

REVISTA DE
DIREITO CIVIL
CONTEMPORÂNEO

Journal of Contemporary Private Law

N. 4 • v. 13 • out.-dez./2017

N. 4 - Issue 13 - Oct.-Dec./2017

DIFICULDADES DE UMA ABORDAGEM UNITÁRIA DO LUCRO DA INTERVENÇÃO

DIFFICULTIES OF A UNITARY APPROACH TO DISGORGEMENT OF PROFITS

CARLOS NELSON KONDER

Doutor e Mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Especialista em Direito Civil pela Universidade de Camerino (Itália). Professor Adjunto de Direito Civil da Faculdade de Direito da UERJ e da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-Rio. c.konder@gmail.com

Recebido em: 10.01.2017
Aprovado em: 06.04.2017

ÁREA DO DIREITO: Civil

RESUMO: À luz do primeiro precedente jurisprudencial, em segunda instância, referindo-se expressamente ao "lucro da intervenção", como parcela devida, além dos danos morais e materiais, pelo uso não autorizado da imagem alheia, o artigo aborda as dificuldades relativas à abrangência e heterogeneidade dessa categoria, destacando a necessidade de uma abordagem não unitária das hipóteses abrangidas, bem como um sistema flexível de quantificação, levando em conta parâmetros específicos, argumentativamente explicitados pelo intérprete em sua fundamentação.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade civil – Enriquecimento sem causa – Lucro da intervenção – Indenização – Imagem.

ABSTRACT: In the light of the Brazilian leading case of disgorgement of profits, as part of compensation in cases of unauthorized use of image, besides moral and material damages, this article addresses the difficulties related to the broadness and heterogeneity of this category, highlighting the need for a non-unitary approach and for a flexible quantification system, taking into account specific parameters, argumentatively explained by the interpreter in its reasoning.

KEYWORDS: Torts – Unjust enrichment – Disgorgement of profits – Damages – Image.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O(s) problema(s) do lucro da intervenção. 3. Restrições da responsabilidade civil face ao lucro da intervenção. 4. Desafios do enriquecimento sem causa face ao lucro da intervenção. 5. A quantificação da obrigação de restituir o lucro da intervenção. 6. A pluralidade de estatutos normativos do lucro da intervenção. 7. Notas conclusivas. 8. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Em 26 de outubro de 2016, a 13ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro firmou um precedente aparentemente inédito no ordenamento jurídico brasileiro. O caso, em si, não era especialmente peculiar. Tratava-se de uma ação ajuizada pela atriz Giovanna Antonelli, em face de Dermo Formulações Farmácia de Manipulação Ltda., pleiteando ressarcimento em razão do uso não autorizado de sua imagem para a campanha publicitária do produto “Detox”. A sentença condenou a ré a realizar ampla retratação pública, a indenizar os danos materiais sofridos, com o valor que se obteria pela utilização autorizada da sua imagem, a ser apurado em sede de liquidação de sentença, e, ainda, a indenização dos danos morais, fixados em 30 mil reais.

Isso, contudo, não foi suficiente para a autora, que interpôs recurso de apelação, o qual foi provido, com base no voto do Des. Fernando Fernandy Fernandes. Acolheu a Câmara o pleito da autora de, além de majorar os danos morais para 50 mil reais, condenar a ré ao pagamento de mais uma verba, referente à restituição do montante correspondente ao “lucro da intervenção”.¹ Eis a inovação trazida pelo acórdão: a expressa condenação à obrigação de restituir o que foi indicado como “lucro da intervenção”.

O valor foi fixado no percentual de 5% (cinco por cento) sobre o volume de vendas do produto “Detox”, baseado no seu preço de comercialização, no período compreendido entre o início da lesão (associação do referido produto à imagem da demandante) e a cessação da circulação da propaganda indevida, tudo a ser apurado em fase de liquidação de sentença. Em sua fundamentação, o voto do relator indica que a simples indenização dos danos sofridos se revela insuficiente quando o lucro obtido pelo ofensor a supera, justificando, com base na vedação ao enriquecimento sem causa, a condenação do ofensor a transferir também o lucro obtido a partir da intervenção sobre o direito alheio.

Embora pareça tratar-se da primeira decisão brasileira que faz expressa referência ao instituto, ao menos em segunda instância, a doutrina nacional já tinha indicado a existência do problema, bem como as diversas controvérsias sobre sua

solução.² Agora, com o instituto ganhando o impacto da sua utilização judicial efetiva, cumpre refletir com ainda maior clareza sobre suas possibilidades e limites. O enfoque que se buscará dar no presente artigo será expor a diversidade de situações em que se manifesta o lucro da intervenção e as distintas soluções que são oferecidas para lidar com ele, cada uma com suas dificuldades próprias, revelando o desafio de uma abordagem unitária do assunto.

2. O(S) PROBLEMA(S) DO LUCRO DA INTERVENÇÃO

Nas palavras de Sérgio Savi, autor da principal obra brasileira específica sobre o assunto, “lucro da intervenção significa o lucro obtido por aquele que, sem autorização, interfere nos direitos ou bens jurídicos de outra pessoa”.³ Ou seja, e qualquer vantagem patrimonial obtida indevidamente com base em direito alheio. A definição já identifica algumas características próprias dessa nova categoria, a começar pela sua abrangência.⁴ De forma geral, qualquer ato de exploração ou aproveitamento, intencional ou não, de forma não autorizada, pode, em alguma medida, ser reconduzido à figura do lucro da intervenção.

Além disso, percebe-se que a denominação “lucro da intervenção” descreve um problema, não uma solução. O alegado instituto aborda o fato de pessoas lucrarem ao intervir indevidamente sobre o direito das outras. De maneira geral, isso é reputado injusto e entende-se que esse comportamento deve ser sancionado, até mesmo porque, a própria definição de um direito subjetivo, no sentido de “possibilidade de exigir, de maneira garantida, aquilo que as normas de direito atribuem a alguém como próprio”⁵, impõe inferir essa proteção: se fosse possível lucrar ao usurpar direitos dos outros, não haveria razão em se demandar autorização dos titulares e, conseqüentemente, se esvaziaria a própria tutela dos direitos.

