTON, D.; ZIMMERMANN, R. **Unjustified enrichment**: key issues in comparative. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. p. 3-36. p. 23.

⁷⁴⁹ VIRGO, G. **The principles of the law of restitution**. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2015. p. 19.

⁷⁵⁰ [2001] 1 AC 268.

⁷⁵¹ BURROWS, A. **The law of restitution**. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 645-647.

⁷⁵² BURROWS, A. **The law of restitution**. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 625.

⁷⁵³ VIRGO, G. **The principles of the law of restitution**. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2015. p. 434.

⁷⁵⁴ VIRGO, G. **The principles of the law of restitution**. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2015. p. 434

⁷⁵⁵ SAVI, S. **Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa**: o lucro da intervenção. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 140.

⁷⁵⁶ VIRGO, G. **The principles of the law of restitution**. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2015. p. 434.

O autor fala do caso *My Kinda Town Ltd v Soll*,⁷⁵⁷ no qual o réu deu a um restaurante nome similar ao do restaurante do autor. A decisão foi de que o autor deveria receber todos os ganhos obtidos a partir dos consumidores que confundiram os estabelecimentos. Isso porque, para referido universo de consumidores, entendeu-se, com base no “*but for test*”, que esse lucro foi obtido apenas a partir do autor. VIRGO, em sua conclusão, destaca a dificuldade de aplicar a medida: “[c]laramente, em casos como esse será particularmente difícil determinar quais benefícios obtidos pelo réu são atribuíveis ao ilícito”.⁷⁵⁸

Esse teste de causalidade, por outro lado, é relativizado nas circunstâncias de quebra de dever fiduciário. Nesses casos, VIRGO afirma que “[...] o réu fiduciário será responsável por restituir ao autor os ganhos obtidos a partir da quebra do dever fiduciário mesmo se o réu pudesse ter feito os ganhos sem ter praticado o ilícito”.⁷⁵⁹

O autor afirma que a razão pela qual as Cortes inglesas decidem dessa forma tem a ver com o desestímulo “[...] à tentação de abusar de relações de confiança”.⁷⁶⁰ Logo, se alguém presta assistência a essa violação fiduciária, sua responsabilidade não será medida a partir do “*but for test*”, mas por meio do referencial de que a participação foi causa efetiva da obtenção dos ganhos.⁷⁶¹ Assim, ANDREW BURROWS conclui que, na Inglaterra, a restituição integral dos ganhos derivados da intervenção tem vez nos casos de violação a deveres fiduciários, a patentes e a direitos autorais.⁷⁶²

No âmbito do Direito português, também persiste discussão sobre a melhor forma de quantificar as situações de enriquecimento por intervenção. MENEZES LEITÃO, por exemplo, afirma que após a formulação da doutrina da atribuição a ideia geral era a de que “[o] enriquecimento por intervenção teria por objeto a restituição integral do resultado da intervenção, ou seja, a restituição das vantagens resultantes da exploração dos bens ou posições jurídicas alheias”.⁷⁶³

⁷⁵⁷ [1983] RPC 407.

⁷⁵⁸ Tradução nossa. No original: “[c]learly in cases such as this it will be particularly difficult to determine which benefits obtained by the defendant are attributable to the commission of the wrong”. VIRGO, G. **The principles of the law of restitution**. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2015. p. 434.

⁷⁵⁹ Tradução nossa. No original: “[...] defendant fiduciary will be liable to account to the claimant for profits made from the breach of fiduciary duty even if the profit would have been made had the defendant not committed the wrong”. Cf.: VIRGO, G. **The principles of the law of restitution**. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2015. p. 434.

⁷⁶⁰ VIRGO, G. **The principles of the law of restitution**. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2015. p. 435. Tradução nossa. No original: “[...] the temptation of abusing a relationship of trust and confidence”.

⁷⁶¹ VIRGO, G. **The principles of the law of restitution**. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2015. p. 434.

⁷⁶² BURROWS, A. **The law of restitution**. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 646-647.

⁷⁶³ MENEZES LEITÃO, L. M. T. D. **Direito das obrigações: introdução – da constituição das obrigações**. 15. ed. Coimbra: Almedina, 2021. v. 1. p. 438.

Mas esse cenário não perdurou, e os próprios criadores da tese passaram a divergir no ponto. Na verdade, MENEZES LEITÃO fala que “[...] é ainda hoje extremamente discutido, se o interventor deve simplesmente restituir o valor da exploração desses bens ou se deve restituir antes todo o ganho que obteve em virtude dessa intervenção”.⁷⁶⁴

Ele, MENEZES LEITÃO, defende que a regra geral deve ser a do que a doutrina e a jurisprudência brasileiras majoritárias chamam de enriquecimento real, isto é, o valor de mercado da coisa explorada. A ideia do autor é que restituir mais do que isso romperia com o critério do “à custa de outrem”:

Não nos parece, porém, que a definição em termos patrimoniais do enriquecimento como pressuposto da obrigação de restituição seja adequada, uma vez que na lei se faz referência a uma aquisição específica e não a um incremento patrimonial global. Efectivamente, o art. 437º refere também expressamente que quem enriquecer à custa de outrem é obrigado a restituir “aquilo com que injustamente se locupletou”, identificando o enriquecimento como uma concreta aquisição injusta, a qual no enriquecimento por prestação consiste “no que for recebido” (art. 473º, n. 2), dando-se primazia à restituição em espécie do obtido (art. 479, n. 1). Não é feita referência a um incremento patrimonial global consistindo antes o enriquecimento numa vantagem patrimonial concreta.⁷⁶⁵

Mas o próprio autor reconhece que a perspectiva majoritária no país é a de que o referencial da restituição nos casos de intervenção é o enriquecimento patrimonial.⁷⁶⁶ ANTUNES VARELA é um dos partidários desse entendimento, ainda que não tenha aprofundado justificativa para a conclusão.⁷⁶⁷ De acordo com o autor:

[...] a obrigação de restituir, a que se referem os artigos 473º e seguintes, não visa reparar o dano do lesado – esse é o fim próprio da responsabilidade civil –, mas suprimir ou eliminar o enriquecimento de alguém à custa de outrem. Por consequência, nos casos de intromissão em coisa alheia, a restituição terá por objeto tudo aquilo que foi obtido à custa do titular da coisa, mediante o uso, a fruição ou o consumo indevido dela. Sebos proventos assim arrecadados houverem concorrido, além do uso ou fruição da coisa, outros factores, diferentes, como o trabalho, a experiência, o espírito de iniciativa ou a perícia do beneficiado, haverá que abater no lucro por ele obtido a parte correspondente a esses factores, porque só a diferença se pode, rigorosamente, considerar como alcançada à custa do direito do titular.⁷⁶⁸

⁷⁶⁴ MENEZES LEITÃO, L. M. T. D. **Direito das obrigações**: introdução – da constituição das obrigações. 15. ed. Coimbra: Almedina, 2021. v. 1. p. 467.

⁷⁶⁵ MENEZES LEITÃO, L. M. T. D. **Direito das obrigações**: introdução – da constituição das obrigações. 15. ed. Coimbra: Almedina, 2021. v. 1. p. 451.

⁷⁶⁶ MENEZES LEITÃO, L. M. T. D. **Direito das obrigações**: introdução – da constituição das obrigações. 15. ed. Coimbra: Almedina, 2021. v. 1. p. 464.

⁷⁶⁷ ANTUNES VARELA, J. D. M. **Das obrigações em geral**. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2000. v. 1. p. 515.

⁷⁶⁸ ANTUNES VARELA, J. D. M. **Das obrigações em geral**. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2000. v. 1. p. 515.

A menção a outros ordenamentos jurídicos não teve o objetivo de promover a incorporação do modelo utilizado em outro país. Diversamente, visou a demonstrar como a questão tem sido analisada por outras jurisdições à luz dos seus próprios problemas. Ao mesmo tempo, buscou-se perceber os problemas que cada tipo de resposta oferecida implicou na prática. Isso tudo de forma a contribuir com a análise dos problemas brasileiros no que diz respeito à restituição do enriquecimento por intervenção.

Feita essa ressalva, o que se percebe é que o *disgorgement* não parece tratar de uma pretensão específica, mas simplesmente da forma de quantificar a pretensão restitutória. ANDREW BURROWS, por exemplo, defende esse entendimento de que o *disgorgement* e a *reasonable fee*, no fim do dia, não são pretensões distintas, mas simplesmente duas formas de calcular o montante da pretensão restitutória.⁷⁶⁹

JOÃO COSTA-NETO e CARLOS E. ELIAS DE OLIVEIRA, na mesma linha, dizem que as pretensões correspondem às diferentes formas de quantificar o enriquecimento no Brasil, se pela via real ou objetiva, de um lado; ou pela forma patrimonial ou subjetiva, do outro.⁷⁷⁰ HONDIUS e JANSSEN mencionam esse cenário de imprecisão terminológica como um dos elementos dificultadores à discussão comparada e à racionalização desse tipo de resposta jurídica.⁷⁷¹

Assim, conclui-se que a discussão quanto ao tema não é exatamente nova nem no Brasil nem em outros países do mundo. Igualmente, vê-se que muitos países, de forma mais ou menos comedida, utilizam o *disgorgement*. O que parece novidade, por outro lado, é um movimento favorável à discussão e à eventual incorporação dessa forma de quantificação da restituição.

Portanto, nesta pesquisa, o termo “*disgorgement*” será utilizado para se referir à quantificação da restituição com base em todos os ganhos auferidos pelo interventor no contexto do enriquecimento sem causa por intervenção.

⁷⁶⁹ BURROWS, A. **The law of restitution**. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 634: “[...] while it is attractive to see a reasonable fee measure as more readily available for a wrong than a full account of profits, it is not clear than this is best explained as a distinction between two different types of damages, each having a different function. Instead, it appears that they can be seen as two different measures in applying the single restitutionary aim. [...] So it seems acceptable to say that, within restitutionary damages for a wrong, one is simply distinguishing between the initial value received (measured by reasonable fee) and the consequential gains acquired (measured by na account of profits)”.

⁷⁷⁰ OLIVEIRA, C. E. D.; COSTA-NETO, J. **Direito civil**. 1. ed. São Paulo: Forense, 2022. p. 733.

⁷⁷¹ Cf.: HONDIUS, E.; JANSSEN, A. General report. In: HONDIUS, E.; JANSSEN, A. **Disgorgement of profits: gain-based remedies throughout the world**. 1. ed. London: Springer, 2015. p. 471-504 p. 499.

4.4 RESTITUIÇÃO INTEGRAL DOS GANHOS NÃO TEM CARÁTER PUNITIVO

RENATO DUARTE FRANCO DE MORAES, de forma explícita, se manifesta pela incompatibilidade entre o Direito brasileiro e o *disgorgement*.⁷⁷² De acordo com o autor, o instituto é desnecessário e nosso ordenamento não autoriza a restituição da integralidade dos lucros obtidos a partir da intervenção com base, somente, no caráter ilícito da intervenção:

[...] a aplicação do account and disgorgement of profits é inviável nos ordenamentos jurídicos de tradição romano-germânica; (ii) a eventual inclusão de mecanismos anglo-saxões para o afastamento do lucro obtido pelo infrator se mostra desnecessária, tendo em vista o escopo dos institutos já existentes. Na escola de tradição romano-germânica, inexistente fundamento normativo para se admitir que a prática de ato ilícito, por si só, confira fundamento para o afastamento da integralidade dos benefícios auferidos pela parte infratora. Os dois principais institutos que poderiam lidar com essa situação – quais sejam, a responsabilidade [civil] e o enriquecimento sem causa – apresentam particularidades e limitações que impedem que a simples violação de direito resulte na restituição da totalidade do incremento patrimonial.⁷⁷³

Ou seja: segundo MORAES, nem a responsabilidade civil nem o enriquecimento sem causa seriam capazes de justificar o *disgorgement*. No que diz respeito à responsabilidade civil, MORAES defende que o art. 944 do Código Civil, que limita a indenização à extensão do dano, impediria a assimilação.⁷⁷⁴

Com efeito, não se discorda da posição em relação à responsabilidade civil. É que, ao se adotar a posição do enquadramento das situações de intervenção que geram ganhos no âmbito da vedação ao enriquecimento sem causa, é evidente que o *disgorgement* não poderia dizer respeito à responsabilidade civil. Isso porque a responsabilidade civil lida com danos, enquanto o enriquecimento sem causa lida com ganhos.⁷⁷⁵

A relevância da perspectiva de MORAES está ligada ao juízo de compatibilidade que ele faz entre o *disgorgement* e o enriquecimento sem causa. Nesse ponto, o autor afirma que o *disgorgement* subverte toda a natureza do instituto:

[...] existe distinção fundamental entre a lógica do *account and disgorgement of profits* e aquela do enriquecimento sem causa. O primeiro instituto busca simplesmente extrair do infrator a totalidade do benefício originado do ilícito,

⁷⁷² MORAES, R. D. F. D. **Enriquecimento sem causa e enriquecimento por intervenção**. São Paulo: Almedina, 2021. p. 89-98.

⁷⁷³ MORAES, R. D. F. D. **Enriquecimento sem causa e enriquecimento por intervenção**. São Paulo: Almedina, 2021. p. 96.

