

Restituição de ganhos ilícitos: há espaço no Brasil para o *disgorgement*?

Nelson Rosenvald

Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Pós-Doutor em Direito Civil pela Universidade Roma Tre (Itália). Visiting Academic – Oxford Faculty of Law (UK). Professor Pesquisador na Faculdade de Direito de Coimbra (Portugal). Doutor e Mestre em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP. Graduado pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ.

Bernard Korman Kuperman

Graduando em Direito na Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG. Membro do Grupo de Estudos em Arbitragem e Contratos Internacionais da UFMG (GACI-UFMG).

Resumo: O objetivo do presente estudo é propor um debate sobre a possibilidade de haver, no ordenamento jurídico brasileiro, uma terceira via nas funções da responsabilidade civil para uma técnica efetiva de restituição de ganhos ilícitos obtidos em fatos jurídicos específicos. Isto é, para além da compensação de danos da vítima e da punição do agente, pode-se pensar em um remédio voltado à restituição dos ganhos obtidos pelo réu, independentemente da aferição do prejuízo do autor da demanda? Primeiramente, foram abordados os mecanismos de restituição existentes na *Common Law*, quais sejam, *disgorgement of profits* e *restitutionary damages*. Em seguida, foram analisados dispositivos restitutórios já em vigor no ordenamento jurídico brasileiro. Ao final, percebeu-se que há espaço, no sistema jurídico pátrio para uma adequação do instituto do enriquecimento sem causa, convertendo-se em efetiva pretensão para o resgate do lucro ilícito, bem como uma alteração da fisionomia sistemática da Responsabilidade Civil mirando o escopo preventivo-punitivo, especificamente para casos em que há necessidade de uma alteração *in pejus* no patrimônio do responsável pelo ilícito e não somente um retorno deste ao *status quo*.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil; Enriquecimento sem causa; restituição; *disgorgement of profits*; *restitutionary damages*.

Sumário: **1** A lacuna do Direito brasileiro – **2** A restituição na *Common Law* – **3** A restituição no Brasil – **4** O enriquecimento sem causa – **5** Conclusão – Referências bibliográficas – Jurisprudência consultada

1 A lacuna do Direito brasileiro

Imagine a seguinte situação:¹ um músico famoso aceita tocar seu instrumento em um evento patrocinado por uma renomada marca de cerveja, sob a condição de não ter seu nome vinculado à empresa. Contudo, visando incrementar as vendas a partir da vinculação publicitária, a produtora de cerveja publica, em todas suas redes

¹ Caso baseado na ação movida por Caetano Emanuel Teles Veloso contra a Cervejaria Kaiser Ltda., Processo nº 1997.001.015086-6 (SAVI, 2012, p. 12).

sociais, anúncios vinculando a excelência do músico à marca. Inconformado, o artista move ação indenizatória, pleiteando ressarcimento por danos patrimoniais e morais resultantes da violação ao seu direito de imagem, alegando que jamais aceitaria fazer parte de propagandas para produtos dessa natureza, por qualquer preço que seja. Não obstante, antes mesmo da prática do ilícito, a empresa já havia realizado o presente cálculo financeiro: o aumento do lucro com a técnica de *Marketing* superaria em muito a despesa de uma eventual condenação ao pagamento de perdas e danos, sendo lucrativa a prática do ilícito.

Do ponto de vista da Responsabilidade Civil clássica, positivada no artigo 944 do Código Civil, o teto da reparação a ser obtida pelo alvo do ilícito seria apenas o dano experimentado pelo músico, nada mais. A cervejaria poderia, ao máximo, ser condenada a restituir o demandante ao momento anterior ao ilícito, mediante a avaliação de suas perdas econômicas e existenciais, em uma tentativa de resgatar o seu patrimônio e esfera de personalidade ao *status quo ante*, ainda que o lucro auferido com a ilicitude claramente supere o *quantum* reparatório. Percebe-se, assim, que a técnica ressarcitória, ao voltar os olhos exclusivamente para a vítima, é por vezes insuficiente para conter o comportamento de agentes racionais,² uma vez que, casos como esse, transmitem o sinal econômico que o ilícito não só se paga, mas remunera bem.