Daí, contudo, a responder, de forma científica, quando, por que e como esse lucro deve ser retirado do interventor e atribuído ao titular do direito, é um grande passo, que a denominação “lucro da intervenção”, em si, não se destina a dar. Ou seja, a pergunta inicial não é se o lucro da intervenção deve ser retirado do patrimônio do agente ofensor e transferido ao titular do direito, mas sim quando e como isso deve acontecer. Assim, pelo menos até o presente momento, não parece

1. “Apelação cível. Responsabilidade civil. Uso indevido de imagem em propaganda de produto comercializado pela ré. Danos materiais comprovados. Lucros cessantes e enriquecimento sem causa (lucro da intervenção) pela violação ao direito da imagem da parte autora. Reforma da sentença para majorar a condenação a título de danos patrimoniais e extrapatrimoniais, considerando as particularidades do caso concreto, especialmente as condições da vítima e do ofensor. Recurso a que se dá provimento” (TJRJ, 13ª C.C., Ap. Cível 0008927-17.2014.8.19.0209, Rel. Des. Fernando Fernandy Fernandes, j. 26.10.2016, DJe 31.10.2016).

KONDER, Carlos Nelson. Dificuldades de uma abordagem unitária do lucro da intervenção. *Revista de Direito Civil Contemporânea*, vol. 13, ano 4, p. 231-248. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 2017.

2. Sobre o tema, v. SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa*. São Paulo: Atlas, 2012. *passim*.

3. SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil...* Cit., p. 7.

4. LINS, Thiago. *O lucro da intervenção e o direito à imagem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 15.

5. REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 258.

KONDER, Carlos Nelson. Dificuldades de uma abordagem unitária do lucro da intervenção. *Revista de Direito Civil Contemporânea*, vol. 13, ano 4, p. 231-248. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 2017.

possível falar de um instituto do lucro da intervenção, se entendermos por instituto a “reunião de normas jurídicas afins, que rege um tipo de relação social ou interesse e que se identifica pelo fim que procura realizar”.⁶ O que existe é a situação de lucro da intervenção – o “problema”⁷ –, cabendo, a cada ordenamento, dentro da sua sistemática, estabelecer os parâmetros pelos quais vai lidar com ele.

Na verdade, a situação é ainda mais grave: o chamado “lucro da intervenção”, sendo mais preciso, não é apenas um problema, mas um conjunto de problemas, que podem ocorrer em circunstâncias bastante distintas.⁸ Deve ser destacada, também, como característica do lucro da intervenção, sua heterogeneidade. Para ilustrar esse ponto e permitir a abordagem que ora se propõe, pode-se recorrer a quatro grupos de situações bem diversas, todas referidas como hipóteses de “lucro da intervenção”. Faz-se aqui recurso a exemplos para facilitar a abordagem, tanto reais como adaptados para fins didáticos.

Em primeiro lugar, pode acontecer lucro da intervenção numa situação em que uma pessoa cientemente viola o direito alheio, causando-lhe um dano, e retirando disso uma vantagem igual ou inferior ao dano. Imagine-se, a título de exemplo, um grupo que resolve se utilizar de um galpão alheio para realizar uma festa paga, sem autorização do proprietário. Ao final da festa, os interventores conseguem obter algum lucro, mas a deterioração do imóvel em virtude da festa é tamanha que o lucro não chega a cobrir o prejuízo gerado ao seu dono. Haveria aí um ilícito gerando lucro, mas inferior ao dano indenizável.

O lucro da intervenção ocorre, ainda, e de maneira bastante frequente, quando uma pessoa cientemente viola o direito alheio para retirar dele uma vantagem, que seja, contudo, superior ao dano causado. É possível aqui usar o exemplo inicial, ou ainda aquele que é considerado o *leading case* internacional do lucro da intervenção: o caso Bette Midler.⁹ Nos anos 1980, a Ford tentou contratar a cantora para cantar em um anúncio, mas ela recusou. Eles então contrataram uma imitadora, que tinha uma voz bem parecida, e 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.

Esses casos de lucro da intervenção por usurpação do direito de imagem trazem, como elemento complicador, a existência, além do dano material decorrente da

ausência de pagamento pelo uso da imagem, de um dano extrapatrimonial, relativo à violação da personalidade no que tange ao direito de imagem.¹⁰ Nossa jurisprudência resistiu, mas hoje se consolidou a autonomia da imagem como bem jurídico protegido, cuja violação justifica indenização independente do dano material e de eventual lesão à honra. Há casos como o de Bette Midler, no entanto, em que o lucro é tamanho que superaria tanto o dano material como o que seria quantificado normalmente como dano moral.

Em uma terceira hipótese, pode ainda ocorrer que o agente, embora saiba intervir indevidamente sobre direito alheio, disso retirando uma vantagem, não cause dano algum ao titular do direito. Imagine-se o exemplo do proprietário de um cavalo que recusa que ele participe de uma corrida com receio de que se lesione, mas o jóquei desrespeita a orientação do dono e corre com o cavalo mesmo assim, sem, contudo, lhe causar qualquer lesão e conquistando um prêmio pela corrida. O jóquei violou o direito do proprietário, obtendo lucro com isso, mas não lhe causou qualquer dano.

Enfim, um quarto grupo de possibilidades de lucro da intervenção estaria na intervenção sobre direito alheio, com obtenção de vantagem, mas de boa-fé, reputando o agente tratar-se de direito próprio ou de ninguém (*e.g.*, *res nullius*). Pode-se adaptar um caso real para usar como exemplo ilustrativo: o proprietário de um terreno que transforma uma caverna nele existente em verdadeira atração turística, instalando inclusive um hotel no seu entorno mas, depois de muito lucrar com a exploração da caverna, se constata que parte significativa dela já se encontrava no terreno do vizinho, que jamais autorizou as incursões dos turistas.¹¹ No caso, não houve ato ilícito, em sentido técnico, da parte do interventor, tampouco dano da parte do titular do direito, mas obteve-se vantagem a partir de direito alheio.

Recapitulando o panorama ilustrativo da heterogeneidade do lucro da intervenção, existem, portanto, quatro hipóteses bem diversas: ilícito causador de dano maior que o lucro, na festa que depredou o galpão; ilícito causador de lucro maior que o dano, no uso da imagem da cantora; violação de direito causadora apenas de lucro, no caso do jóquei que correu contra a vontade do dono do cavalo; e uso, de boa-fé, de direito alheio, no caso da caverna explorada para fins turísticos.

Essa visão geral já oferece subsídios suficientes para refletir sobre possíveis fundamentos que o ordenamento brasileiro tem a oferecer para responder à alegada injustiça que tais situações gerariam.

6. NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 34. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 84.

7. COELHO, Francisco Manuel Pereira. *O enriquecimento e o dano*. Coimbra: Almedina, 1999. p. 13.

8. COELHO, Francisco Manuel Pereira. *O enriquecimento...* Cit., p. 8.

9. Disponível em: [<https://cyber.harvard.edu/people/ffisher/1988%20Midler.pdf>]. Acesso em: 20.10.2016.

10. Sobre o tema, v. LINS, Thiago. *O lucro da intervenção...* Cit., *passim*.

11. Hipótese similar foi discutida no âmbito dos chamados *Great Onyx Cave Cases* (Edwards v. Sims (1929) e Edwards v. Lee's Administrator (1936)). Sobre os casos, v. ZIFF, Bruce. *The great onyx cave cases – a micro-history*. *Northern Kentucky Law Review*. Highland Heights, vol. 40, n. 1, p. 1-48, 2013.