⁷⁷⁴ MORAES, R. D. F. D. **Enriquecimento sem causa e enriquecimento por intervenção**. São Paulo: Almedina, 2021. p. 96.

⁷⁷⁵ OLIVEIRA, C. E. D.; COSTA-NETO, J. **Direito civil**. 1. ed. São Paulo: Forense, 2022. p. 734.

mesmo que favoreça indevidamente a outra parte, que muitas vezes teve prejuízo menos ou até mesmo inexistente em relação ao enriquecimento. Trata-se de nítida escolha, que possui inclusive conotação punitiva, e se volta simplesmente a impedir que a prática de ilícito proporcione qualquer forma de aumento patrimonial.⁷⁷⁶

Assim, percebe-se que o autor considera que o *disgorgement* significa a remoção dos ganhos ilícitos justificada pela simples remoção. Em última instância, de acordo com RENATO MORAES, a pretensão tem natureza punitiva e confere ao titular do direito ou da coisa indevidamente utilizados vantagem que não lhe é de direito e que seria de direito do interventor.⁷⁷⁷

Este trabalho não compartilha das premissas adotada por RENATO MORAES no ponto de que a imposição da restituição de todos os ganhos derivados da intervenção tem natureza punitiva e voltada exclusivamente a impedir qualquer incremento patrimonial a partir do ato ilícito.⁷⁷⁸

Conforme há muito advertem GUSTAVO TEPEDINO e ANDERSON SCHEREIBER, uma das grandes dificuldades de se falar em penas privadas decorre da própria indefinição do objeto. Os autores afirmam que “falta um tratamento sistemático da matéria, uma efetiva teoria geral das penas privadas, que permita avançar no debate ou mesmo justificar *a posteriori* todos os esforços despendidos por aqueles que sustentam um caráter adicional punitivo para o direito privado”.⁷⁷⁹

Contudo, parece comum ao tratamento dado pelos doutrinadores brasileiros que dissertam sobre a pena privada, ou sobre uma condenação com efeitos punitivos, o propósito de sancionar o agente causador de um dano. Dessa forma, o fim da condenação não seria o de proceder à reparação integral da vítima, como ocorre nas situações de danos injustos, mas o de punir o indivíduo que agiu de maneira reputada reprovável.⁷⁸⁰

Com base nesse pressuposto, o dano sofrido pela vítima poderia servir como referencial ao arbitramento da condenação, mas não mais do que isso. Assim, se alguém sofreu um dano,

⁷⁷⁶ MORAES, R. D. F. D. **Enriquecimento sem causa e enriquecimento por intervenção**. São Paulo: Almedina, 2021. p. 97.

⁷⁷⁷ MORAES, R. D. F. D. **Enriquecimento sem causa e enriquecimento por intervenção**. São Paulo: Almedina, 2021. p. 97.

⁷⁷⁸ MORAES, R. D. F. D. **Enriquecimento sem causa e enriquecimento por intervenção**. São Paulo: Almedina, 2021. p. 89-98.

⁷⁷⁹ TEPEDINO, G.; SCHREIBER, A. As penas privadas no direito brasileiro. In: SARMENTO, D.; GALDINO, F. **Estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 499-525. p. 502.

⁷⁸⁰ SANSEVERINO, P. D. T. **Princípio da reparação integral**: indenização no Código civil. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 48.

a condenação ao ofensor, em uma condenação punitiva, pode multiplicar o dano por algum fator, de modo a reprimir a conduta considerada reprovável por parte do ordenamento. Isso se verifica, por exemplo no Recurso Especial n. 1.185.943/RS.^{781/782}

Na oportunidade, cujo pano de fundo era utilização, sem licença, de programas de computador, o STJ multiplicou por dez a indenização devida, cujo referencial era o número de licenças não contratadas. O fundamento foi que o caso “necessita[va] de uma aplicação punitiva que tr[ouxsse] ínsita não apenas o caráter compensador mas, ainda, o inibidor da prática do ilícito”.

É nesse sentido que se encontra a definição dada por JUDITH MARTINS-COSTA e por MARIANA SOUZA PARGENDLER à punição.⁷⁸³ De acordo com elas, a indenização punitiva consiste

[...] na soma em dinheiro conferida ao autor de uma ação indenizatória em valor expressivamente superior ao necessário à compensação do dano, tendo em vista sua dupla finalidade de punição (punishment) e de prevenção pela exemplaridade da punição (deterrence).⁷⁸⁴

De modo geral, a doutrina especializada repudia a incorporação da pena privada no Direito brasileiro. GUSTAVO TEPEDINO e ANDERSON SCHREIBER falam que foi a evolução do Direito Privado que distanciou a noção de pena das relações entre os particulares. Esse processo de distanciamento, de acordo com os autores, promoveu a “purificação do direito civil”:

A purificação do direito civil pela progressiva exclusão de normas e princípios de caráter repressivo, resulta, assim, como um fato consolidado ao tempo da elaboração do próprio conceito atual de direito privado, a tal ponto que se

⁷⁸¹ RESPONSABILIDADE CIVIL. DIREITO AUTORAL. PROGRAMA DE COMPUTADOR (SOFTWARE). AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO DOS ARTIGOS 186, 944 e 927, DO CÓDIGO CIVIL. POSSIBILIDADE DE IDENTIFICAÇÃO NUMÉRICA DA CONTRAFAÇÃO. INAPLICABILIDADE DO ARTIGO 103, PARÁGRAFO ÚNICO DA LEI 9610/98. INDENIZAÇÃO DEVIDA NOS TERMOS DO ARTIGO 102 DA LEI 9.610/98. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. “A pena pecuniária imposta ao infrator não se encontra restrita ao valor de mercado dos programas apreendidos. Inteligência do art. 102 da Lei 9.610/98 – ‘sem prejuízo da indenização cabível.’ – na fixação do valor da indenização pela prática da contrafação” (REsp 1.136.676 - RS, Rel. Min. Nancy Andrighi) 2. O simples pagamento, pelo contrafator, do valor de mercado por cada exemplar apreendido, não corresponde à indenização pelo dano causado decorrente do uso indevido, e muito menos inibe a sua prática. 3. O Parágrafo único do art. 103 da Lei n. 9.610/98 tem sua aplicação condicionada à impossibilidade de quantificação dos programas de computador utilizados sem a devida licença, o que não é o caso dos autos. 4. Recurso especial parcialmente conhecido e provido. REsp n. 1.185.943/RS, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 15/2/2011, DJe de 18/2/2011.

⁷⁸² O caso foi citado por Renato Moraes. Cf.: MORAES, R. D. F. D. **Enriquecimento sem causa e enriquecimento por intervenção**. São Paulo: Almedina, 2021. p. 37.

⁷⁸³ MARTINS-COSTA, J.; PARGENDLER, M. S. Usos e abusos da função punitiva: punitive damages e o direito brasileiro. **Revista CEJ**, Brasília, v. 1, n. 28, p.15-32, jan. 2005. p. 2.

⁷⁸⁴ MARTINS-COSTA, J.; PARGENDLER, M. S. Usos e abusos da função punitiva: punitive damages e o direito brasileiro. **Revista CEJ**, Brasília, v. 1, n. 28, p.15-32, jan. 2005. p. 2.

chegou a notar que a expressão “pena privada” encerraria uma aparente contradição entre o substantivo e o adjetivo.⁷⁸⁵

Em sentido próximo, PAULO DE TARSO SANSEVERINO afirma que o maior traço distintivo entre as responsabilidades civil e penal derivou do afastamento, no âmbito privado, da imposição de punições.⁷⁸⁶ Isto é, em vez de punir o infrator, o foco tornou-se a reparação da vítima pelos danos sofridos. Assim, ele conclui pela “[...] ausência de espaço, no direito brasileiro, para a indenização punitiva”⁷⁸⁷ e que ela representa “resquício da barbárie”.⁷⁸⁸

Diante dos apontamentos, não parece que a pretensão pautada na restituição integral dos ganhos obtidos pelo interventor por meio da intervenção tenha natureza punitiva. É que a restituição integral dos ganhos obtidos pelo interventor terá o condão de levá-lo à situação em que se encontrava antes da prática da intervenção, e não a uma situação pior.

De forma similar, é o que acontece quando alguém sofre dano injusto a partir do ato ilícito praticado por outrem.⁷⁸⁹ no caso, a indenização será calculada pela extensão do dano sofrido pela vítima, de modo a, numa ficção jurídica, levá-la de volta ao *status quo ante*.⁷⁹⁰ Trata-se do paradigma da reparação integral, conforme defende PAULO DE TARSO SANSEVERINO:

O princípio da reparação integral ou plena, ou da equivalência entre os prejuízos e a indenização, conforme já aludido, busca colocar o lesado, na medida do possível, em uma situação equivalente à que se encontrava antes de ocorrer o fato danoso. Naturalmente, essa tentativa de recolocação da vítima no estado em que se encontrava antes do ato danoso é uma ficção, pois em muitas situações, como nos casos de dano-morte ou de certos danos à saúde, isso é operado “de forma apenas aproximativa ou conjectural”. De todo modo, como a responsabilidade civil tem como função prioritária a reparação mais completa do dano, dentro do possível, essa norma constitui a diretiva fundamental para avaliação dos prejuízos e quantificação da indenização.⁷⁹¹

⁷⁸⁵ TEPEDINO, G.; SCHREIBER, A. As penas privadas no direito brasileiro. In: SARMENTO, D.; GALDINO, F. **Estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 499-525. p. 500-501.

⁷⁸⁶ SANSEVERINO, P. D. T. **Princípio da reparação integral**: indenização no Código civil. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 41.

⁷⁸⁷ SANSEVERINO, P. D. T. **Princípio da reparação integral**: indenização no Código civil. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 68.

⁷⁸⁸ SANSEVERINO, P. D. T. **Princípio da reparação integral**: indenização no Código civil. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 70.

⁷⁸⁹ SANSEVERINO, P. D. T. **Princípio da reparação integral**: indenização no Código civil. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 48.

⁷⁹⁰ SANSEVERINO, P. D. T. **Princípio da reparação integral**: indenização no Código civil. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 48.

⁷⁹¹ SANSEVERINO, P. D. T. **Princípio da reparação integral**: indenização no Código civil. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 48.

No caso do ato ilícito, não se fala que, quando o réu é obrigado a compensar todo o prejuízo sofrido pela vítima, ele está a ser punido.⁷⁹² A ideia pode, pois, ser aplicada à restituição dos ganhos obtidos a partir da intervenção sobre direitos alheios.⁷⁹³

Inclusive, HENRIQUE DE SOUZA ANTUNES, que é um entusiasta do reconhecimento dos danos punitivos no contexto da responsabilidade civil, para uma certa classe de casos,⁷⁹⁴ defende que a restituição dos ganhos não tem natureza punitiva e não diz respeito à responsabilidade civil, mas ao enriquecimento sem causa:

The sense of punishment is distorted when no more is required than the restitution of the profit obtained. What justification is there to confirm the assertion of the punitive nature of a duty which puts the injuring party in the situation he would have been in but for his committing the unlawful act?⁷⁹⁵

Nesse aspecto, HONDIUS e JANSSEN também ponderam que há muita associação entre o *disgorgement* e condenações punitivas.⁷⁹⁶ Entretanto, a associação, de acordo com os autores, não faz sentido. Isso porque o *disgorgement* está “estritamente pautado sobre os ganhos obtidos pelo interventor e, portanto, não pode, em hipótese alguma, exceder esses ganhos.⁷⁹⁷ A extensão dos ganhos ilegais representa a limitação absoluta à condenação por *disgorgement*”.⁷⁹⁸

⁷⁹² SANSEVERINO, P. D. T. **Princípio da reparação integral**: indenização no Código civil. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 48.

⁷⁹³ GIGLIO, F. **The foundations of restitution for wrongs**. Portland: Hart Publishing, 2007. p. 193.

⁷⁹⁴ De acordo com ANTUNES, a remoção dos ganhos poderia estar ligada à responsabilidade civil quando da cumulação da reparação de danos com a obrigação de restituir os ganhos obtidos a partir de práticas nocivas à vida em sociedade. O autor não menciona relações privadas. Os exemplos são relativos a grandes poluidores, traficantes de humanos, mantenedores de redes de prostituição, etc. Cf.: ANTUNES, H. S. *Disgorgement of profits in Portugal: A journey between the present and the future*. In: HONDIUS, E.; JANSSEN, A. **Disgorgement of profits: gain-based remedies throughout the world**. 1. ed. London: Springer, 2015. p. 171-186. p. 182: “[t]he suppression of the economic benefit of the injuring party, in the form of reduced expenses, is, in all probability, regarded by the injured party as a necessary consequence of the sanctioning of the unlawful act, which should be added to the compensation for patrimonial damage and to the reparation for physical suffering. Only then is he fully satisfied. This is a scenario different to unjust enrichment. The protection lies, therefore, in the field of compensation. 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 his crime. The answer is no different when we are dealing with the use of goods, whether personal or material, which can be assessed in monetary terms”. Cf. ainda FRADA, M. A. C. D. **Direito Civil, responsabilidade civil**: o método do caso. 1. ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 67-72.