Em regra, o direito brasileiro silencia diante de tão recorrentes episódios, seja pela falta de suporte legal, ou de esforços doutrinários para construir uma alternativa a um sistema que reduz a responsabilidade civil à monolítica função de compensação de perdas da vítima. Excepcionalmente, em uma tentativa de impedir os chamados *ill-gotten gains*, os tribunais superiores aplicam uma forma de contenção de comportamentos como um *plus* à contenção de danos: a atribuição de caráter punitivo à quantificação de danos morais.³ Esta consiste na aferição da malícia do agente ou seu desprezo pelas situações existenciais alheias ao momento da justificação e do cálculo do valor do dano extrapatrimonial no *quantum debeat*. Nesse mister, é fixado um montante que, simultaneamente persegue a satisfação do lesado e o interesse social de aplicar uma pena ao ofensor, apta a inibir a prática de novos ilícitos, seja por parte do réu como de outros potenciais agentes. Todavia, ao confundir as funções desestimuladora e compensatória, magistrados e tribunais produzem uma insatisfatória compensação dos danos, bem como uma insuficiente ou mesmo imperceptível prevenção e punição de comportamentos lesivos.⁴

² “Aqueles que, sistemática e objetivamente, fazem o máximo para alcançar seus objetivos” (MANKIW, 2009, p. 6).

³ STJ, REsp 959.780-ES, Rel. Min. Paulo de Tarseo Sanseverino, *Informativo 470*, de 29.4.2011; STF – AI 455.846, Rel. Min. Celso de Mello; REsp 1.120.971-RJ. Rel. Min. Sidnei Beneti.

⁴ OLIVEIRA, 2012, p. 3.

Mesmo que essa condenação gerasse satisfatória compensação e contenção de comportamentos, a atribuição de punição sem lei anterior que a defina ou sem auferir a culpa ou dolo do agente é ofensiva ao sistema jurídico, sobremaneira ao princípio da segurança jurídica. Face à inviabilidade jurídica de estabelecimento de duas condenações autônomas – uma pela reparação de danos da vítima e outra pela punição do demandado – cada qual com os seus pressupostos e requisitos, a prática do judiciário brasileiro é a de implicitamente inserir a função punitiva na reparação por danos extrapatrimoniais. Porém, sem um suporte legislativo que justifique um montante indenizatório superior à extensão do dano, a referida “compensação sincrética” perde a sua legitimidade, diante dos brocardos *nulla poena sine culpa* e *nulla poena sine lege* em sua aplicação. Se assim não fosse, estaríamos diante de violação dos princípios da reserva legal e culpabilidade, dado o presente sincretismo jurídico entre o direito civil e penal.

Há ainda uma terceira via pela qual o lesado poderia, em tese, buscar a restituição dos lucros ilícitos obtidos pelo infrator. A ação de enriquecimento sem causa, mecanismo positivado como subsidiário no ordenamento jurídico brasileiro, não se coloca interno à área de ressarcimento de danos, mas externamente, uma vez que não é visualizada a variação negativa do patrimônio do ofendido, mas a variação positiva do patrimônio do ofensor. Nas hipóteses em que se autoriza a restituição dos benefícios econômicos ilicitamente auferidos, não há sequer a necessidade de ocorrência de dano efetivo, basta o deslocamento patrimonial ilegítimo de uma esfera subjetiva para a outra. Nada obstante, a partir de uma interpretação literal do art. 866/CC, observa-se que conferindo a lei meios ressarcitórios para reaver o prejuízo sofrido, o sujeito que teve sua esfera patrimonial subtraída não poderá se valer da tutela restitutória. Ora, será que em casos como o do músico e da cervejaria deve haver uma exceção à norma da ação de locupletamento ilícito?

O objetivo do presente estudo é propor um debate sobre a possibilidade de haver, no ordenamento jurídico brasileiro, uma terceira via nas funções da responsabilidade civil para uma técnica efetiva de restituição do lucro ilícito obtido com a intervenção.⁵ Isto é, para além da compensação de danos da vítima e da punição do agente, pode-se pensar em um remédio voltado à restituição dos ganhos obtidos pelo réu, independentemente da aferição do prejuízo do autor da demanda? Primeiramente, serão apresentados os mecanismos de restituição existentes na *Common Law*, quais sejam, *disgorgement of profits* e *restitutionary damages*, em seguida analisaremos dispositivos restitutórios já em vigor no ordenamento jurídico brasileiro. Ao final, será discutido se é necessária uma adequação do instituto do enriquecimento sem causa,

⁵ Fenômeno identificado pela jurisprudência americana como “Contractual bypass”, conhecido na língua portuguesa como lucro da intervenção (VIEIRA GOMES, 1998).

bem como uma alteração da fisionomia sistemática da Responsabilidade Civil mirando o escopo preventivo-punitivo, especificamente para casos em que há necessidade de uma alteração *in pejus* no patrimônio do responsável pelo ilícito e não somente um retorno deste ao *status quo*.