3. RESTRIÇÕES DA RESPONSABILIDADE CIVIL FACE AO LUCRO DA INTERVENÇÃO

A busca para uma fonte idônea a justificar a obrigação de restituir o lucro da intervenção tende a remeter a uma de três possibilidades, conforme a sistematização de Fernando Noronha.¹² Em primeiro lugar, as obrigações podem resultar de negócios jurídicos, como contratos, resultantes da prerrogativa atribuída às partes pela autonomia privada para escolher os efeitos jurídicos que visam produzir. Claramente, essa não é a fonte aplicável, pois todas as formas de lucro da intervenção são marcadas pela ausência de consentimento do titular do direito e, portanto, impossível inferir, em qualquer delas, um acordo de vontades.

A segunda opção parece mais convidativa. As obrigações podem resultar também de atos ilícitos, que geram obrigações de indenizar os danos produzidos, com o objetivo de colocar a vítima na situação que ela estaria se o dano não tivesse sido produzido. Trata-se, aqui, da responsabilidade civil, campo que se ampliou significativamente, para admitir obrigações de indenizar resultantes também de atos abusivos, e até mesmo por atos justificados e fatos naturais, nos casos de responsabilidade objetiva, inspirada na solidariedade social.

De fato, a significativa expansão pela qual passou a responsabilidade civil, com a grande ampliação das possibilidades de demandas indenizatórias, tem sido objeto de atenção cuidadosa da doutrina. Afirma-se, nessa seara, a resignificação dos requisitos necessários para a configuração do dever de indenizar, em razão do aumento dos danos considerados ressarcíveis, da flexibilização da averiguação donexo causal, mediante teorias mais abertas e presunções de causalidade, bem como em decorrência da passagem da culpa para o risco como fundamento de responsabilização.¹³ Aduz-se, ainda, que a maleabilidade dos instrumentos da responsabilidade civil, decorrente da utilização de conceitos indeterminados e cláusulas gerais, a torna apta para oferecer a primeira forma de tutela a interesses novos, considerados merecedores de tutela.¹⁴ Esse cenário torna especialmente convidativo unificar a solução para as diversas hipóteses de lucro da intervenção sob o manto da responsabilidade civil.

No entanto, o enquadramento nessa área de alguns dos casos descritos esbarcaria no princípio geral de que a indenização se mede pela extensão do dano, positado entre nós no *caput* do art. 944 do Código Civil. Enquanto na primeira

hipótese – em que a vantagem é inferior ao dano – o modelo se adequaria, porque a indenização do dano cobriria também a devolução do lucro, na segunda e terceira hipóteses, em que a vantagem é superior ao dano, haveria um problema, pois, a indenização iria além do dano sofrido pela vítima.

Duas estratégias vêm sendo usadas para tentar contornar essas dificuldades e resolver o problema do lucro da intervenção no âmbito da responsabilidade civil. A primeira seria considerar a vantagem obtida pelo agente como um “lucro cessante presumido”, e assim ampliar o próprio conceito de dano. A Lei de Propriedade Industrial induz a isso, quando permite que, em caso de violação da propriedade alheia os lucros cessantes sejam calculados com base nos benefícios que foram auferidos pelo autor da violação do direito (art. 210, II).¹⁵ No entanto, haveria nesse caso uma confusão conceitual, já que não há como afirmar que tenha sido a ação do interventor que tenha impedido o titular de direito de ganhar algo que seria razoável reputar que ele ganharia. Ao contrário, no mais dos casos só houve algum tipo de lucro por que o interventor decidiu agir, pois sem isso o titular do direito não teria auferido lucro algum.

A segunda estratégia seria admitir expressamente que a indenização não se limita à extensão do dano, a despeito do disposto no art. 944 do Código Civil. Seria a famigerada função punitiva da responsabilidade civil, também referida como pedagógica, dissuasória, preventiva, ou social. Cumpre reconhecer que essa função é praticada de forma recorrente em nossa jurisprudência quando quantifica as indenizações por danos morais, e que a maior parte da nossa doutrina a defende, com argumentos bastante persuasivos, especialmente ante a ineficácia de outros instrumentos de controle, como as sanções administrativas.

Nesse sentido, afirma-se, em doutrina, o pluralismo funcional da responsabilidade civil, como efeito mesmo da perda de seu caráter estritamente patrimonial, de proteção exclusiva da propriedade, recorrendo a remédios dissuasivos variados para a completa tutela da pessoa humana e compreendendo a pena civil como remédio intrínseco ao sistema como um todo, independente de previsão legal específica.¹⁶ Os ilícitos lucrativos, nesse sentido, seriam o grande embasamento para que,

12. NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 417 e ss.

13. SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2007, passim.

14. MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 323.

KONDEI, Carlos Nelson. Dificuldades de uma abordagem unitária do lucro da intervenção. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 13, ano 4, p. 231-248. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 2017.

15. Como esclarece Gisela Guedes, a opção do legislador se funda na “dificuldade quase insuperável” de prova do lucro cessante quando se trata de violação de patentes, modelos de utilidades e até mesmo marcas, afirmando-se a excepcionalidade de tais situações (GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Lucros cessantes: do bom-senso ao postulado normativo da razoabilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 220-226). No mesmo sentido: MICHELON JR., Claudio. *Direito restitutivo: enriquecimento sem causa, pagamento indevido, gestão de negócios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 201.

16. ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 209. No mesmo sentido quanto às hipóteses de violação de direitos

KONDEI, Carlos Nelson. Dificuldades de uma abordagem unitária do lucro da intervenção. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 13, ano 4, p. 231-248. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 2017.

ao lado de uma verba que leve em conta a estrita violação aos direitos da vítima, outra seja aduzida com o objetivo de sancionar o agente.¹⁷

Entretanto, cumpre lembrar que não são poucos os problemas decorrentes da atribuição de uma função punitiva às verbas indenizatórias sem a devida previsão legal: uma vez não prevista em lei, a função punitiva significa punição sem prévia cominação, conferindo um cheque em branco para o juiz cível ferir o princípio criminal da tipicidade (*nullum crimen, nulla poena sine lege*); vários atos geradores também são crimes, o que acarretaria um *bis in idem*, especialmente com a previsão de sanção pecuniária no direito penal (Lei 9.714/98); tramitando na vara cível, a ação segue os mecanismos processuais (recursais) do direito civil, sem as garantias típicas do procedimento penal; o efeito punitivo é mitigado no âmbito civil porque nem sempre o responsável direto é o culpado, como nos casos de seguro de dano; enfim, mistura-se reparação com punição, e enquanto a punição considera dano causado, a responsabilidade civil considera o dano sofrido.¹⁸

Ademais, ainda que adotada a posição dominante, não seria possível socorrer-se da responsabilidade civil para lidar com aquele quarto caso, de uso de boa-fé da caverna que se situava no terreno do vizinho, em que não houve ato ilícito, nem se caracterizou qualquer hipótese de responsabilidade objetiva. Dessa forma, impõe-se examinar o que seria a terceira fonte possível da obrigação de restituir o lucro da intervenção: o enriquecimento sem causa.