⁷⁹⁵ ANTUNES, H. S. *Disgorgement of profits in Portugal: A journey between the present and the future*. In: HONDIUS, E.; JANSSEN, A. **Disgorgement of profits: gain-based remedies throughout the world**. 1. ed. London: Springer, 2015. p. 171-186. p. 182-183.

⁷⁹⁶ Cf.: HONDIUS, E.; JANSSEN, A. General report. In: HONDIUS, E.; JANSSEN, A. **Disgorgement of profits: gain-based remedies throughout the world**. 1. ed. London: Springer, 2015. p. 471-504. p. 501

⁷⁹⁷ Cf.: HONDIUS, E.; JANSSEN, A. General report. In: HONDIUS, E.; JANSSEN, A. **Disgorgement of profits: gain-based remedies throughout the world**. 1. ed. London: Springer, 2015. p. 471-504. p. 501.

⁷⁹⁸ HONDIUS, E.; JANSSEN, A. General report. In: HONDIUS, E.; JANSSEN, A. **Disgorgement of profits: gain-based remedies throughout the world**. 1. ed. London: Springer, 2015. p. 471-504. p. 501. Tradução nossa. No original: “[d]isgorgement damages are strictly based around the wrongdoer’s profits and can therefore never exceed this profit. The extent of the illegal profit therefore represents the absolute limitation of the extent of the disgorgement damages”.

A condenação punitiva, por outro lado, pode não apenas exceder os ganhos auferidos pelos interventores, mas ser aplicada mesmo quando a intervenção não implica ganho algum. É com base nessas premissas que os autores concluem que o *disgorgement* tem função preventiva, no sentido de dissuadir as pessoas de intervirem de forma desautorizada sobre direitos alheios,⁷⁹⁹ de modo que essa dissuasão não pode ser confundida com punição:

It is also to be noted that disgorgement damages are indeed preventive, but do not pursue a punitive purpose, i.e. they can not and ought not to be equated with punitive or exemplary damages. Disgorgement damages are strictly based around the wrongdoer's profits and can therefore never exceed this profit. The extent of the illegal profit therefore represents the absolute limitation of the extent of the disgorgement damages. In comparison, punitive or exemplary damages can greatly exceed the wrongdoer's profit; they can even be applied when the wrongdoer has made no profit whatsoever.⁸⁰⁰

No contexto da responsabilidade civil, fala-se que a justificativa filosófica para a obrigação de indenizar seria a justiça corretiva aristotélica.^{801/802} De forma objetiva, é como se existisse um equilíbrio entre os patrimônios da vítima e do agente antes do evento dano.⁸⁰³ Após o dano, o equilíbrio anteriormente existente é rompido diante da prática do ato ilícito.⁸⁰⁴ Assim, na ficção jurídica criada, o equilíbrio será reestabelecido com o retorno da vítima à situação em que se encontrava antes, ao chamado *status quo ante*.⁸⁰⁵ Porém, em uma análise objetiva, o reequilíbrio, em muitos casos, não é reestabelecido.

É que o dano sofrido pela vítima é compensado pelo patrimônio do agente causador do dano, o qual, muitas vezes, não auferiu ganhos a partir do ilícito, ou auferiu ganhos inferiores ao dano sofrido pela vítima. Assim, quando o agente é compelido a reparar a vítima, que retorna ao *status quo ante*, ele, agente causador do dano, não retorna à situação que se encontrava. Logo, aquele equilíbrio patrimonial inicialmente concebido não é, sob essa perspectiva, reestabelecido.

Nos casos de enriquecimento por intervenção, o exemplo muda de perspectiva. Se, naquele contexto, o equilíbrio pré-existente entre os patrimônios das partes era rompido por um

⁷⁹⁹ Cf.: HONDIUS, E.; JANSSEN, A. General report. In: HONDIUS, E.; JANSSEN, A. **Disgorgement of profits: gain-based remedies throughout the world**. 1. ed. London: Springer, 2015. p. 471-504. p. 501.

⁸⁰⁰ Cf.: HONDIUS, E.; JANSSEN, A. General report. In: HONDIUS, E.; JANSSEN, A. **Disgorgement of profits: gain-based remedies throughout the world**. 1. ed. London: Springer, 2015. p. 471-504. p. 501.

⁸⁰¹ GIGLIO, F. **The foundations of restitution for wrongs**. Portland: Hart Publishing, 2007. p. 93; SANSEVERINO, P. D. T. **Princípio da reparação integral: indenização no Código civil**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 35.

⁸⁰² ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução Mário Gama Cury. Brasília: UnB, 1985.

⁸⁰³ GIGLIO, F. **The foundations of restitution for wrongs**. Portland: Hart Publishing, 2007. p. 193.

⁸⁰⁴ GIGLIO, F. **The foundations of restitution for wrongs**. Portland: Hart Publishing, 2007. p. 193.

⁸⁰⁵ SANSEVERINO, P. D. T. **Princípio da reparação integral: indenização no Código civil**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 48.

dano; nesse o que causa o distúrbio são os ganhos derivados de uma intervenção desautorizada sobre direito alheio.⁸⁰⁶

Diane disso, FRANCESCO GIGLIO defende que também nessa circunstância a justiça corretiva poderia operar para reestabelecer o equilíbrio patrimonial.⁸⁰⁷ Os ganhos, portanto, devem ser direcionados à vítima, na medida em que são o produto de intervenção desautorizada e, portanto, não têm justificativa jurídica para serem mantidos no patrimônio do interventor.

Dentre os autores que sugerem que a restituição integral dos ganhos derivados da intervenção pode ser justificada na justiça corretiva, é possível citar GRAHAM VIRGO.⁸⁰⁸ Com efeito, o autor defende que, sob um primeiro olhar, é a justiça distributiva que daria embasamento a essa restituição.⁸⁰⁹

Isso porque, na perspectiva de GRAHAM VIRGO, referida pretensão serve como desestímulo à prática da intervenção na coletividade, de modo que não diz respeito apenas às partes envolvidas no caso concreto.⁸¹⁰ Por outro lado, também é possível justificar a pretensão com fundamento na justiça corretiva, na medida em que se está a proteger os direitos da vítima da intervenção:

The award of such disgorgement remedies can be justified on a different basis to that of literal restitutionary remedies. Justice demands that the defendant should disgorge gains obtained as a result of breach of a duty because of a fundamental principle of the law of restitution that no defendant should profit from his or her wrongdoing. So disgorgement remedies have a deterrent or distributive function. But disgorgement remedies can also be justified on the basis that they operate as a mechanism to secure corrective justice between the parties. This is because the claimant is the victim of a wrong, and requiring the defendant to disgorge gains obtained as a result of committing the wrong is an appropriate mechanism for protecting the claimant's rights.⁸¹¹

FRANCESCO GIGLIO aprofunda a proposta de que há uma relação de justiça corretiva entre a vítima e o interventor no caso de enriquecimento do interventor que não implica dano à vítima.⁸¹² De acordo com GIGLIO, a intervenção cria um sinalagma entre vítima e interventor que não diz respeito a mais ninguém na sociedade.⁸¹³

Assim, se a vítima não tiver o direito de reivindicar os ganhos derivados da exploração do seu direito, ninguém mais poderá fazê-lo.⁸¹⁴ Diante disso, o autor, conclui, sob perspectiva

⁸⁰⁶ GIGLIO, F. *The foundations of restitution for wrongs*. Portland: Hart Publishing, 2007. p. 193.

⁸⁰⁷ GIGLIO, F. *The foundations of restitution for wrongs*. Portland: Hart Publishing, 2007. p. 194.

⁸⁰⁸ VIRGO, G. *The principles of the law of restitution*. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2015. p. 6.

⁸⁰⁹ VIRGO, G. *The principles of the law of restitution*. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2015. p. 6.

⁸¹⁰ VIRGO, G. *The principles of the law of restitution*. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2015. p. 6.

⁸¹¹ VIRGO, G. *The principles of the law of restitution*. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2015. p. 6.

⁸¹² GIGLIO, F. *The foundations of restitution for wrongs*. Portland: Hart Publishing, 2007. p. 194.

⁸¹³ GIGLIO, F. *The foundations of restitution for wrongs*. Portland: Hart Publishing, 2007. p. 194.

⁸¹⁴ GIGLIO, F. *The foundations of restitution for wrongs*. Portland: Hart Publishing, 2007. p. 195.

de justiça corretiva, que é moralmente preferível que esses ganhos sejam direcionados à vítima do que mantidos pelo interventor:

At this point, I still need to clarify why the wrongful enrichment should be an entitlement of the victim. The perpetration of a civil wrong creates a relationship between the parties to the wrong from which all other members of Society are excluded. As it is a matter between agente and victim, nobody else but the victim has a connection to the wrongdoer's gain. If the victim cannot claim the wrongdoer's benefit, nobody else can – at least, not on the basis of corrective justice. Before the alternative between the doer and the sufferer, the innocent sufferer must have a stronger moral claim to the wrongful gain than the wrongdoer.⁸¹⁵

ERNEST WEINRIB deixa claro que a aplicação da justiça corretiva nada tem a ver com punição, mas com a recomposição de um equilíbrio rompido pelas partes a partir de um ilícito.⁸¹⁶

Corrective justice rectifies injustices that operate on the parties in a transactionally specific way. This transactional specificity involves linking two specific parties through the injury by one of them of a right held by the other. For example, [...] the defendant may have been unjustly enriched by the plaintiff's having transferred value that rightfully ought to be restored. Such unjust losses or gains relate to rights that a specific plaintiff is entitled to vindicate against a specific defendant as a matter of corrective justice. When one's right is injured, one is entitled to restoration of the right or to its monetary equivalent. Punishment is different. It is state action that inflict an adverse consequence on the wrongdoer without restoring the right of a wronged party.⁸¹⁷

WEINRIB é ainda mais explícito sobre a relação do *disgorgement* com a *justiça corretiva*, que, como visto no trecho acima, nada tem a ver com punição. O autor afirma que a utilização indevida da propriedade alheia é um exemplo paradigmático de incidência de *gain-based damages*, de forma que

[t]he disgorgement of these proprietary gains fits readily within the correlativity of corrective justice. Property consists simultaneously in a right of the proprietor and in a correlative duty on others to respect that right. Just as the owner's right to set the terms on which property is used or transferred implies a correlative duty on others to abstain from using or selling it, so the owner's right to the profits from the use or transfer of the property imports a correlative duty on others to abstain from such profits. This correlativity of

⁸¹⁵ GIGLIO, F. **The foundations of restitution for wrongs**. Portland: Hart Publishing, 2007. p. 195.

⁸¹⁶ WEINRIB resgata os conceitos clássicos da justiça corretiva aristotélica, que é apresentada ao lado da justiça distributiva. Enquanto a última diz respeito à divisão de bens e honras entre os membros de uma dada comunidade a partir de certo critério, a primeira lida com a manutenção do *status quo* vigente na relação entre particulares da ocorrência de um fato que rompe essa relação inicial que, entende-se, era de equidade. (WEINRIB, E. J. **Corrective justice**. 1. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 16-17).

⁸¹⁷ WEINRIB, E. J. **Corrective justice**. 1. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 172-173.

the proprietor's right and the wrongdoer's duty means that the realization of an unauthorized gain is an injustice as between them. The gain is the continuing embodiment of this injustice, and the injustice is undone when the gain is restored to the owner of the object from which the gain accrued.⁸¹⁸

No ponto, há de se destacar que a visão é centrada na perspectiva do ilícito, e não do enriquecimento propriamente dito. A questão, porém, não parece deslegitimar a construção argumentativa de que a restituição derivada da situação de intervenção deve ser respondida, no Direito brasileiro, pela fonte de obrigações enriquecimento sem causa.

Em primeiro lugar, porque, conforme dito, as situações de intervenção costumam ter natureza de ato ilícito. Mas essa natureza ilícita, no ordenamento jurídico brasileiro, não é capaz de implicar a restituição de ganhos, mas apenas a compensação por danos, em atenção ao art. 944 do Código Civil.

Em segundo lugar, a doutrina do conteúdo da destinação também parece estar em conformidade com esse juízo de justiça corretiva: a exploração indevida de direitos da vítima que gera ganhos cria laço sinalagmático entre essa vítima e o interventor. Esse laço exige a restituição dos mencionados ganhos para a vítima porque foi a exploração desautorizada dos seus direitos que gerou os ganhos. Assim, a restituição é devida tanto para proteger o monopólio de exploração dos bens e dos direitos da vítima quanto pela ausência de justificativa jurídica à manutenção desse enriquecimento no patrimônio do interventor.

Não por acaso, HONDIUS e JANSSEN extraíram da compilação sobre o *disgorgement* feita sobre 24 ordenamentos jurídicos de todos os continentes do mundo que o instrumento tem profunda relação com o enriquecimento sem causa:

However, arguably for several national reporters the most obvious further general remedy for disgorgement of profits can be found in the law of unjust enrichment respectively restitution. If you make a profit by infringing somebody else's rights the plaintiff might ask for restitution of this gain.⁸¹⁹

CLÁUDIO MICHELON, que é crítico do recurso à equidade e à justiça de forma genérica como justificadoras do enriquecimento sem causa, faz concessão em relação a teoria da justiça corretiva com esse escopo, ainda que voltada ao enriquecimento sem causa de forma geral, e não ao enriquecimento sem causa por intervenção.⁸²⁰

⁸¹⁸ WEINRIB, E. J. **Corrective justice**. 1. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 125-126.