2 A restituição na *Common Law*

Até 50 anos atrás, a Inglaterra refutava o reconhecimento de uma lei de restituição ou enriquecimento injusto. O direito das obrigações era dividido nas subáreas de contratos e responsabilidade civil (*torts*), sendo que as hipóteses que não se encaixassem nesses dois quadros, *v.g.*, um pagamento indevido, eram vinculados a uma ficção jurídica de um *implied contract*. Em 1966, Goff and Jones publicaram a *Law of Restitution*,⁶ demonstrando que no interno da *common law* e *equity*, há uma principiologia que reconhece o enriquecimento sem causa como fonte de um remédio restitutivo. Para os referidos doutrinadores, a ideia do “quasi-contract” como forma de preenchimento de lacunas, remetia à incerteza e insegurança jurídica. Quando se poderia considerar um contrato implícito? Nenhuma resposta lógica poderia ser dada a essa questão, exceto um recurso a ficção.⁷ Birks pontua que a única coisa que um quase contrato diz, é que a matéria não se trata de contrato. No máximo sugere que há um contrato ininteligível. “Um quase-pardal não é um pardal”.⁸

⁶ *Goff & Jones: the Law of Unjust Enrichment* (previamente o título era *The Law of Restitution*) . Consiste na principal autoridade inglesa sobre restituição e enriquecimento sem causa (ISBN 978-1847-039101). Atualmente se encontra na oitava edição. É publicada por Sweet & Maxwell.

⁷ “É claro que qualquer sistema civilizado é obrigado a produzir remédios para casos em que surge o enriquecimento injusto ou injusto benefício, para prevenir que alguém possa reter dinheiro ou outro benefício derivado de outrem, o que é contrário à consciência que aquele deva preservar. Na lei Inglesa esses remédios são genericamente diferentes dos remédios para os contratos e responsabilidade civil, e agora são reconhecidos como uma terceira categoria na *common law*, reconhecida como restituição” (BURROWS, 2011, p. 3).

⁸ BIRKS, 2002, p. 14. O autor assevera que a ficção do contrato implícito era o nome dado na *common law* às obrigações que surgiam de um pagamento indevido e todos os outros eventos que os livros embaralhavam na fórmula romana do “quase contrato”. Não obstante, ninguém pode inferir um contrato, em que um contrato expresso seria inexoravelmente inválido. O autor explica que essa heresia foi herdada do direito romano. Em suas *institutas* para as obrigações (3:89-3:91), Gaius propôs que toda obrigação surge *ex contractu* ou *ex delicto*. Apesar de quase imediatamente ter encontrado obrigações que nasciam de um pagamento indevido – e, portanto, a classificação bipartida em dois eventos causativos não ser exaustiva – os romanos nunca identificaram o enriquecimento injusto como uma categoria independente. Quatro séculos após Gaius, no *Corpus Juris Civilis*, o imperador Justiniano frisou que “Toda obrigação decorre de um contrato ou como se fosse de um contrato ou de um ilícito ou como se fosse de um ilícito”. Isso é um pequeno passo para reconhecer um quase contrato. Na segunda vida da Lei Romana, quando Justiniano compactou a legislação que veio a se tornar a *ius commune of Europe*, alguns juristas forjaram dessa distorção uma teoria de que a fonte da obrigação nesses casos era um contrato presumido ou implícito. Nos primórdios do século XVII juizes ingleses se apropriam da terminologia romana para dar juridicidade a ações que presumiam a existência de débitos. Em um artigo de 1888, o historiador americano James Barr Ames contribui para o renascimento do quase contrato (“The History of Assumpsit”). Ele assumiu que um retorno ao termo romano legitimaria a noção do “implied contract”. Apesar da incerteza conceitual, muitos livros foram escritos sobre o quase contrato na Inglaterra. O último foi o de Stoljar’s (1989). As ideias de restituição e enriquecimento injusto não fazia sentido para ele. De fato, ele se tornou um herói para os últimos céticos. Não haverá mais livros sobre quase contrato. Um nome enganador é um constante impedimento.