4. DESAFIOS DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA FACE AO LUCRO DA INTERVENÇÃO

No chamado direito restitutivo encontram-se obrigações decorrentes da vedação de enriquecimento sem causa, que por muito tempo foi considerado um princípio implícito do nosso ordenamento, manifestado por institutos como o ressarcimento das benfeitorias, a avulsão e o pagamento indevido, e que agora encontra guarida geral no Código Civil de 2002 nos arts. 884 a 886.¹⁹ Como resume

da personalidade: TEFFÉ, Chiara Antonia Spadaccini de. A restituição do lucro da intervenção nos casos de violação aos direitos da personalidade: uma questão entre o enriquecimento sem causa e a responsabilidade civil. In: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo (Coord.). *Direito das relações patrimoniais: estrutura e função na contemporaneidade*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 35-68.

17. LEVY, Daniel de Andrade. *Responsabilidade civil: de um direito dos danos a um direito das condutas lesivas*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 115.
18. MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 258 e ss.
19. ALVIM, Agostinho. Do enriquecimento sem causa. *Revista dos Tribunais*, v. 46, n. 259, p. 54, maio 1957. Sobre a dupla função do enriquecimento sem causa, como fonte obrigacional e

KONDER, Carlos Nelson. Dificuldades de uma abordagem unitária do lucro da intervenção. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 13. ano 4, p. 231-248. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 2017.

José Roberto de Castro Neves, “ninguém pode obter uma vantagem alijada de uma razão reconhecida pelo direito”.²⁰

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

Além disso, o enriquecimento sem causa permitiria, ao menos em abstrato, abarcar todas as quatro hipóteses descritas, já que a obrigação de restituir o que foi indevidamente auferido à custa de outrem, prescinde da existência de dano ou de ato ilícito para surgir.²² De fato, sua aplicação independente de qualquer comportamento do enriquecido, culposo ou não, afastando-se os juízos de culpabilidade, ilicitude e censurabilidade próprios da responsabilidade civil.²³

Isso não significa, contudo, que essa terceira opção também não padeça de problemas ao tentar reunir todas as diversas hipóteses de lucro da intervenção. O que permite essa vantagem da abrangência do enriquecimento sem causa é o que traz também sua desvantagem: a generalidade e a imprecisão dos seus requisitos. Em pelo menos três pontos percebe-se essa dificuldade: exige-se a devolução de um enriquecimento, mas há controvérsia sobre o que seja o enriquecimento, demanda-se a ausência de causa, sem definir exatamente o que seria essa causa, e ainda se afirma a subsidiariedade de sua aplicação, ou seja, ele não poderia ser invocado quando aplicável outro instituto.

como princípio, v. NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 167.

20. NEVES, José Roberto de Castro. O enriquecimento sem causa: dimensão atual do princípio de direito civil. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). *Princípios de direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 186.
21. NORONHA, Fernando. Enriquecimento sem causa. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*. São Paulo, v. 15, n. 56, p. 51-78, abr./jun. 1991, p. 57.
22. NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento...* Cit., p. 206.
23. KROETZ, Maria Candida do Amaral. *Enriquecimento sem causa no direito civil brasileiro contemporâneo e recomposição patrimonial*. Tese de doutoramento. Curitiba, UFPR, 2005. p. 74. Sobre a distinção funcional entre enriquecimento sem causa e responsabilidade civil, à luz do problema do lucro da intervenção, v. SILVA, Rodrigo da Guia. Contornos do enriquecimento sem causa e da responsabilidade civil entre lucro da intervenção e lucros cessantes. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 5, n. 2, 2016. Disponível em: [http://civilistica.com/contornos-do-enriquecimento-sem-causa/]. Acesso em: 30.12.2016.

KONDER, Carlos Nelson. Dificuldades de uma abordagem unitária do lucro da intervenção. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 13. ano 4, p. 231-248. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 2017.

Quanto a este último ponto, a subsidiariedade encontra-se prevista no art. 886 do Código Civil e basicamente veda a pretensão de restituição por enriquecimento sem causa quando havia outra pretensão aplicável ao caso.²⁴ Assim, nos casos em que houvesse uma hipótese também de responsabilidade civil (os três primeiros exemplos), não seria aplicável o enriquecimento sem causa, visto haver outro meio para o lesado se ressarcir do prejuízo.

Talvez esse obstáculo seja contornável por meio de uma reinterpretação do significado da subsidiariedade. Deve-se ter em vista que a subsidiariedade refere-se à aplicação do princípio geral da vedação ao enriquecimento sem causa frente a hipóteses regulamentadas de forma específica pelo legislador.²⁵ Assim, não poderia um possuidor pretender o ressarcimento de benfeitorias voluptuárias alegando a vedação geral ao enriquecimento sem causa, já que sua aplicação é subsidiária às regras específicas relativas às benfeitorias, que tornam relevante a distinção entre benfeitorias necessárias, úteis e voluptuárias. Isso não impedia, todavia, a cumulação entre a pretensão de restituição do enriquecimento sem causa e a pretensão de indenização por responsabilidade civil, que desempenham funções e têm fundamentos diversos. Contanto, é claro, que as duas pretensões não tivessem o mesmo objeto, isto é, o enriquecimento a ser restituído já não estivesse totalmente abarcado pelo dano a ser indenizado.²⁶

Quanto à ausência de causa, também é possível socorrer-se de uma interpretação teleológica-sistemática. A causa aqui referida não se confunde com a causa do contrato ou do negócio, nem com o nexo causal da responsabilidade.²⁷ Seria, para Pietro Perlingieri, um título jurídico idôneo a justificar aquele enriquecimento.²⁸ Assim, sua avaliação nos encaminha a uma ponderação entre a legitimidade da pretensão do titular do direito à restituição do enriquecimento, de um lado, e, de

outro lado, outro princípio que ampare a sua retenção pelo enriquecido, normalmente sua liberdade individual. Assim, por exemplo, o Superior Tribunal de Justiça²⁹ superou entendimento até então sumulado no âmbito do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro³⁰ relativo aos gastos com segurança de condomínios de fato, ou mesmo associações de moradores. A despeito de a instalação de uma guarita com segurança beneficiar todos os moradores daquela rua, gerando-se lhes, assim, um enriquecimento, a liberdade dos moradores que não quiserem se associar nem contribuir para o rateio de gastos prevaleceu no entendimento dos Ministros. Nesse caso, portanto, não haveria ausência de causa para o enriquecimento, já que há um fato jurídico idôneo a justificar esse enriquecimento, que seria a liberdade de associação.³¹

Quanto ao primeiro ponto, todavia, encontra-se a dificuldade maior. A determinação do que configura o enriquecimento remete a um problema mais grave, que transcende a própria utilização do enriquecimento sem causa e transparece também caso se utilize a responsabilidade civil como fonte da obrigação de restituir: a quantificação do que o interventor deve restituir.