⁸¹⁹ HONDIUS, E.; JANSSEN, A. General report. *In*: HONDIUS, E.; JANSSEN, A. **Disgorgement of profits: gain-based remedies throughout the world**. 1. ed. London: Springer, 2015. p. 471-504. p. 9.

⁸²⁰ MICHELON JR., C. Direito restitutivo: enriquecimento sem causa, pagamento indevido, gestão de negócios. *In*: REALE, M.; MARTINS-COSTA, J. **Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (Coleção Biblioteca de Direito Civil). p. 31-32: “[c]onvém desde logo afastar as tentativas de

É a teoria de GORDLEY.⁸²¹ De acordo com o autor, a justiça corretiva teria por objetivo a preservação dos bens distribuídos à coletividade por meio da justiça distributiva.⁸²² Desse modo, se alguém se enriquece à custa de outrem, há subversão entre as partes envolvidas dos bens distribuídos:

While the aim of distributive justice is to provide each citizen with a fair share of purchasing power, that of commutative justice is to preserve each person's share. Here again, we are speaking of an ideal which can only be approximated. All sorts of accidents can change a person's share. As the Late Scholastics knew, prices fluctuate, and must do so to reflect what they called the need, the scarcity, and the cost of goods. A change in price necessarily changes the purchasing power that each person's goods represent. Moreover, goods may physically perish. The Late Scholastics accepted the Roman rule *res perat domino*: the loss falls on the owner. Perhaps they could not see how a system of private property would work otherwise. There would be no incentive to take care of property, and the distribution of wealth would shift in favor of people who acquire property that is more subject to risk. There were, then, changes in the distribution of purchasing power that could not be prevented. For them, that was not a reason to tolerate those which we can prevent. If Peter is enriched at Paul's expense, they thought that the law should ask why. To analogize, death is an evil that we often can't prevent. But if Peter kills Paul, the law will ask why.⁸²³

No ponto, CLÁUDIO MICHELON JR. diz que referida teoria da justiça corretiva de GORDLEY se aproximaria sobremaneira do princípio que ele, MICHELON JR., defende como justificador das pretensões restitutórias: o princípio da conservação estática dos patrimônios.⁸²⁴

A ideia é de que o sistema jurídico, por distintas razões, atribui a diferentes pessoas a titularidade sobre coisas e domínios.⁸²⁵ Assim, “o estudo das medidas restitutórias pode ser simplesmente compreendido como o resultado das condições nas quais uma atribuição

fundar o enriquecimento sem causa (e as medidas restitutórias) na equidade, na justiça e na moralidade. A razão dessas teorias não é tanto a sua falsidade, mas o fato de que elas possuem pequeno valor explicativo. [...] Isso não significa que uma teoria da justiça corretiva ou comutativa não possa ser relevante para a hermenêutica dos dispositivos do direito restitutivo, mas, sempre que isso ocorrer, uma particular teoria da justiça (ainda que incompleta) deve ser proposta. Sem que seja proposta essa teoria será impossível verificar se a teoria é compatível com o ordenamento positivo brasileiro e, conseqüentemente, o apelo à justiça será juridicamente injustificável”.

⁸²¹ GORDLEY, J. The moral foundations of private law. *American Journal of Jurisprudence*, v. 47, n. 1, Article 1, p. 1-23, 2002.

⁸²² GORDLEY, J. The moral foundations of private law. *American Journal of Jurisprudence*, v. 47, n. 1, Article 1, p. 1-23, 2002. p. 3-4.

⁸²³ GORDLEY, J. The moral foundations of private law. *American Journal of Jurisprudence*, v. 47, n. 1, Article 1, p. 1-23, 2002. p. 3-4.

⁸²⁴ MICHELON JR., C. Direito restitutivo: enriquecimento sem causa, pagamento indevido, gestão de negócios. *In: REALE, M.; MARTINS-COSTA, J. Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (Coleção Biblioteca de Direito Civil). p. 26-34.

⁸²⁵ MICHELON JR., C. Direito restitutivo: enriquecimento sem causa, pagamento indevido, gestão de negócios. *In: REALE, M.; MARTINS-COSTA, J. Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (Coleção Biblioteca de Direito Civil). p. 26-34.

patrimonial ocorrida em detrimento de outrem pode gerar direito à restituição e o quanto desse enriquecimento deve ser restituído”.⁸²⁶

A perspectiva tem larga relação com a supracitada doutrina do conteúdo da destinação do Direito alemão. THOMAS KREBS afirma que o paradigma no qual se refinou a concepção do enriquecimento por intervenção foi a natureza da propriedade de atribuir ao seu dono os benefícios que lhe são derivados.⁸²⁷ Assim, quando alguém obtém algo à custa de outra pessoa ou da propriedade de outra pessoa, essa vantagem é de direito do titular, em decorrência da teoria do conteúdo da destinação ou da atribuição.⁸²⁸

Apenas a teoria da conservação estática dos patrimônios, relacionada à teoria do conteúdo da destinação, que chegam a se confundir, é verdade, parece ser capaz de refutar a percepção de RENATO MORAES de que há incompatibilidade entre o *disgorgement of profits* e o Direito brasileiro. É que, como se viu, existe uma justificativa teórica para que ao titular do direito sejam direcionados todos os ganhos auferidos a partir da utilização desautorizada desse direito: o fato de que tudo que deriva do direito pertence ao respectivo titular.⁸²⁹

Desse modo, a restituição integral do enriquecimento injustificado não parece representar punição ou simples dissuasão da prática da intervenção, mas a correta destinação dos frutos de um dado patrimônio ao seu titular. O efeito dissuasório é, pois, consequência da adequada destinação dos ganhos.

Nesse sentido, CLÁUDIO MICHELON JR., ao tratar do enriquecimento sem causa por disposição de bem alheio, que pode ser compreendido como espécie de enriquecimento por intervenção,⁸³⁰ evidencia o dilema de quantificar a restituição.⁸³¹ Ele apresenta caso no qual

⁸²⁶ MICHELON JR., C. Direito restitutivo: enriquecimento sem causa, pagamento indevido, gestão de negócios. In: REALE, M.; MARTINS-COSTA, J. **Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (Coleção Biblioteca de Direito Civil). p. 29.

⁸²⁷ KREBS, T. The fallacy of ‘restitution for wrongs’. In: BURROWS, A.; RODGER, A. **Mapping the law: essays in memory of Peter Birks**. Oxford: Oxford University Press, 2006. p. 379-399. p. 382.

⁸²⁸ KREBS, T. The fallacy of ‘restitution for wrongs’. In: BURROWS, A.; RODGER, A. **Mapping the law: essays in memory of Peter Birks**. Oxford: Oxford University Press, 2006. p. 379-399. p. 382.

⁸²⁹ MICHELON JR., C. Direito restitutivo: enriquecimento sem causa, pagamento indevido, gestão de negócios. In: REALE, M.; MARTINS-COSTA, J. **Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (Coleção Biblioteca de Direito Civil). p. 29.

⁸³⁰ MICHELON JR., C. Direito restitutivo: enriquecimento sem causa, pagamento indevido, gestão de negócios. In: REALE, M.; MARTINS-COSTA, J. **Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (Coleção Biblioteca de Direito Civil). p. 225.

⁸³¹ MICHELON JR., C. Direito restitutivo: enriquecimento sem causa, pagamento indevido, gestão de negócios. In: REALE, M.; MARTINS-COSTA, J. **Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (Coleção Biblioteca de Direito Civil). p. 226-227.

alguém, sem autorização para vender certo imóvel de valor X, utiliza-o para saldar, integralmente, dívida de valor X + Y.⁸³²

O dilema, então, é se a restituição à vítima deve consistir no valor do bem ou no valor da dívida.⁸³³ As opções corresponderiam, pois, ao enriquecimento real e patrimonial. De um lado, foi a habilidade do interventor que justificou o enriquecimento no valor de X + Y. Do outro, manter o enriquecimento poderia incentivar a intervenção:⁸³⁴

Aqui entram em conflito uma razão de justiça (evitar que o proprietário reverta o enriquecimento sem causa de modo a obter ganho com o valor do trabalho daquele que conseguiu melhor valor pelo bem) e uma razão de política pública (não incentivar a disposição de bens por quem não tem poder para tanto).⁸³⁵

A conclusão de CLÁUDIO MICHELON JR., no caso, é pela restituição integral dos ganhos por parte do interventor: “[n]aquelas outras hipóteses em que o interventor age de má-fé, em que pesem as divergências doutrinárias, a necessidade de evitar o incentivo à intervenção do patrimônio de outrem determina que o valor total obtido pelo interventor (X + Y) deve ser restituído”.⁸³⁶

Ou seja: para o autor, a questão do desincentivo à intervenção sobre direitos alheios seria justificativa para a restituição integral dos ganhos derivados da intervenção.⁸³⁷ Contudo, CLÁUDIO MICHELON JR. adverte que o estado anímico do interventor é decisivo para que se escolha a modalidade de restituição: em casos de má-fé, deve ser feita a restituição integral; nas situações de boa-fé, o *quantum* deve ter como limite o valor de disposição do bem.⁸³⁸

⁸³² MICHELON JR., C. Direito restitutório: enriquecimento sem causa, pagamento indevido, gestão de negócios. In: REALE, M.; MARTINS-COSTA, J. **Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (Coleção Biblioteca de Direito Civil). p. 226-227.

⁸³³ MICHELON JR., C. Direito restitutório: enriquecimento sem causa, pagamento indevido, gestão de negócios. In: REALE, M.; MARTINS-COSTA, J. **Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (Coleção Biblioteca de Direito Civil). p. 226-227.

⁸³⁴ MICHELON JR., C. Direito restitutório: enriquecimento sem causa, pagamento indevido, gestão de negócios. In: REALE, M.; MARTINS-COSTA, J. **Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (Coleção Biblioteca de Direito Civil). p. 226-227.

⁸³⁵ MICHELON JR., C. Direito restitutório: enriquecimento sem causa, pagamento indevido, gestão de negócios. In: REALE, M.; MARTINS-COSTA, J. **Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (Coleção Biblioteca de Direito Civil). p. 226.

⁸³⁶ MICHELON JR., C. Direito restitutório: enriquecimento sem causa, pagamento indevido, gestão de negócios. In: REALE, M.; MARTINS-COSTA, J. **Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (Coleção Biblioteca de Direito Civil). p. 226-227.

⁸³⁷ MICHELON JR., C. Direito restitutório: enriquecimento sem causa, pagamento indevido, gestão de negócios. In: REALE, M.; MARTINS-COSTA, J. **Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (Coleção Biblioteca de Direito Civil). p. 226-227.

⁸³⁸ MICHELON JR., C. Direito restitutório: enriquecimento sem causa, pagamento indevido, gestão de negócios. In: REALE, M.; MARTINS-COSTA, J. **Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (Coleção Biblioteca de Direito Civil). p. 226-227.

Desse modo, a partir do momento em que se estabelece relação entre o *disgorgement*, o princípio da conservação estática dos patrimônios, a justiça corretiva e a dissuasão da prática de intervenções sobre direitos alheios é possível, pois afasta a premissa de que há incompatibilidade teórica ou dogmática entre o *disgorgement* e a cláusula geral de vedação ao enriquecimento sem causa positivada no art. 884 do Código Civil.

Com base nessa perspectiva negativa, este trabalho se filia à posição adotada por JOÃO COSTA-NETO e CARLOS ELIAS DE OLIVEIRA no sentido de que os *gain-based damages*, especialmente o *disgorgement*, são, pois, compatíveis com o Direito brasileiro a partir do art. 884 do Código Civil.⁸³⁹

4.5 DUAS FORMAS DE QUANTIFICAR A RESTITUIÇÃO: TODOS OS GANHOS OU A ECONOMIA DE DESPESAS

Com efeito, a divisão dos ganhos derivados da intervenção entre o interventor e a vítima é a posição preferida da doutrina, e a escolhida pelo STJ, para quantificar as condenações restitutórias nos casos de enriquecimento por intervenção no Brasil. A perspectiva, porém, parece problemática sob ao menos três perspectivas.

A primeira é a legitimação da exploração de direito alheio em interesse próprio. Sendo assim, há uma deturpação da doutrina do conteúdo da destinação e mesmo da teoria da conservação estática dos patrimônios. Quando se autoriza a retenção de parte dos ganhos no patrimônio do interventor, está-se a legitimar, ainda que de forma parcial, a livre disposição de direito alheio para finalidade própria.

Além de desrespeitar esse aspecto essencial ao patrimônio das pessoas na sociedade, isto é, a ideia de que tudo que derive do patrimônio de alguém diga respeito ao respectivo titular, a autorização à retenção de parcela dos ganhos pelo interventor incentiva a prática da intervenção, fato que representa o segundo problema da posição adotada pelo STJ.