A obra pioneira impactou no meio jurídico e a resposta jurisprudencial veio 25 anos depois. Em 1991, O caso *Lipkin Gorman v. Karpnale Ltd.*, tornou-se *leading case* da pretensão restitutória na Inglaterra. Trata-se de sócio administrador do escritório de advocacia *Lipkin Gorman* que, após sacar £220.000 da conta do autor, perdeu £154.695 em jogos de azar, à época ilegais na Inglaterra. O sujeito beneficiado com a ofensa foi a sociedade *Karpnale Ltd.*, proprietária do cassino em que ocorreu a jogata, restando para ela a quantia de £150,960. Irresignado, o escritório ajuizou ação em face da proprietária do estabelecimento com o pedido de restituição do valor recebido indevidamente, alegando nulidade de contratos de jogos de azar, uma vez que eram ilegais no ordenamento jurídico inglês e violavam a ordem pública. Após indeferimento do pedido em primeira e segunda instâncias, a *House of Lords* decidiu que, apesar do cassino não ter concorrido para o dano sofrido pelo autor, este deveria ser restituído pela ré no valor integral do locupletamento (£150,960), em virtude da passagem de riqueza indevida de uma esfera subjetiva para a outra, o que viola o princípio inglês de vedação ao enriquecimento injusto.⁹

Em 2012, a Inglaterra produziu um *restatement*, compreendendo um profundo reexame da Lei de Enriquecimento Injusto. Importante frisar que não se trata de um *restatement* da lei inglesa de restituição, pois o trabalho não incluiu a restituição por atos ilícitos ou pela quebra de contratos. O escopo dessa “reapresentação” foi confinado ao fato jurídico do enriquecimento injusto e não à apresentação dos confins do remédio da restituição. Isso está em linha como a tradicional abordagem da *common law* que fraciona a lei das obrigações de acordo com eventos – contratos, responsabilidade civil e enriquecimento injusto¹⁰ – e não de acordo com os remédios devidos – compensação, punição ou restituição.

A distinção entre os fatos jurídicos que constituem uma relação obrigacional e as pretensões que o sistema jurídico apresenta para sancionar um comportamento indevido é fundamental para o desenvolvimento da temática. A lei do enriquecimento injusto descreve todos os eventos materialmente idênticos a um pagamento indevido de um débito inexistente. Esse pagamento dá origem a um direito de restituição. Em

⁹ No mesmo sentido de aplicação do princípio de enriquecimento injusto pela House of Lords: *Woolwich Equitable Building Society v. IRC* [1993]; *Westdeutsche Landesbank Girozentrale v. Islington LBC* [1996]. Com base no *leading case*, houve uma avalanche de casos, tratando da restituição de dinheiro pago sob contratos nulos, em litígios de contratos de risco de *swaps* na década de 1990. Isso permitiu resolver muitas questões sobre a lei do enriquecimento sem causa, especialmente o reconhecimento do erro de direito como fundamento da restituição.

¹⁰ O *Restatement* consubstancia uma interpretação principiológica da lei que se sugere adequada para o futuro tendo em vista o estágio atual da jurisprudência. Ela não é criada para ser uma lei, mas para atuar persuasivamente sobre os tribunais. A sua intenção é a de complementar e aperfeiçoar a interpretação da *common law*. O *Restatement* de 2012 é alicerçado na estrutura quádrupla do enriquecimento injusto, como reconhecida pelas cortes da Inglaterra. Cada enriquecimento injusto envolve a introdução de quatro obrigatórias questões: (1) o réu enriqueceu? The “*enrichment*” question; (2) esse enriquecimento se deu às expensas do demandante? The “*at the expense of*” question; (3) o enriquecimento às expensas do demandante foram injustos? The “*unjust*” question; (4) existem defesas? The “*defences*” question.

contrapartida, no plano dos remédios, o direito à restituição gera uma pretensão baseada nos ganhos do ofensor, assim como o direito à compensação veicula a pretensão a exigir que o réu compense as perdas do autor da ação. O termo “restituição” não é completamente adequado para compor parceria com o vocábulo “compensação”, pois normalmente entendemos a restituição como sinônimo de reparação ao invés de renovarmos o seu sentido para compreendermos a restituição como diversa função da responsabilidade civil. Assim, a ideia de *restitutio in integro* traduz a formulação clássica da restituição como forma de reposição das partes à situação preexistente ao dano, mediante a compensação de prejuízos (*loss-based recovery*). Ocorre que podemos compreender também a restituição como um modo diverso de obter uma resposta pecuniária a um dano, retirando o foco das perdas da vítima e redirecionando-o aos ganhos indevidamente obtidos pelo demandado (*gain-based recovery*).