5. A QUANTIFICAÇÃO DA OBRIGAÇÃO DE RESTITUIR O LUCRO DA INTERVENÇÃO

A doutrina dedicada ao tema indica que o enriquecimento obtido por intervenção pode ser medido de duas formas: o chamado enriquecimento "real", calculado com base no valor de mercado da vantagem obtida, e o chamado enriquecimento

24. Código Civil de 2002. Art. 886. Não cabe a restituição por enriquecimento, se a lei conferir ao lesado outros meios para se ressarcir do prejuízo sofrido.

25. VARELA, João de Matos Antunes. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 202. Sobre o tema, v. também TRINDADE, Marcelo. Enriquecimento sem causa e repetição de indébito: observações à luz do Código Civil de 2002. *Revista Trimestral de Direito Civil*, n. 18, p. 235-261, abr./jun. 2004, p. 242.

26. SAVI, Sergio. *Responsabilidade civil*. Cit., p. 121. Sobre as distintas formas de interpretação da subsidiariedade, v. MICHELON JR., Claudio. *Direito restitutorio*. Cit., p. 257 e ss.

27. Sobre as distinções, v. KONDER, Carlos Nelson. Enriquecimento sem causa e pagamento indevido. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 369-398.

28. PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*. 5. ed. Napoli: ESI, 2005. p. 236. "L'assenza, cioè, di un titolo giuridico, legale o convenzionale, che giustifichi l'arricchimento e la correlativa diminuzione patrimoniale".

29. "Recurso especial representativo da controvérsia – Art. 543-C do CPC – Associação de moradores – Condomínio de fato – Cobrança de taxa de manutenção de não associado ou que a ela não anuiu – Impossibilidade. 1. Para efeitos do art. 543-C do CPC, firma-se a seguinte tese: "As taxas de manutenção criadas por associações de moradores não obrigam os não associados ou que a elas não anuíram". 2. No caso concreto, recurso especial provido para julgar improcedente a ação de cobrança" (STJ, 2ª S., REsp 1439163/SP, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, rel. p/ acórdão Min. Marco Buzzi, j. 11.03.2015, DJe 22.05.2015).

30. Súmula TJRJ 79: "Em respeito ao princípio que veda o enriquecimento sem causa, as associações de moradores podem exigir dos não associados, em igualdade de condições com os associados, que concorram para o custeio dos serviços por elas efetivamente prestados e que sejam do interesse comum dos moradores da localidade" Referência: Uniformização de Jurisprudência n. 2004.018.00012 na Apelação Cível n. 2004.001.13327, rel. des. Sergio Cavalieri Filho, j. 04.04.2005, votação por maioria, registro de acórdão em 15.07.2005.

31. Já Diogo Leite de Campos afirmava a abertura da referência à causa nesse contexto, destacando que ela "representa o julgamento ético-jurídico do fenômeno" e "que o enriquecimento a custa de outrem não terá causa quando, segundo o sistema jurídico, deve pertencer a esse outrem, e não ao enriquecido" (CAMPOS, Diogo Leite de. Enriquecimento sem causa, responsabilidade civil e nulidade. *Revista dos Tribunais*. v. 71, n. 560, p. 259-266, jun. 1982, p. 260).

“patrimonial”, aferido a partir do impacto no patrimônio do enriquecido, isto é, a diferença entre sua situação patrimonial após o enriquecimento indevidamente obtido e a situação hipotética em que ele estaria, caso não tivesse fruído daquele enriquecimento.³² Assim, no exemplo da caverna, surgiria a possibilidade de exigir que o interventor pagasse ao dono da caverna o valor de mercado para uma permissão de acesso regular a ela, ou pagar a diferença entre o quanto seu hotel lucrava e o quanto lucraria caso não tivesse acesso à caverna.

Esse mesmo problema de quantificação se coloca para aqueles que optam por lidar com o lucro da intervenção através da responsabilidade civil. Como calcular o valor da “punição” adicional à indenização? Deveria a Ford pagar a Bette Midler o valor de seu cachê no mercado ou a diferença entre o que lucrava e o que teria lucrado se não tivesse feito o anúncio com a voz similar à dela? E quanto ao jóquei, deve pagar ao dono do cavalo o valor que ele lhe cobraria para autorizar o uso do cavalo, ou a diferença entre o prêmio que ganhou e o prêmio que ganharia se tivesse corrido com outro cavalo?

Esse exemplo do jóquei nos revela ainda que o problema da quantificação pode se tornar mais dramático quando se pondera que o lucro obtido pela intervenção pode resultar não apenas do direito da vítima, mas também da atuação do agente. Eventualmente, é possível considerar que o interventor contribuiu com seu esforço e iniciativa para que essa vantagem patrimonial surgisse, o que, em teoria, justificaria que ele retivesse pelo menos uma parte dela. No exemplo, o prêmio da corrida deveria todo caber ao dono do cavalo usurpado, ou deve-se reconhecer ao jóquei, mesmo de má-fé, o direito a reter a parte do prêmio proporcional à sua contribuição para o sucesso na corrida? Da mesma forma, pode-se discutir se a Ford contribuiu para o sucesso do anúncio com a sua criatividade, e o dono do hotel para o sucesso da caverna com a sua iniciativa, ponderando eventual retenção de parcela dos lucros obtidos.

A abertura a essa ponderação levaria, ainda, à tortuosa questão de como calcular essa parcela produzida exclusivamente pelo interventor e à qual, portanto, ele teria direito próprio. De fato, esse cenário mostra que o problema da fundamentação da obrigação de restituir desemboca em um problema prático e bastante relevante de aplicação da normativa adequada e quantificação de verbas cabíveis, cuja possibilidade de construção de uma solução unitária para todos os casos mostra-se, no

32. COELHO, Francisco Manuel Pereira. *O enriquecimento...* Cit., p. 24. A chamada “teoria do duplo limite”, segundo a qual o objeto da restituição nos casos de enriquecimento sem causa não pode ultrapassar nenhuma dessas duas formas de quantificação, limitada sempre à menor, sempre foi bastante controversa. Sobre o tema, v., a favor, ALVIM, Agostinho. *Do enriquecimento...* cit., p. 57, e contra CAMPOS, Diogo Leite de. *Enriquecimento...* Cit., p. 261.