Aqui, há de se dizer, o raciocínio se aproxima dos argumentos lançados pela doutrina brasileira majoritária para afastar o enriquecimento real como referencial prioritário à quantificação das restituições em contexto de intervenção. Da mesma forma que acontece com o enriquecimento real, também quando se utiliza o critério do enriquecimento patrimonial com suposta distribuição proporcional dos ganhos entre vítima e interventor, este sairá da situação

⁸³⁹ OLIVEIRA, C. E. D.; COSTA-NETO, J. **Direito civil**. 1. ed. São Paulo: Forense, 2022. p. 739: “[i]nclinamo-nos favoravelmente ao enquadramento dos *gain-based damages* nos arts. 884 ao 886 do CC”.

de intervenção melhor do que quando entrou. É certo que, em alguns casos, essa condenação que divide proporcionalmente o lucro será maior do que a meramente pautada no valor de mercado de exploração do direito, mas ainda assim a intervenção valerá a pena. ZIMMERMANN e JOHNSTON bem exemplificam esse entendimento:

It is important to note, too, that the measure of the enrichment claim itself reflects considerations of policy: the defendant might, for example, be made liable for the market value of his use or enjoyment of the plaintiff's thing; or he might be deprived of all profits that he made from it. The second would embody a policy of deterrence, since it would have the consequence that no defendant could ever derive any benefit from using the claimant's property. The first, on the other hand, would not necessarily deter, since it would not necessarily deprive the defendant of all gain derived from the claimant's property.⁸⁴⁰

A terceira perspectiva, por sua vez, diz respeito à segurança jurídica. É que a divisão proporcional dos ganhos entre vítima e interventor é algo, ao fim do dia, objetivamente inarbitrável. Como saber em que medida a experiência do interventor gerou certa parcela dos ganhos, e não apenas a exploração desautorizada do direito alheio? Nesse sentido, a própria escolha do direito sobre o qual intervir parece dizer respeito à experiência do interventor. É que, no mercado, há incontáveis opções disponíveis para praticar a intervenção. Assim, a escolha por uma opção dita “ótima” será considerada como parte do trabalho do interventor, ou não?

Esse cenário de falta de uma diretiva objetiva que possa ser aplicada a diferentes casos, ou mesmo para uma determinada quantidade de casos, é extraído da própria decisão do STJ no *leading case* sobre o enriquecimento por intervenção no Brasil. O acórdão, embora tenha defendido que a “regra geral” oferecida por SÉRGIO SAVI era demasiadamente genérica, forneceu, mesmo para um caso concreto, critérios igualmente genéricos e que não são capazes de conceder o menor grau de segurança.

Tome-se por referência o contexto do *leading case* do STJ. Nessa hipótese, o que houve foi a exploração desautorizada da imagem de uma atriz para compor a divulgação de um produto *detox* por parte de uma farmácia de manipulação. Portanto, a intervenção não representava a atividade-fim da empresa, apenas tinha o objetivo de impulsioná-la: a empresa produz e vende produtos farmacêuticos; a intervenção teve relação com a publicização desses produtos. Ou seja: a intervenção, que teve natureza publicitária, não pode ser confundida com a atividade-fim da empresa.

⁸⁴⁰ JOHNSTON, D.; ZIMMERMANN, R. Unjustified enrichment: surveying the landscape. In: JOHNSTON, D.; ZIMMERMANN, R. **Unjustified enrichment**: key issues in comparative. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. p. 3-36. p. 13.

É por isso que a atriz só tem direito ao valor correspondente ao incremento nas vendas derivados da utilização indevida de sua imagem, na medida em que foi essa, pois, a intervenção. Porém, se a intervenção tivesse por natureza a exploração de produto patenteado da vítima ou se o interventor se tivesse feito passar pela vítima, em violação à sua marca ou ao seu *trade dress*, o cenário seria diferente. Aqui a atividade-fim do interventor se confundiria com a própria intervenção.

Essa distinção é essencial e não ficou absolutamente clara no acórdão que, ao fim e ao cabo, parece confundir o lucro derivado da venda dos produtos com o lucro derivado da intervenção. É possível perceber isso quando se fala que, para quantificar a restituição, seria preciso considerar o “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”.

Portanto, é difícil saber a que tipo de experiência e qualidades pessoais do interventor o acórdão se referiu. Essas deveriam ser consideradas no contexto da atuação de mercado em geral ou apenas na condução da publicidade? Quando se fala da atuação de mercado em geral, está-se a referir, por exemplo, à qualidade do produto, a eventual política de preço que tenha dificultado a atuação da concorrência, a possível expansão das vendas em novos estabelecimentos, etc.

Por outro lado, quando se fala da experiência e das qualidades no contexto da intervenção propriamente dita, que consistiu na publicidade, pode-se considerar a qualidade da peça publicitária em si mesma ou da divulgação realizada. Sendo assim, a capacidade do interventor de se associar à imagem indevidamente utilizada deve ser vista como habilidade sua, de forma a lhe privilegiar, ou como uma agravante da intervenção, dado o caráter cínico e reprovável da conduta?⁸⁴¹

⁸⁴¹ TIAGO LINS, ao escrever sobre o tema, defende que o grau de destaque dado à imagem no contexto da exploração desautorizada deve ser considerado em favor da vítima. Contudo, o que se está a fazer, na prática, é legitimar a restituição integral dos ganhos derivados da intervenção. É que, no contexto da exploração desautorizada da imagem alheia, qualquer atividade do interventor que amplifique a associação indevida será vista como gravosa: a divulgação em jornais de grande circulação, a relevância da imagem no contexto da publicidade, etc. Dessa forma, quando o STJ, ao oferecer diretrizes para a apuração do montante da restituição, falou que se deveria levar em conta a contribuição do interventor, parece que confundiu os ganhos derivados da intervenção com os ganhos derivados da atividade-fim do interventor. Assim, os critérios oferecidos pelo STJ mais parecem dizer respeito ao aferimento do grau de influência da intervenção do que à necessidade de dividir os frutos da intervenção entre as partes. Ao assim proceder, o que o STJ acabou por fazer foi (a) reconhecer que todo o produto da intervenção deveria ser restituído e (b) oferecer balizas para tentar descobrir quanto das vendas da empresa se deveram à intervenção. LINS, T. **O lucro da intervenção e o direito à imagem**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 242-243.

Essa digressão implica duas conclusões: a primeira é a de que, nesses casos de exploração desautorizada da imagem, já é muito difícil aferir o grau de contribuição da publicidade para o incremento das vendas de determinado produto ou serviço. A segunda é que, após cumprir a difícil tarefa de isolar o montante derivado da publicidade, discutir quanto do valor da publicidade, que é a intervenção no caso, corresponde à contribuição de cada parte é algo quase impossível. Caso se considere que a segunda operação é desnecessária, o que se fez foi reconhecer o *disgorgement* no caso concreto, isto é, a possibilidade de restituição integral dos ganhos obtidos a partir da intervenção.

CARLOS NELSON KONDER sinalizou a dificuldade de apuração do valor a ser restituído em relação a uma situação de intervenção específica: a propagação de notícias fraudulentas e sensacionalistas por parte da chamada *imprensa marrom*. O autor verificou que essa atividade pode ser extremamente lucrativa para o interventor, que explora de forma desautorizada a privacidade, a imagem e a honra da vítima.⁸⁴²

Nesse contexto, o autor sinalizou que a atividade ilícita do interventor seria de menor importância para o cálculo da intervenção. Mais que isso: o autor defendeu que levar em consideração a contribuição do interventor nessa classe de eventos significaria preservar um interesse que não é merecedor de tutela. Assim, embora tenha mencionado a falta de consenso no que diz respeito à forma de cálculo da restituição, o autor sugeriu a legitimação da restituição integral, do *disgorgement*, portanto, para a atividade lucrativa de divulgação de notícias fraudulentas de particulares:

No exemplo recorrente da utilização não autorizada da imagem alheia para fins publicitários, coloca-se grande dificuldade em estimar o quanto da venda do produto anunciado foi causado por aquela publicidade – e, mais especificamente, pela imagem utilizada. Entretanto, na hipótese de exercício abusivo da liberdade de imprensa, com violação da honra, imagem ou privacidade alheia, esse debate perde importância, pois a atuação ilícita do interventor, consistente somente na formulação e veiculação da notícia, não parece fornecer contribuição causal para o lucro comparável àquela referente ao conteúdo da notícia, tampouco merecedora de tutela a ponto de justificar compartilhar parte do lucro obtido. Dessa forma, constata-se que mesmo essas controvérsias principais relativas à quantificação do lucro da intervenção, bem como outras que se levantam em doutrina, são de menor importância nos casos de exercício abusivo da liberdade de imprensa com violação a direitos da personalidade. Em especial, nas notícias veiculadas por meios digitais, tendo em vista os mecanismos tecnológicos disponíveis, é possível averiguar o número de acessos e engajamentos gerados por aquela notícia e os valores obtidos por publicidades a ela vinculadas, mesmo em comparação com

⁸⁴² KONDER, C. N. Abuso lucrativo da liberdade de imprensa e pretensões ressarcitórias pecuniárias: indenização punitiva x lucro da intervenção. **Revista de Direito Privado**, v. 113, 2022, p. 60.

postagens anteriores do mesmo veículo de mídia. Assim, é bastante factível verificar judicialmente o quanto de lucro aquela notícia especificamente gerou.⁸⁴³

O professor ainda sugeriu que a adoção do enriquecimento sem causa por intervenção, sem a consideração da contribuição do interventor para o auferimento do lucro nos casos de divulgação de notícias fraudelentas com a imagem alheia, seria melhor resposta do ordenamento jurídico, ao menos no contexto do Direito Privado, para coibir essas condutas condenáveis. A outra opção, de acordo com o autor, seria a utilização de condenações punitivas, que demandariam previsão legislativa específica.⁸⁴⁴

Até o momento, a liquidação do único caso que o STJ julgou sob a perspectiva do lucro da intervenção não teve início. Logo, não é possível avaliar, de forma concreta, as consequências práticas do julgado. Contudo, a hipótese defendida é de que a solução é problemática e prorrogará sobremaneira a litigiosidade nos casos concretos.

Com efeito, a exploração indevida da imagem alheia é de difícil quantificação até mesmo por meio do critério do *disgorgement*. Mas, ainda assim, esse parece ser o melhor caminho frente à ponderação entre a preservação do conteúdo da destinação, a dissuasão da intervenção sobre direitos e bens alheios e a segurança jurídica. Para outros tipos de intervenção, todavia, a operabilidade do *disgorgement* é muito mais clara.

Conforme mencionado, nos casos de violação de patentes ou de *trade dress*, os ganhos obtidos no contexto da atividade-fim da empresa devem ser restituídos. Assim não haverá maiores dificuldades à apuração do *quantum* devido.⁸⁴⁵ O mesmo acontece com os ganhos derivados da utilização desautorizada de cavalo em determinado páreo ou da locação desautorizada dos quartos de uma casa de veraneio a partir de conluio entre o caseiro e um terceiro.

Verificada a compatibilidade do *disgorgement* com o direito brasileiro, defende-se que ele pode ser aplicado em substituição ao modelo geral de restituição nos casos de enriquecimento por intervenção vigente no Brasil, o qual tem por referência o enriquecimento

⁸⁴³ KONDER, C. N. Abuso lucrativo da liberdade de imprensa e pretensões ressarcitórias pecuniárias: indenização punitiva x lucro da intervenção. **Revista de Direito Privado**, v. 113, 2022, p. 64.

⁸⁴⁴ KONDER, C. N. Abuso lucrativo da liberdade de imprensa e pretensões ressarcitórias pecuniárias: indenização punitiva x lucro da intervenção. **Revista de Direito Privado**, v. 113, 2022, p. 66.

⁸⁴⁵ É certo que essas hipóteses já estão abarcadas pelo art. 210, II, da LPI, de modo que há previsão expressa da possibilidade do *disgorgement*. A menção a esses casos apenas visou evidenciar situações em que a intervenção se confunde com a atividade principal do interventor. Cf.: SILVA, S. J. **A intervenção nos direitos subjetivos alheios: com qual fundamento e em que medida é possível restituir o lucro da intervenção?**. 2019. Dissertação (Mestrado) – Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2019. p. 250-251.

patrimonial, com a autorização da retenção da parcela dos ganhos relativa às contribuições do interventor.

Portanto, a proposta é a de que a restituição do enriquecimento por intervenção seja pautada no enriquecimento patrimonial do interventor, mas sem a autorização de retenção de valor relativo à *expertise* do interventor. A medida tem três consequências positivas práticas.

A primeira é o respeito ao princípio segundo o qual todos os ganhos derivados da exploração de um dado bem ou direito são devidos ao seu titular.

A segunda, que é uma consequência reflexa, é de que as pessoas serão desencantadas a intervirem sobre direitos alheios.

A terceira, que também é reflexa, é a de que o arbitramento das condenações restitórias será facilitado, o que conferirá previsibilidade ao jurisdicionado e segurança jurídica ao sistema.

É importante dizer, porém, que não é possível o estabelecimento de uma cadeia de causalidade infinita entre os ganhos derivados da intervenção e a atribuição do conteúdo da destinação ao titular⁸⁴⁶. Nesse sentido, GRAHAM VIRGO fala do critério *remoteness of gain*,⁸⁴⁷ o qual pode ser chamado de princípio do *distanciamento*. A ideia é a de que “[...] o réu só deverá restituir ganhos ao autor se eles forem obtidos em circunstâncias nas quais não eram muito distantes do ilícito”^{848/849}.

O exemplo fornecido por VIRGO para representar a ideia do *distanciamento* é o seguinte: se alguém pega o carro de outra pessoa sem pagar e simplesmente o utiliza ou então o aluga a terceiros, há, respectivamente, de restituir ao titular a despesa economizada ou os ganhos derivados da locação. No entanto, se com esses ganhos ou com a despesa economizada o interventor compra ações que se valorizam sobremaneira, o interventor não tem de restituir os ganhos derivados das ações. Isso porque o ganho obtido com as ações é indireto e, portanto, distante da intervenção:

⁸⁴⁶ BARNETT, K. Restitution, compensation and disgorgement. *In*: BANT, E; BARKER, K.; DEGELING, S. **Research handbook on unjust enrichment and restitution**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2020. p. 464.

⁸⁴⁷ VIRGO, G. **The principles of the law of restitution**. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2015. p. 435.

⁸⁴⁸ Tradução nossa. No original: “[i]t is for this reason that a principle of remoteness of gain is needed, the effect of which is that the defendant will only be liable to give up benefits to the claimant if they were obtained in circumstances which were not too remote from the commission of the wrong”. Cf.: VIRGO, G. **The principles of the law of restitution**. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2015. p. 435.

⁸⁴⁹ A ideia se aproxima da teoria do dano direto e imediato, a qual, de acordo com João Costa-Neto e Carlos E. Elias de Oliveira, foi positivada no art. 403 do Código Civil. Cf. OLIVEIRA, C. E. D.; COSTA-NETO, J. **Direito civil**. 1. ed. São Paulo: Forense, 2022. p. 859: “[e]m síntese: a expressão “dano direto e imediato” serve como conceito jurídico indeterminado para que o juiz, no caso concreto, afaste a responsabilidade civil quando entender que a relação entre a causa e o dano é remota ou distante. Caberá ao aplicador do direito usar critérios como previsibilidade, proximidade da causa, atribuição do risco, peso da contribuição para o resultado, etc”.

The preferable test of remoteness is that a gain is not too remote from the commission of the wrong where it arises directly from the commission of that wrong. Gains which arise indirectly from the commission of the wrong should be considered to be too remote and so do not need to be disgorged. So, where the defendant wrongfully takes the claimant's car, all the benefits which the defendant gains from the use of that car should be considered to arise directly from the wrongdoing. So, if the defendant hires the car to third parties, any money obtained from such hiring should be disgorged to the claimant. Similarly, if the defendant used the car and saved the cost of hire, the value of this negative benefit should be paid to the claimant in the form of restitutionary damages. If, however, the defendant obtained £500 from the use of the car and bought shares with this money, any dividends paid to the defendant in respect of the shares need not be disgorged to the claimant, since they did not arise directly from the wrongful use of the claimant's car.⁸⁵⁰

Da mesma maneira, a boa-fé ou a má-fé do interventor deve ser considerada para definir se é possível a restituição integral dos ganhos obtidos a partir da intervenção.⁸⁵¹ No âmbito do Direito brasileiro, SÉRGIO SAVI defende que o estado anímico do agente será decisivo para a escolha do referencial da condenação restitutória: se o agente agiu de boa-fé será o enriquecimento real, se de má-fé o enriquecimento patrimonial.⁸⁵²

A mesma proposta é a prevalecente no Direito português, de acordo com MENEZES LEITÃO⁸⁵³. A ideia é traduzida por ANTUNES VARELA, que defende o abatimento da parcela correspondente ao “[...] tabalho, [à] experiência, [a]o espírito de iniciativa ou [à] perícia [...]” do interventor quando da restituição do lucro obtido⁸⁵⁴.

O STJ, ainda que não explicitamente, parece ter se vinculado à sugestão de Sérgio Savi. É que após a citação do trecho da obra do autor em que ele apresenta a proposta descrita no parágrafo anterior, o acórdão conclui que, no caso concreto, era absolutamente improvável que a intervenção tivesse acontecido de boa-fé. Ademais, determinou-se a restituição com fundamento no enriquecimento patrimonial.

GISELA GUEDES e ALINE TERRA, por outro lado, defendem que quando o interventor age de má-fé ele deve renunciar à integridade dos ganhos obtidos por meio da intervenção⁸⁵⁵. As

⁸⁵⁰ VIRGO, G. **The principles of the law of restitution**. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2015. p. 436.

⁸⁵¹ SAVI, S. **Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa: o lucro da intervenção**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 140.

⁸⁵² SAVI, S. **Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa: o lucro da intervenção**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 140.

⁸⁵³ MENEZES LEITÃO, L. M. T. D. **Direito das obrigações: introdução – da constituição das obrigações**. 15. ed. Coimbra: Almedina, 2021. v. 1. p. 464.

⁸⁵⁴ ANTUNES VARELA, J. D. M. **Das obrigações em geral**. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2000. v. 1. p. 515.

⁸⁵⁵ A justificativa das autoras, porém, é diversa da deste trabalho. Elas veem na ilicitude da intervenção a razão pela qual a restituição deve ser integral. Cf. TERRA, A. de M. V.; DA CRUZ GUEDES, G. S. **Revisitando o lucro da intervenção: novas reflexões para antigos problemas**. Revista Brasileira de Direito Civil, [S. l.], v. 29, n. 03, 2021. p. 292: “[e]m definitivo, ainda que proveniente de esforço do próprio interventor, a má-fé original

autoras, portanto, adotam o que este trabalho entende por *disgorgement*.⁸⁵⁶ Inclusive, no *abstract* do artigo, elas se referem ao lucro da intervenção como “*disgorgement of profits*”.⁸⁵⁷ Por outro lado, defendem que haja a divisão proporcional dos ganhos entre a vítima e o intervenor nas situações de intervenção de boa-fé⁸⁵⁸.

RENATO MORAES, que, como se viu, defende como regra geral a divisão dos ganhos entre as partes, conclui que apenas nos casos de boa-fé essa regra deveria incidir, tal como GISELA GUEDES e ALINE TERRA. Para o autor, nos casos de intervenção de má-fé, o intervenor deve restituir a integralidade do enriquecimento obtido.⁸⁵⁹ Tem direito apenas a reter valor pelo pagamento de seu trabalho, que será avaliado a partir dos parâmetros de mercado. Ao que parece, a ideia de RENATO MORAES é a de que o intervenor receba espécie de salário em decorrência de sua atuação.⁸⁶⁰

Diante das ponderações realizadas ao longo deste capítulo, especialmente no que diz respeito ao ceticismo em relação à distribuição proporcional do lucro e à defesa do monopólio da exploração dos direitos por parte do titular, a posição adotada por este trabalho congrega parte da proposta de SÉRGIO SAVI e parte da proposta de GISELA GUEDES e ALINE TERRA, além de considerações de RENATO MORAES expostas em todo o texto.

contami-na todo o lucro obtido, tornando-o antijurídico na integralidade, pelo que não se pode conservá-lo no patrimônio do agente”.

⁸⁵⁶ TERRA, A. de M. V.; DA CRUZ GUEDES, G. S. Revisitando o lucro da intervenção: novas reflexões para antigos problemas. **Revista Brasileira de Direito Civil**, [S. l.], v. 29, n. 03, 2021. p. 292.

⁸⁵⁷ TERRA, A. de M. V.; DA CRUZ GUEDES, G. S. Revisitando o lucro da intervenção: novas reflexões para antigos problemas. **Revista Brasileira de Direito Civil**, [S. l.], v. 29, n. 03, 2021. p. 281: “[t]his article examines disgorgement of profit (lucro da intervenção) as a mechanism to ensure that wrongdoers do not profit from their wrongful conduct, based on a review of scholarly work and decisions by the courts. It attempts to delineate the mechanism within the context of civil liability and identify the factual grounds for disgorgement of profit. The article also suggests possible parameters for quantifying the amount to be disgorged by the wrongdoer and paid over to the owner of the property that generated the profits”.

⁸⁵⁸ TERRA, A. de M. V.; DA CRUZ GUEDES, G. S. Revisitando o lucro da intervenção: novas reflexões para antigos problemas. **Revista Brasileira de Direito Civil**, [S. l.], v. 29, n. 03, 2021. p. 291-292: “[a]ssim, se o intervenor agiu de boa-fé, parte dos seus lucros devem ser entregues à vítima da intervenção, mas não todo o lucro. Com base no critério do grau de eficácia causal da conduta do intervenor é que se deve calcular a parcela dos lucros que deve ser atribuída à vítima da intervenção”.

⁸⁵⁹ O autor também chega a essa conclusão por razão diferente da deste trabalho. Para ele, a conservação estática dos patrimônios é violada na restituição integral. Mas a repulsa do ordenamento jurídico brasileiro pela má-fé é capaz de justificar a restituição. Cf. MORAES, R. D. F. D. **Enriquecimento sem causa e enriquecimento por intervenção**. São Paulo: Almedina, 2021, p. 395-396: “[p]or conseguinte, o grau de contribuição não se aplica caso o intervenor tenha agido de má-fé. Nessa hipótese, a integralidade do benefício originado pela intervenção deve ser destinada ao titular do direito, pois é preferível aceitar o enriquecimento sem causa do titular do que beneficiar aquele que realiza a intervenção eivada de dolo”.

⁸⁶⁰ MORAES, R. D. F. D. **Enriquecimento sem causa e enriquecimento por intervenção**. São Paulo: Almedina, 2021, p. 395-396: “[c]omo o enriquecimento sem causa se baseia na conservação estática dos patrimônios, o intervenor de má-fé não pode sofrer eventual perda, devendo ser remunerado nos estritos limites do valor de mercado do trabalho realizado. Admitir hipótese contrária significa aceitar que o intervenor seja penalizado em razão de sua conduta irregular, conferindo-se ao enriquecimento sem causa função punitiva que é incompatível com o instituto”.

Assim, a regra geral defendida é a possibilidade de escolha da vítima entre os ganhos obtidos pelo interventor ou o pagamento do valor devido pela exploração do direito. A restituição integral dos ganhos, que deverá considerar apenas os ganhos líquidos, todavia, deve estar limitada ao benefício diretamente derivado da intervenção. Ao mesmo tempo, há de se considerar a boa-fé ou a má-fé do interventor. A boa-fé limitará a restituição ao preço de exploração do direito; a má-fé possibilitará a restituição integral⁸⁶¹.

Dessa forma, o sujeito que deliberadamente utiliza cavalo em páreo no qual sabia que o dono não queria a participação não pode manter para si os ganhos derivados da vitória do animal. Por outro lado, no caso de exploração de propriedade que se supunha sua, como ocorre no exemplo da cachoeira em zona limítrofe de terras, não parece adequado condenar o réu a restituir a íntegra dos ganhos obtidos com a exploração da coisa. Logo, no primeiro caso a restituição deve ser integral. Já no segundo, o valor deve ser limitado ao preço de exploração do direito.

⁸⁶¹ A sugestão segue o modelo defendido na Inglaterra, onde apenas as intervenções cínicas são capazes de implicar o *disgorgement*. Por outro lado, mesmo que o interventor tenha agido de forma inocente, haverá, pois, de restituir o valor de exploração do direito indevidamente utilizado. Cf. EDELMAN, J. **Gain-based damages**: contract, tort, equity and intellectual property. Portland: Hart Publishing, 2002. p. 111.

5 CONCLUSÃO

Ao longo deste trabalho, demonstrou-se que as situações de intervenção sobre direitos alheios são eventos que podem implicar não apenas danos à vítima, mas ganhos ao interventor. Por conta disso, situam-se numa zona cinzenta entre as fontes de obrigações ato ilícito e enriquecimento sem causa.

Enquanto o enriquecimento sem causa tem como pretensão correspondente a restitutória, o ato ilícito enseja pretensão reparatória. A primeira lida com ganhos; a segunda, com danos. Dessa forma, pretensões fundadas em atos ilícitos não podem perquirir a restituição de ganhos. Contudo, o enriquecimento sem causa é historicamente negligenciado em nosso Direito. Assim, os jurisdicionados, a doutrina e os tribunais só enxergavam, nas relações privadas, pretensões fundadas na reparação de danos, o que legitimou, por muito tempo, a manutenção dos ganhos derivados das situações de intervenção nos patrimônios dos interventores.

Quando muito, eram proferidas condenações reputadas indenizatórias para que os interventores pagassem às vítimas o valor de mercado da exploração desautorizada empreendida. Porém, como se viu ao longo de trabalho, a natureza dessas condenações não é indenizatória, mas restitutória. Isso porque elas desempanham o papel de restituição pelas despesas economizadas pelo interventor, e não de reparação por um dano sofrido pela vítima.

O aprofundamento da pesquisa sobre o tema no Brasil acabou por levar a doutrina a sustentar que a restituição dos ganhos derivados da intervenção tem por fundamento não a responsabilidade civil, mas o enriquecimento sem causa. Dessa forma, passou-se a defender a figura do enriquecimento por intervenção ou do lucro da intervenção, termo mais difundido no país.