KONDER, Carlos Nelson. Dificuldades de uma abordagem unitária do lucro da intervenção. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 13, ano 4, p. 231-248. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 2017.

mínimo, temerária. Parte-se, portanto, para uma proposta mais tímida de soluções fragmentadas, adotadas em consideração da heterogeneidade das situações de lucro da intervenção.

6. A PLURALIDADE DE ESTATUTOS NORMATIVOS DO LUCRO DA INTERVENÇÃO

Ainda que soluções únicas e claras sejam mais reconfortantes, a verdade é que é inviável tentar abordar todas as hipóteses de lucro da intervenção com base em apenas um instituto. As situações diversas não podem ser tratadas da mesma forma, muito menos com sacrifício da identidade funcional tanto da responsabilidade civil, como do enriquecimento sem causa, ameaçando ainda os imperativos axiológicos a que os diversos institutos atendem.

Dessa forma, nas situações em que estão presentes os pressupostos da responsabilidade civil, isto é, o dano, o nexo de causalidade e a conduta, e a indenização é suficiente para abarcar toda a vantagem buscada, não há razão para fugir da responsabilidade civil. Ainda que no exemplo da festa realizada no galpão sem autorização do dono, ainda que se possa verificar a ocorrência de um lucro da intervenção, esse será integralmente consumido pela indenização, já que superado pela extensão do dano. Assim, não há qualquer efeito nocivo ou suposta injustiça a justificar alguma ponderação especial, devendo a indenização pautar-se pelos estritos limites da extensão do dano, sem qualquer consideração sobre o grau de reprovabilidade da conduta do ofensor ou sua capacidade econômica, sob pena de atribuição de problemática função punitiva à indenização sem amparo legal.

Nas situações em que não há ato ilícito (como no exemplo da caverna) ou não há dano (como no exemplo do jóquei), a aplicação da responsabilidade civil não encontra respaldo, cumprindo recorrer ao enriquecimento sem causa para gerar a obrigação de restituir o lucro indevidamente obtido. Aqui tampouco há conflito possível sobre o fundamento da obrigação de restituir, eis que afastada a responsabilidade civil pela ausência de seus pressupostos, o que afastaria de plano a discussão sobre a subsidiariedade do instituto.

No entanto, no segundo grupo de situações, em que o lucro obtido é superior ao dano sofrido, como no caso da cantora Bette Midler, parece não haver opção senão reinterpretar a subsidiariedade, como já exposto, e permitir a cumulação entre a pretensão indenizatória e a *actio de in rem verso*.³³ A vítima terá direito à reparação integral dos danos e terá direito ainda à restituição dos lucros auferidos pelo ofensor que superem o valor da indenização. Esta orientação funda-se na constatação

33. Nesse sentido, indicando tratar-se de uma lacuna que deve ser colmatada, CAMPOS, Diogo Leite de. *Enriquecimento...* Cit., p. 265.

KONDER, Carlos Nelson. Dificuldades de uma abordagem unitária do lucro da intervenção. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 13, ano 4, p. 231-248. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 2017.

do efeito sistêmico negativo a que a interpretação em sentido contrário levaria, tornando vantajosa a intervenção não autorizada em direito alheio.

A grande dificuldade, todavia, reside na quantificação do valor a ser restituído nesses três casos, isto é, no lucro obtido de boa-fé, sem causar dano ou que supere a extensão do dano. Talvez este seja o ponto mais desafiante, e sobre o qual a doutrina ainda deve debruçar-se com mais minúcia. A proposta inicial aqui sugerida parte, novamente, da necessária distinção entre as várias hipóteses envolvidas.

Apesar das relevantes posições em sentido contrário,³⁴ parece não haver como prescindir da tradicional avaliação de boa-fé ou má-fé do interventor, ainda que não mais pautadas pela prova da ciência da antijuridicidade, mas relidas à luz de um “dever saber” mais objetivo. Fato é que a nossa legislação recorre a ela nas hipóteses específicas de enriquecimento sem causa que regulou: o legislador brasileiro levou em conta a boa-fé do interventor ao tratar de benfeitorias,³⁵ de frutos³⁶ e da plantação ou construção com sementes ou materiais alheios,³⁷ bem como as considerou nas situações de proteção à aparência de direito, que envolvem pessoas de boa-fé fruindo de direitos que não têm (representante aparente, credor aparente, proprietário aparente

e herdeiro aparente).³⁸ Assim, parece ser necessário diferenciar as duas situações, de maneira que, no caso de boa-fé do interventor, ausente ato ilícito da sua parte, deve ser ressarcido em princípio o enriquecimento real, isto é, apenas o valor de mercado da vantagem obtida. O restante, se existente, terá o interventor direito de reter, pois resultado de sua atuação de forma compatível com o ordenamento.

Já no caso de má-fé do interventor, parece ocorrer o contrário. O enriquecimento real, isto é, o valor da vantagem obtida, deve ser o mínimo que o interventor deve dar ao titular do direito. Em princípio, deve-se proceder ao mecanismo inverso, impondo ao interventor a restituição da totalidade daquilo que, de má-fé, indevidamente conseguiu auferir à custa alheia. Aplicar-se-ia, assim, o chamado enriquecimento patrimonial ao objeto da obrigação de restituir, exigindo-se a devolução de tudo aquilo que lucrou ao intervir, em comparação com a situação em que estaria se não tivesse atuado ilicitamente sobre o direito alheio.

Todavia, também aqui se deve abrir a possibilidade, de autorizar, excepcionalmente, que o interventor retenha parte da vantagem obtida quando comprovar que foi sua intervenção – e não o direito usurpado – que contribuiu para causar aquela parcela da vantagem, até o limite, contudo, do enriquecimento real, que sempre deve ser restituído.³⁹ É claro que essa é uma comprovação delicada, cujo ônus deve ser imposto ao interventor, mas não é possível rejeitá-la de plano.