Com isso, advogou-se que a restituição não poderia ter como parâmetro apenas o enriquecimento real do interventor, que representa exatamente a poupança de despesas decorrente do não pagamento do valor devido pela exploração. O entendimento é de que a limitação a esse critério legitimaria as situações de intervenção e incentivaria o curto-circuito do contrato. Dito de outro modo: se a devida contratação para a exploração de um direito que pode gerar muitos ganhos financeiros e a condenação por essa exploração desautorizada têm o mesmo valor, é muito mais vantajoso proceder de forma desautorizada. Essa circunstância era amplificada pelo fato de que, muitas vezes, a vítima não podia ou não tinha interesse de autorizar a exploração sobre seus direitos.

Diante disso, a doutrina majoritária passou a defender que o critério para quantificar a restituição do enriquecimento por intervenção seria o enriquecimento patrimonial, isto é, o diferencial positivo no patrimônio do interventor a partir da intervenção praticada.

A ideia tem como fundamento teórico a doutrina do conteúdo da destinação. Seu postulado é o de que o proveito econômico obtido a partir da exploração do direito deve ser direcionado ao seu titular, uma vez que a ele cabe o monopólio da exploração. Entretanto, a maior parte da doutrina defende que essa restituição, com base no enriquecimento patrimonial, há de remunerar o interventor pela sua parcela de contribuição no auferimento do enriquecimento. Logo, com base nesse entendimento, devem ser considerados o esforço e a experiência do interventor para que se dividam os ganhos proporcionalmente entre ele e a vítima.

O enriquecimento real, por outro lado, apenas teria atuação nos casos em que o interventor tivesse agido de boa-fé ou quando o diferencial positivo no patrimônio do interventor fosse menor do que o valor devido pela exploração do direito. Assim, o enriquecimento real serviria como referencial mínimo à restituição decorrente da intervenção.

O Superior Tribunal de Justiça, em 2018, adotou o fundamento do enriquecimento por intervenção fundado na cláusula geral de vedação ao enriquecimento sem causa para condenar uma empresa que utilizou, de forma desautorizada, a imagem de uma atriz famosa para divulgar determinado produto. Igualmente, o STJ adotou a proposta de quantificação da restituição a partir do enriquecimento patrimonial do interventor e da divisão proporcional dos ganhos entre o interventor e a vítima.

Embora o acórdão do STJ tenha procedido a relevante avanço no desenvolvimento do enriquecimento sem causa no Brasil, na medida em que reconheceu expressamente que a restituição dos ganhos nas situações de intervenção derivaria da fonte de obrigações enriquecimento sem causa, isto é, do enriquecimento sem causa por intervenção, defende-se que o critério adotado para a quantificação da restituição não é o mais adequado.

Isso porque a divisão do enriquecimento entre a vítima e o interventor desrespeita o conteúdo da destinação e o monopólio da exploração dos seus próprios direitos por parte da vítima; legitima a intervenção, na medida em que remunera o interventor pelo seu empreendimento, ainda que cínico; e cria cenário de inarredável insegurança jurídica no que diz respeito à quantificação da restituição, uma vez que arbitrar qual parcela dos ganhos diz respeito à atividade do interventor e qual parcela deriva da contribuição da vítima é verdadeira “missão impossível”.

A experiência de alguns países, como a Alemanha, demonstrou que esse modo de calcular a restituição era tão complicado que as próprias vítimas optavam somente pela restituição do valor de mercado da exploração do seu direito. Igualmente, essa dificuldade acabou ampliando, na Alemanha, a porta da restituição integral dos ganhos derivados da intervenção.

Essa restituição integral dos ganhos derivados da intervenção se popularizou no Direito inglês e passou a ser chamada de *disgorgement*. O termo *disgorgement*, ainda que concebido no âmbito do sistema retributivo inglês, passou a designar em muitos países, falantes de língua inglesa ou não, a ideia da restituição integral dos ganhos derivados da intervenção desautorizada sobre direitos alheios. Isto é: passou a representar a restituição integral dos ganhos obtidos a partir do enriquecimento por intervenção. Ou seja: mais do que uma pretensão autônoma ou do que sinônimo de enriquecimento por intervenção, a expressão parece designar uma forma de calcular a restituição em situações de intervenção. E essa forma é a restituição integral dos benefícios obtidos a partir da exploração desautorizada do direito alheio.

Após a análise da cláusula geral de vedação ao enriquecimento sem causa, positivada no art. 884 do Código Civil, concluiu-se que o legislador não definiu a extensão da intervenção: se deveria abarcar todos os ganhos obtidos pelo interventor à custa do direito alheio, ou se os ganhos obtidos pelo interventor deveriam ser repartidos proporcionalmente entre ele e a vítima.

Destarte, o conceito indeterminado “indevidamente auferido”, no contexto da cláusula geral de vedação ao enriquecimento sem causa, deve ser preenchido pelo intérprete a partir da sistematicidade do ordenamento, das construções teóricas sobre o tema e do contexto social que circunda a relação.

Percebeu-se que em leis específicas, como as de direitos autorais e da propriedade industrial, o legislador consagrou de forma expressa a restituição integral dos ganhos obtidos em situações de intervenção, assim como fez em dispositivos específicos ao longo do próprio Código Civil. Desse fato foi possível extrair que o legislador não vedou a restituição integral no Direito brasileiro.

Da mesma maneira, ao se analisar as críticas da doutrina à restituição integral, viu-se que o principal fundamento à sua não incorporação seria o caráter punitivo supostamente inerente. A ideia, portanto, é a de que como não há previsão de pena privada genérica no Direito brasileiro, não seria possível proceder à restituição integral fundada no enriquecimento sem causa por intervenção.

Diante disso, procedeu-se ao exame da relação entre a pretensão da restituição integral do enriquecimento por intervenção e as condenações punitivas. A conclusão foi pela

incompatibilidade entre elas. Isso porque a restituição integral dos ganhos não leva o interventor a situação pior do que a que ele se encontrava antes da intervenção.

Diversamente, ele, interventor, é levado à mesma posição que se encontrava antes de enriquecer à custa de outrem. A ideia, portanto, é da reparação integral às avessas. Isso, inclusive, por meio de releitura da justiça corretiva, no sentido de que a restituição integral dos ganhos promove o reequilíbrio patrimonial rompido pela intervenção desautorizada.

Logo, partindo das premissas de (i) que o legislador não ofereceu resposta pronta para o enriquecimento sem causa por intervenção; (ii) que foi reconhecida expressamente a possibilidade de restituição integral em alguns contextos; e (iii) que a pretensão com esse referencial não tem natureza punitiva, concluiu-se que não há incompatibilidade entre o *disgorgement* e a cláusula geral de vedação ao enriquecimento sem causa por intervenção.

Com base no pressuposto de que não há incompatibilidade, percebeu-se que a sua implementação seria produtiva para o ordenamento, na medida em que auxiliaria na resolução dos problemas derivados da adoção do modelo de restituição que divide os ganhos entre o interventor e a vítima.

A utilização do *disgorgement*, portanto, (i) preserva o monopólio de exploração do titular sobre seus direitos, bem como o conteúdo da destinação dos proveitos obtidos a partir deles; (ii) dissuade a prática de intervenção sobre direitos alheios, na medida em que, de antemão, o interventor saberá que não poderá auferir vantagem a partir dessa prática nociva à vida em sociedade; e, por fim, (iii) privilegia a previsibilidade e a segurança jurídica, porquanto não será mais necessário proceder à “missão impossível” de determinar qual parcela do enriquecimento do interventor se deveu ao trabalho do interventor e qual derivou da contribuição da vítima.

Portanto, propõe-se a alteração do referencial de quantificação da restituição do enriquecimento por intervenção. A regra geral defendida é a possibilidade de escolha, por parte da vítima, entre (a) os ganhos obtidos pelo interventor e (b) o pagamento do valor devido pela exploração do direito. A restituição integral dos ganhos, que deverá considerar apenas os ganhos líquidos, todavia, deve ser limitada ao benefício diretamente derivado da intervenção. Ao mesmo tempo, há de se considerar a boa-fé ou a má-fé do interventor. A boa-fé limitará a restituição ao preço de exploração do direito, enquanto a má-fé possibilitará a restituição integral.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, L. D. **Dos efeitos das obrigações**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1934.
- ALVES, J. C. M. **Direito romano**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- ALVIM, A. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.
- ALVIM, A. Do enriquecimento sem causa. **Revista dos Tribunais**, v. 259, p. 3-36, São Paulo, maio 1957.
- ANTUNES VARELA, J. D. M. **Das obrigações em geral**. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2000.
- ANTUNES, H. S. Disgorgement of profits in Portugal: A journey between the present and the future. *In*: HONDIUS, E.; JANSSEN, A. **Disgorgement of profits: gain-based remedies throughout the world**. 1. ed. London: Springer, 2015. p. 171-186.
- ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução Mário Gama Cury. Brasília: UnB, 1985.
- BARNETT, K. Restitution, compensation and disgorgement. *In*: BANT, E; BARKER, K.; DEGELING, S. **Research handbook on unjust enrichment and restitution**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2020. p. 456-475.
- BEVILÁQUA, C. **Código civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. 6. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1943. v. 4.
- BEVILÁQUA, C. **Direito das obrigações**. 5. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1940.
- BIRKS, P. **An introduction to the law of restitution**. Oxford: Oxford University Press, 1985.
- BIRKS, P. Unjust enrichment and wrongful enrichment. **Texas Law Review**, v. 79, n. 7, p. 1767-1794, June 2001.
- BIRKS, P. **Unjust enrichment**. 2. ed. Oxford University Press, 2005.
- BIRKS, P.; DESCHEEMAER, E. **The roman law of obligations**. 1. ed. Oxford: Oxford University Press, 2014.
- BITENCOURT, C. Z. **Código penal comentado**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- BODIN DE MORAES, M. C. A caminho de um direito civil constitucional. *In*: MENDES, G. F.; STOCO, R. **Doutrinas essenciais de direito civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. II. p. 59-73.
- BODIN DE MORAES, M. C. Do juiz boca-da-lei à lei boa-de-juiz: reflexões sobre a aplicação- interpretação do direito no início do século XXI. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 56, p. 11-30, 2013.

BORKOWSKY, A.; PLESSIS, P. D. **Textbook on roman law**. 6. ed. Oxford: Oxford University Press, 2020.

BURNHAM, W. **Introduction to the law and legal system of the United States**. 5. ed. St. Paul: West, 2011.

BRAGA NETTO, P.; FARIAS, C. C. D.; ROSENVALD, N. **Novo tratado de responsabilidade civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

BURROWS, A. **A restatement of the English law of unjust enrichment**. Oxford: Oxford University Press, 2012.

BURROWS, A. **The law of restitution**. Oxford: Oxford University Press, 2011.

BURROWS, A.; RODGER, A. **Mapping the law: essays in memory of Peter Birks**. Oxford: Oxford University Press, 2006.

CAMPOS, D. P. L. D. **Enriquecimento sem causa e responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 1974.

CAVALIERI FILHO, S. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CORDEIRO, A. M. **Tratado de direito civil: direito das obrigações – gestão de negócios enriquecimento sem causa, responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2017. v. III.

COSTA NETO, J. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 83, p. 177-210, 2013.

COSTA NETO, J. **Iudex qui litem suam facit: responsabilidade civil objetiva em Roma**. 1. ed. Saarbrücken: NEA, 2016.

COSTA NETO, J. **Liberdade de expressão: o conflito entre o legislador e o juiz constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2017

COSTA, J. M. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

DANNEMANN, G. **The German law of unjustified enrichment and restitution: a comparative introduction**. 1. ed. Oxford: Oxford University Press, 2009.

DINIZ, M. H. **Curso de direito civil brasileiro**. 25. ed. São Paulo, 2011. 7 v.

DINIZ, S. **Código civil alemão**. Traduzido diretamente do alemão. Rio de Janeiro: Récord, 1960.

EDELMAN, J. Gain-based damages and compensation. *In*: BURROWS, A.; RODGER, A. **Mapping the Law: essays in memory of Peter Birks**. Oxford: Oxford University Press, 2006. p. 141-162.

EDELMAN, J. Gain-based damages and compensation. *In*: BURROWS, A.; RODGER, A. **Mapping the law: essays in memory of Peter Birks**. Oxford: Oxford University Press, 2006. p. 141-162.

- EDELMAN, J. **Gain-based damages: contract, tort, equity and intellectual property**. Portland: Hart Publishing, 2002.
- FACHIN, L. E. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- FLUMIGNAN, S. J. G. **Dano-evento e dano-prejuízo**. 2009. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2009.
- FRADA, M. A. C. D. **Direito Civil, responsabilidade civil: o método do caso**. 1. ed. Coimbra: Almedina, 2010.
- GALLO, P. **Arricchimento senza causa e quasi contratti: i rimedi restitutori**. Torino: Utet, 1996.
- GALLO, P. Unjust enrichment: a comparative analysis. **The American Journal of Comparative Law**, v. 40, p. 431-465, 1992.
- GARNER, A. B. **Black's law dictionary**. St. Paul: West Group, 1999.
- GIGLIO, F. **The foundations of restitution for wrongs**. Portland: Hart Publishing, 2007.
- GIRARDI, V. **A problemática dos lucros ilícitos no sistema legal brasileiro: o lucro da intervenção**. 2019. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-08092020-004741/pt-br.php>. Acesso em: 15 maio 2021.
- GOLDBERG, J. C. P; ZIPURSKY, B. C. **Torts**. New York: Oxford University Press, 2010.
- GOMES, J. M. V. **O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa**. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1998. p. 105 e ss.
- GOMES, O. **Obrigações**. Atualizador BRITO, E. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- GORDLEY, J. The moral foundations of private law. **American Journal of Jurisprudence**, v. 47, n. 1, Article 1, p. 1-23, 2002.
- GUEDES, G. S. D. C. Considerações acerca da exclusão do lucro ilícito do patrimônio do agente ofensor. **Revista da Faculdade de Direito – UERJ**, Rio de Janeiro, n. 28, p. 54-67, dez. 2015.
- GUEDES, G. S. D. C. **Lucros cessantes: do bom-senso ao postulado normativo da razoabilidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- GUIA SILVA, R. D. **Enriquecimento sem causa: as obrigações restitutórias no direito civil**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. [livro eletrônico].
- HARRIS, P. **An introduction to law**. 7. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.
- HELMS, T. Disgorgement of profits in German law. *In*: HONDIUS, E.; JANSSEN, A. **Disgorgement of profits: gain-based remedies throughout the world**. 1. ed. London: Springer, 2015. p. 219-230.

HOGG, M. A. Disgorgement of profits in Scots law. *In*: HONDIUS, E.; JANSSEN, A. **Disgorgement of profits**: gain-based remedies throughout the world. 1. ed. London: Springer, 2015. p. 325-344.

HONDIUS, E.; JANSSEN, A. **Disgorgement of profits**: gain-based remedies throughout the world. 1. ed. London: Springer, 2015.

HONDIUS, E.; JANSSEN, A. General report. *In*: HONDIUS, E.; JANSSEN, A. **Disgorgement of profits**: gain-based remedies throughout the world. 1. ed. London: Springer, 2015. p. 471-504.

HONDIUS, E.; JANSSEN, A. Original questionnaire: disgorgement of profits. *In*: HONDIUS, E.; JANSSEN, A. **Disgorgement of profits**: gain-based remedies throughout the world. 1. ed. London: Springer, 2015. p. 3-12.

HORBACH, C. B. O direito comparado no STF: internacionalização da jurisdição constitucional brasileira. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 12, n. 2, p. 193-210, 2015.

JARDIM, F. J. D. M. **Inclusive Legal Positivism and Legality in Brazil**. 2018. Tese (Doutorado) – Fordham University, New York, 2018.

JARDIM, F. J. D. M.; NÓBREGA NETO, E. C. D. Os direitos dos depositantes de patentes. **Migalhas**, Brasília, 31 mar. 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/342729/os-direitos-dos-depositantes-de-patentes>. Acesso em: 1 maio 2021.

JARDIM, F. J. D. M.; VELLOSO, J. C. O lucro da intervenção e a proteção patentária no Brasil. **Jota**, Brasília, 24 fev. 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/propriedade-intelectual-protecao-patentaria-24022021>. Acesso em: 5 maio 2021.

JOHNSTON, D.; ZIMMERMANN, R. Unjustified enrichment: surveying the landscape. *In*: JOHNSTON, D.; ZIMMERMANN, R. **Unjustified enrichment**: key issues in comparative. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. p. 3-36.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, A. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

KONDER, C. N. Abuso lucrativo da liberdade de imprensa e pretensões ressarcitórias pecuniárias: indenização punitiva x lucro da intervenção. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 113, 2022, p. 59-75, 2022.

KONDER, C. N. Dificuldades de uma abordagem unitária do lucro da intervenção. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, v. 13, p. 231-248, out./dez. 2017.

KREBS, T. In defence of unjust factors. *In*: JOHNSTON, D.; ZIMMERMANN, R. **Unjustified enrichment**: key issues in comparative. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. p. 76-100.

KREBS, T. **Restitution at the crossroads**: a comparative study. 1. ed. London: Cavendish Publishing Limited, 2001.

KREBS, T. The fallacy of ‘restitution for wrongs’. *In*: BURROWS, A.; RODGER, A. **Mapping the law**: essays in memory of Peter Birks. Oxford: Oxford University Press, 2006. p. 379-399.

KROETZ, M. C. D. A. **Enriquecimento sem causa no direito brasileiro contemporâneo e recomposição patrimonial**. 2005. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná (UFPR), Curitiba, 2005.

LINS, T. **O lucro da intervenção e o direito à imagem**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

LUCCA, N. D. Dos atos unilaterais, dos títulos de crédito: arts. 854 a 926. *In*: TEIXEIRA, S. D. F. **Comentários ao novo Código civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MARINO, F. P. D. C. Prefácio. *In*: MORAES, R. D. F. D. **Enriquecimento sem causa e enriquecimento por intervenção**. São Paulo: Almedina, 2021. p. 7-8.

MARINO, F. P. D. C. Perdas e danos. *In*: LOTUFO, R.; NANNI, G. E. **Obrigações**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 653-685.

MARINONI, L. G. **Tutela contra o ilícito**: inibitória e de remoção – art. 497, Parágrafo único, CPC/ 2015. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARTINS-COSTA, J. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MARTINS-COSTA, J.; PARGENDLER, M. S. Usos e abusos da função punitiva: punitive damages e o direito brasileiro. **Revista CEJ**, Brasília, v. 1, n. 28, p.15-32, jan. 2005.

MCINNES, M. Resisting temptations to ‘justice’. *In*: CHAMBERS, R.; MITCHELL, C.; PENNER, J. **Philosophical foundations of the law of unjust enrichment**. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 164-232.

MEIER, S. No basis: a comparative view. *In*: BURROWS, A.; RODGER, A. **Mapping the law**: essays in memory of Peter Birks. Oxford: Oxford University Press, 2006. p. 343-362.

MEIER, S. Unjust factors and legal grounds. *In*: JOHNSTON, D.; ZIMMERMANN, R. **Unjustified enrichment**: key issues in comparative. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. p. 37-75.

MENDONÇA, D. N. **Análise econômica da responsabilidade civil**: o dano e a sua quantificação. São Paulo: Atlas, 2012.

MENEZES LEITÃO, L. M. T. D. **Direito das obrigações**: introdução – da constituição das obrigações. 15. ed. Coimbra: Almedina, 2021. v. 1.

MENEZES LEITÃO, L. M. T. D. O enriquecimento sem causa no novo Código Civil brasileiro. **R. CEJ**, Brasília, n. 25, p. 24-33, abr./jun. 2004.

MENEZES LEITÃO, L. M. T. D. **O enriquecimento sem causa no Direito Civil**: estudo dogmático sobre a viabilidade da configuração unitária do instituto, face à contraposição entre as diferentes categorias de enriquecimento sem causa. Lisboa: Centro de Estudos Fiscais, 1996.

MICHELON JR. C. Native sources and comparative resources: unjustified enrichment in Brazil after the 2002 civil Code. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 9, p. 243-276, out./dez. 2016.

MICHELON JR., C. Direito restitutivo: enriquecimento sem causa, pagamento indevido, gestão de negócios. *In*: REALE, M.; MARTINS-COSTA, J. **Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (Coleção Biblioteca de Direito Civil)

MITCHELL, C.; SWALDING, W. **The restatement third**: restitution and unjust enrichment: critical and comparative essays. Portland: Hart Publishing, 2013.

MORAES, R. D. F. D. **Enriquecimento sem causa e enriquecimento por intervenção**. São Paulo: Almedina, 2021.

NANNI, G. E. **Enriquecimento sem causa**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NEGREIROS, T. P. D. A. T. D. Enriquecimento sem causa: aspectos de sua aplicação no Brasil como um princípio geral de direito. **Revista da Ordem dos Advogados**, v. 55, Ordem dos Advogados Portugueses, Lisboa, p. 757-845, 1995.

NEVES, J. R. D. C. O enriquecimento sem causa como fonte de obrigações. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 843, p. 97-112, 2006.

NORONHA, F. **Direito das obrigações**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

NORONHA, F. Enriquecimento sem causa. **Revista do Instituto dos Advogados de Santa Catarina**, Florianópolis, SC, v. 4, p. 43-74, 1992.

OLIVEIRA, C. E. D.; COSTA-NETO, J. **Direito civil**. 1. ed. São Paulo: Forense, 2022.

PAVAN, V. O. **Responsabilidade civil contemporânea e tutela da pessoa frente aos ganhos ilícitos**. Dissertação (Mestrado) – Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, 2020.

PEREIRA COELHO, Francisco Manuel. **O enriquecimento e o dano**. Coimbra: Almedina, 1999.

PEREIRA, C. M. D. S. **Instituições de direito civil**: teoria geral das obrigações. 1. ed. São Paulo: Forense, 1962.

PERLINGIERI, P. **Perfis do direito civil**. Tradução CICO, M. C. D. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PONTES DE MIRANDA, F. C. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

PONTES DE MIRANDA, F. C. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. v. 26.

REALE, M. Visão geral do novo Código civil. *In*: MENDES, G. F.; STOCO, R. **Doutrinas essenciais de direito civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. II. p. 11-19.

RODRIGUES JR. O. L. **Direito civil contemporâneo**: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

RODRIGUES, D. R. M. Sistematização e abstração na iurisprudencia romana. **Revista da Faculdade de Direito (USP)**, São Paulo, v. 97, n. p. 23-33, 2002.

ROSENVALD, Nelson. **A responsabilidade civil pelo ilícito lucrativo: o disgorgement e a indenização restitutória**. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

SANSEVERINO, P. D. T. **Princípio da reparação integral**: indenização no Código civil. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SAVI, S. **Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa**: o lucro da intervenção. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

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

SCHREIBER, A.; KONDER, C. N. Uma agenda para o direito civil-constitucional. **Revista Brasileira de Direito Civil**, Rio de Janeiro, p. 9-27, out./dez 2016.

SCHREIBER, A.; GUIA SILVA, R. D. Aspectos relevantes para a sistematização do lucro da intervenção no direito brasileiro. **Pensar**, Fortaleza, v. 23, n. 4, p. 1-15, out./dez. 2018.

SILVA, S. J. **A intervenção nos direitos subjetivos alheios**: com qual fundamento e em que medida é possível restituir o lucro da intervenção?. 2019. Dissertação (Mestrado) – Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2019.

SILVEIRA, P. B. D. **Direito da concorrência**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

SONTAG, K. Tendências teórico-jurídicas decorrentes da escola histórica do direito: pandectística, germanística e história do direito na ciência do direito positivo alemã do século XIX. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, v. 66, p. 421-456, jan./jun. 2015.

SOUZA, A. S. R. S.; GODINHO, J. R. **O dano moral como subterfúgio para o enriquecimento sem causa**. Curitiba: Appris, 2018.

TEPEDINO, G. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, v. 2, p. 37-53, abr./jun. 2006.

TEPEDINO, G.; SCHREIBER, A. As penas privadas no direito brasileiro. *In*: SARMENTO, D.; GALDINO, F. **Estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 499-525.

TEPEDINO, G.; SCHREIBER, A. **Fundamentos do direito civil: obrigações**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. v. 2.

TERRA, A. de M. V.; DA CRUZ GUEDES, G. S. Revisitando o lucro da intervenção: novas reflexões para antigos problemas. **Revista Brasileira de Direito Civil**, [S. l.], v. 29, n. 03, p. 281-305, 2021.

TERRA, A. D. M. V. Disgorgement of profits in Brazilian law. *In*: HONDIUS, E.; JANSSEN, A. **Disgorgement of profits: gain-based remedies throughout the world**. 1. ed. London: Springer, 2015. p. 445-458.

URBANO, H. E. M. C. **O enriquecimento sem causa no direito brasileiro: da teoria unitária à teoria da divisão**. Andradina: Meraki, 2021.

VALLE FERREIRA, J. G. D. Enriquecimento sem causa. Belo Horizonte: Bernardo Álvares, 1949.

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

VIRGO, G. Restitutionary remedies for wrongs: causation and remoteness. *In*: RICKETT, C. E. F. **Justifying private law remedies**. Oxford: Hart Publishing, 2008. p. 301-331.

VIRGO, G. **The principles of the law of restitution**. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2015.

VISSER, D. Unjustified Enrichment in Comparative Perspective. *In*: REIMANN, M.; ZIMMERMANN, R. **Unjustified enrichment in comparative perspective**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2019.

WATTERSON, S. M. A. Gain-based remedies for civil wrongs in England and Wales. *In*: HONDIUS, E.; JANSSEN, A. **Disgorgement of profits: gain-based remedies throughout the world**. 1. ed. London: Springer, 2015. p. 29-70.

WEBB, C. **Reason and restitution: a theory of unjust enrichment**. Oxford: Oxford University Press, 2016.

WEBB, D; SANDERS, K.; SCOTT, P. **The New Zealand Legal System: structures and processes**. 5. ed. Wellington: Lexis Nexis, 2010.

WEINRIB, E. J. **Corrective justice**. 1. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.

ZIMMERMANN, R. O Código Civil alemão e o desenvolvimento do direito privado na Alemanha. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, v. 12, p. 317-318, jul./set. 2017.

ZIMMERMANN, R. **The law of obligations: roman foundations of the civilian tradition**. 1. ed. Cape Town: Juta & Co., 1992.