Nesse sentido, sem prejuízo dos limites relativos ao enriquecimento patrimonial e ao enriquecimento real, não há como afastar relativa discricionariedade do juízo na quantificação da obrigação de restituir dentro dessas balizas. A avaliação do grau de contribuição própria do interventor, a partir das provas por ele aduzidas, franqueará ao intérprete relativa liberdade na avaliação, desde que fundamentada argumentativamente. A abertura se justifica tendo em vista exatamente a significativa heterogeneidade

34. LINS, Thiago. *O lucro da intervenção...* Cit., p. 166-172.

35. Código Civil. Art. 1.219. O possuidor de boa-fé tem direito à indenização das benfeitorias necessárias e úteis, bem como, quanto às voluptuárias, se não lhe forem pagas, a levá-las, quando o puder sem detrimento da coisa, e poderá exercer o direito de retenção pelo valor das benfeitorias necessárias e úteis; Art. 1.220. Ao possuidor de má-fé serão ressarcidas somente as benfeitorias necessárias; não lhe assiste o direito de retenção pela importância destas, nem o de levantar as voluptuárias.

36. Código Civil. Art. 1.214. O possuidor de boa-fé tem direito, enquanto ela durar, aos frutos percebidos. Parágrafo único. Os frutos pendentes ao tempo em que cessar a boa-fé devem ser restituídos, depois de deduzidas as despesas da produção e custeio; devem ser também restituídos os frutos colhidos com antecipação; Art. 1.216: O possuidor de má-fé responde por todos os frutos colhidos e percebidos, bem como pelos que, por culpa sua, deixou de perceber, desde o momento em que se constituiu de má-fé; tem direito às despesas da produção e custeio.

37. Código Civil. Art. 1.254. Aquele que semeia, planta ou edifica em terreno próprio com sementes, plantas ou materiais alheios, adquire a propriedade destes; mas fica obrigado a pagar-lhes o valor, além de responder por perdas e danos, se agiu de má-fé”; art. 1.255: “Aquele que semeia, planta ou edifica em terreno alheio perde, em proveito do proprietário, as sementes, plantas e construções; se procedeu de boa-fé, terá direito a indenização. Parágrafo único. Se a construção ou a plantação exceder consideravelmente o valor do terreno, aquele que, de boa-fé, plantou ou edificou, adquirirá a propriedade do solo, mediante pagamento da indenização fixada judicialmente, se não houver acordo; Art. 1.256. Se de ambas as partes houve má-fé, adquirirá o proprietário as sementes, plantas e construções, devendo ressarcir o valor das acessões. Parágrafo único. Presume-se má-fé no proprietário, quando o trabalho de construção, ou lavoura, se fez em sua presença e sem impugnação sua.

38. Código Civil. Art. 686. A revogação do mandato, notificada somente ao mandatário, não se pode opor aos terceiros que, ignorando-a, de boa-fé com ele trataram; mas ficam salvas ao constituente as ações que no caso lhe possam caber contra o procurador. Parágrafo único. É irrevogável o mandato que contenha poderes de cumprimento ou confirmação de negócios encetados, aos quais se ache vinculado; Art. 309. O pagamento feito de boa-fé ao credor putativo é válido, ainda provado depois que não era credor, proprietário aparente e herdeiro aparente; Art. 1.268. Feita por quem não seja proprietário, a tradição não aliena a propriedade, exceto se a coisa, oferecida ao público, em leilão ou estabelecimento comercial, for transferida em circunstâncias tais que, ao adquirente de boa-fé, como a qualquer pessoa, o alienante se afigurar dono. § 1º Se o adquirente estiver de boa-fé e o alienante adquirir depois a propriedade, considera-se realizada a transferência desde o momento em que ocorreu a tradição. § 2º Não transfere a propriedade a tradição, quando tiver por título um negócio jurídico nulo; Art. 1.828. O herdeiro aparente, que de boa-fé houver pago um legado, não está obrigado a prestar o equivalente ao verdadeiro sucessor, ressalvado a este o direito de proceder contra quem o recebeu”.

39. SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil...* Cit., p. 140.

dos casos, cumprindo realizar adaptações próprias às peculiaridades do caso concreto, contanto que sejam expostos os critérios que fundamentam essa ponderação.

Nessa linha, para além de critérios amplos já destacados, como o grau de contribuição causal, a boa-fé ou má-fé do interventor, a natureza da situação jurídica subjetiva, seu aspecto existencial ou patrimonial, também podem ser pensados parâmetros específicos para certos tipos de casos, como sugere Thiago Lins no que tange à intervenção sobre o direito de imagem, indicando a importância de levar em conta o grau de destaque da imagem na campanha, a notoriedade da pessoa retratada e as qualidades pessoais da pessoa retratada.⁴⁰

Da mesma forma, cumpre construir critérios próprios de outras hipóteses recorrentes de lucro da intervenção, como a violação de direito de propriedade e a situação peculiar do lucro auferido com o inadimplemento contratual.⁴¹

No caso indicado na introdução, foi fixado o montante de 5% arbitrado sobre o preço do produto, por levar-se em consideração “os custos para a sua produção, como insumos, instalações, equipamentos, pessoal, distribuição etc., segundo apontam as regras de experiência comum”. Percebe-se que, ante a grande diversidade de casos, somente a construção diuturna de tais parâmetros específicos deve contribuir a dar maior segurança jurídica, de maneira a consentir maior racionalidade e previsibilidade no momento da quantificação da obrigação de restituir.

7. NOTAS CONCLUSIVAS

A inserção da figura do lucro da intervenção no âmbito jurisprudencial, como mais uma parcela, ao lado da indenização por danos morais e por danos materiais, nas ações de ressarcimento por uso não autorizado da imagem, traz à tona um conjunto de tormentosas questões já indicadas pela doutrina. O chamado lucro da intervenção, abrangendo de forma ampla e heterogênea diversas situações em que há obtenção de lucro pela utilização indevida de direito alheio, se coloca de forma ainda mais dramática nas situações em que os remédios tradicionalmente disponíveis no ordenamento não dão conta de uma solução equânime, resultando em casos nos quais as sanções disponíveis não são capazes de desestimular a conduta do interventor, que acaba lucrando com sua atuação indevida.

A trajetória aqui percorrida, voltada mais à exposição do problema, reconheceu a impossibilidade de uma abordagem unitária das hipóteses tão diversas, apresentando o recurso a distintos instrumentos conforme a situação em exame, inclusive, em casos

40. LINS, Thiago. *O lucro da intervenção...* Cit., p. 242-243.

41. Sobre o tema, v. TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Considerações acerca da exclusão do lucro ilícito do patrimônio do agente ofensor. *Revista da Faculdade de Direito - RFD-UERJ*. Rio de Janeiro, n. 28, p. 1-24, dez. 2015.

KONDER, Carlos Nelson. Dificuldades de uma abordagem unitária do lucro da intervenção. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 13, ano 4, p. 231-248. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 2017.

especiais, a controversa possibilidade de cumulação de pretensão indenizatória, com base na responsabilidade civil, e pretensão restitutória, com base no enriquecimento sem causa. Sustentou-se, ainda, relativa flexibilidade ao intérprete na quantificação do valor a ser restituído, tomando como balizas o enriquecimento real e o enriquecimento patrimonial, mas ponderando-se o valor com base em outros critérios, como a má-fé ou boa-fé do interventor, e outros referentes ao bem jurídico objeto de intervenção. Fundamental, todavia, que ante esse espaço aberto ao intérprete para preenchimento, haja a adequada fundamentação argumentativa, de forma a propiciar o debate e construção de parâmetros idôneos a garantir maior segurança jurídica nessas hipóteses.

8. REFERÊNCIAS

- ALVIM, Agostinho. Do enriquecimento sem causa. *Revista dos Tribunais*, v. 46, n. 259, p. 47-67, maio 1957.
- CAMPOS, Diogo Leite de. Enriquecimento sem causa, responsabilidade civil e nulidade. *Revista dos Tribunais*, v. 71, n. 560, p. 259-266, jun. 1982.
- COELHO, Francisco Manuel Pereira. *O enriquecimento e o dano*. Coimbra: Almedina, 1999.
- GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Lucros cessantes: do bom-senso ao postulado normativo da razoabilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- KONDER, Carlos Nelson. Enriquecimento sem causa e pagamento indevido. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- KROETZ, Maria Candida do Amaral. *Enriquecimento sem causa no direito civil brasileiro contemporâneo e recomposição patrimonial*. Tese de doutoramento. Curitiba, UFPR, 2005.
- LEVY, Daniel de Andrade. *Responsabilidade civil: de um direito dos danos a um direito das condutas lesivas*. São Paulo: Atlas, 2012.
- LINS, Thiago. *O lucro da intervenção e o direito à imagem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
- MICHELON JR., Claudio. *Direito restitutivo: enriquecimento sem causa, pagamento indevido, gestão de negócios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 34. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- NEVES, José Roberto de Castro. O enriquecimento sem causa: dimensão atual do princípio de direito civil. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). *Princípios de direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

KONDER, Carlos Nelson. Dificuldades de uma abordagem unitária do lucro da intervenção. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 13, ano 4, p. 231-248. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 2017.

- NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- NORONHA, Fernando. Enriquecimento sem causa. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*. São Paulo, v. 15, n. 56, p. 51-78, abr./jun. 1991.
- PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*. 5. ed. Napoli: ESI, 2005.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. São Paulo: Atlas, 2012.
- SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa*. São Paulo: Atlas, 2012.
- SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2007.
- SILVA, Rodrigo da Guia. Contornos do enriquecimento sem causa e da responsabilidade civil entre lucro da intervenção e lucros cessantes. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 5, n. 2, 2016. Disponível em: [http://civilistica.com/contornos-do-enriquecimento-sem-causa/]. Acesso em: 30.12.2016.
- TEFFÉ, Chiara Antonia Spadaccini de. A restituição do lucro da intervenção nos casos de violação aos direitos da personalidade: uma questão entre o enriquecimento sem causa e a responsabilidade civil. In: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo (Coord.). *Direito das relações patrimoniais: estrutura e função na contemporaneidade*. Curitiba: Juruá, 2014.
- TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Considerações acerca da exclusão do lucro ilícito do patrimônio do agente ofensor. *Revista da Faculdade de Direito – RFD-UERJ*. Rio de Janeiro, n. 28, p. 1-24, dez. 2015.
- TRINDADE, Marcelo. Enriquecimento sem causa e repetição de indébito: observações à luz do Código Civil de 2002. *Revista Trimestral de Direito Civil*, n. 18, p. 235-261, abr./jun. 2004.
- VARELA, João de Matos Antunes. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.
- ZIFF, Bruce. The great onyx cave cases – a micro-history. *Northern Kentucky Law Review*. Highland Heights, v. 40, n.1, p. 1-48, 2013.

PESQUISA DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Enriquecimento sem causa, de Fernando Noronha – *Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos* 1/1085-1122 (DTR{2012}1943).

DUTY TO MITIGATE THE LOSS. CHEAPEST COST AVOIDER. HAND FORMULA: APLICAÇÃO JUDICIAL BRASILEIRA DE DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA ESTRANGEIRAS. O POSITIVISMO JURÍDICO EM UM MUNDO GLOBALIZADO

DUTY TO MITIGATE THE LOSS. CHEAPEST COST AVOIDER. HAND FORMULA: BRAZILIAN JUDICIAL USE OF FOREIGN DOCTRINE AND JURISPRUDENCE. LEGAL POSITIVISM IN A GLOBALIZED WORLD

EUGÊNIO FACCHINI NETO

Professor Titular de Direito Civil do Curso de Graduação e do PPGD (Mestrado e Doutorado em Direito) da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. Professor e ex-diretor da Escola Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – AJURIS. Doutor em Direito Comparado pela Universidade de Florença (Itália). Mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP. Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. facchini@tj.rs.gov.br

Recebido em: 20.02.2017
Aprovado em: 04.05.2017

ÁREA DO DIREITO: Civil

RESUMO: Analisa-se o caso dos fumicultores que exitosamente ajuizam ações de indenização contra concessionárias de energia elétrica, em razão de danos sofridos pela interrupção do fornecimento de energia durante o processo de secagem do fumo. Aborda-se o caso a partir de institutos jurídicos como *duty to mitigate the loss*, *cheapest cost avoider*, *Hand formula*, bem como através da ideia do encargo de se evitar o próprio dano. O objetivo é demonstrar que os fumicultores têm o encargo de evitar riscos previsíveis, instalando geradores com sistemas *no-break*, automaticamente acionáveis em caso de falta de energia elétrica. Sendo o custo de tal providência muito inferior ao montante dos prejuízos, evita-se que, pelo inevitável processo de internalização dos custos, tais danos acabem repassados a todos os consumidores de energia elétrica.

PALAVRAS-CHAVE: *Duty to mitigate the loss* – *Cheapest cost avoider* – Responsabilidade civil – Culpa.

ABSTRACT: We analyze the case of tobacco growers who successfully file damages lawsuits against electric power companies, due to damages suffered by the interruption of the energy supply during the leaves drying process. The case is approached from legal institutes such as *duty to mitigate the loss*, the *cheapest cost avoider*, *Hand formula*, as well as through the idea of the charge of avoiding the damage itself. The objective is to demonstrate that smokers have the burden of avoiding predictable risks by installing generators with UPS systems, which are automatically triggered in the event of a lack of electricity. Since the cost of such a provision is much lower than the amount of damages, it is avoided that, due to the inevitable process of internalization of costs, such damages will be passed on to all consumers of electric energy.

KEYWORDS: *Duty to mitigate the loss* – *Cheapest cost avoider* – Torts – Fault.