Com os subsequentes desenvolvimentos da doutrina e jurisprudência, nos Estados Unidos e na Inglaterra foram aperfeiçoados os mecanismos de *restitution for Wrongs*, hoje amplamente utilizados como remédios para sancionar ganhos indevidamente obtidos pelo agente, de forma alternativa aos já tradicionais *compensatory damages*. No interno do gênero *gain-based damages* surgem duas espécies: os institutos do *disgorgement of profits* e *restitutionary damages*. No âmbito da responsabilidade civil, a racionalidade de ambos supera a visão estreita de que a *restitutio in integro* apenas se opera quando a vítima obtém aquilo que ela perdeu em termos patrimoniais e extrapatrimoniais. Outrossim, em sede de violações contratuais, assegura meio alternativo à quantificação de perdas e danos. Lembre-se que o significado da palavra “damages” (no plural) não coincide com o seu uso no singular. O vocábulo *damage* merece a literal tradução de dano, prejuízo. Portanto, está umbilicalmente associado a uma privação sofrida pela vítima. Por outro lado, *damages* é o termo apropriado à tutela genérica consistente em uma condenação em dinheiro pela prática de um ato ilícito. Tal atribuição pecuniária tanto pode decorrer de uma avaliação unilateral das perdas econômicas do autor da ação (*compensatory damages*), de uma punição por um comportamento ultrajante (*punitive damages*), como da aferição dos ganhos indevidamente auferidos pelo demandado pela prática do ilícito (*restitutionary damages* e *disgorgement*).

Nesse sentido, ambos os remédios restitutórios da *Common Law* servem ao mesmo propósito fundamental: evitar que alguém lucre com a prática de um ato ilícito (“no person shall profit from his or her wrong”), pela recaptura dos ganhos auferidos com o descumprimento de um dever legal ou violação de um direito alheio. Em ambos os modelos jurídicos a condenação não levará em conta a real existência de prejuízos por parte do demandante, ou, se esses existiram, se há proporcionalidade entre as perdas e os ganhos indevidos do réu. Contudo, a diferença entre os dois remédios de *gain-based damages* está na forma como se apura o *quantum* da obrigação de

restituição. Enquanto em *restitutionary damages* há reversão da transferência patrimonial entre as partes, no *disgorgement* há supressão da vantagem adquirida pelo réu com independência de qualquer translação de bens pelo autor. Pela primeira, beneficia-se o autor de uma quantia correspondente ao bem transferido ou subtraído do seu patrimônio. Pela segunda, suprime-se a vantagem que, sem correspondência com a utilização do patrimônio do autor, o réu obteve com a prática do ilícito.¹¹ O *disgorgement* não apenas visa privar o agente dos ganhos realizados, como também pelas despesas economizadas, com a reversão completa dos valores indevidamente obtidos às expensas da vítima.

De fato, em certas situações, uma pretensão decorrente de ganhos indevidos tem o objetivo de recuperar benefícios econômicos obtidos pelo demandado que não se relacionam com qualquer transferência efetuada pelo demandante. No *disgorgement* essa dissociação será possível, pois mesmo que não haja uma relação de causalidade entre o ganho financeiro de B com uma ilícita transferência oriunda do patrimônio de A, restará provado que os proveitos auferidos por B só foram possíveis em virtude da prática do ato ilícito, pois sem o cometimento do comportamento antijurídico eles não teriam sido produzidos. Destarte, a distinção entre as duas espécies de pretensões fundadas nos ganhos indevidos – sendo que ambas são restitutórias – consiste em que o *restitutionary damages* corresponde a um “give back” (devolução), ou seja, uma medida de aplicação do princípio de justiça corretiva pela qual será restituído ao autor da demanda o ganho do réu correspondente àquilo que ele perdeu como consequência do ilícito. Isso se insere perfeitamente no direito restitutório; já o *disgorgement* se refere ao “give up” (desistência), isto é, o agente renunciará aos ganhos, mesmo que eles não tenham sido diretamente obtidos da vítima. Aqui entra em cena o princípio da justiça distributiva. Apesar das diferentes justificativas para a procedência das referidas pretensões, vê-se que ambas as categorias são remédios baseados em ganhos, pois o foco é o de despojar o réu dos proveitos resultantes do cometimento do ilícito. Consequentemente, é perfeitamente legítimo considerar que o *disgorgement* se insere no direito restitutório em um sentido mais amplo, por ser mensurado com referência ao valor do benefício obtido pela prática do comportamento antijurídico, ao invés de ter como referência as perdas sofridas pelo demandante.

Para ilustrar o confronto entre os dois remédios, Edelman¹² traz à baila o caso *Inverugie Investments Ltd v. Hackett*. Em suma, os réus eram proprietários e administradores de um grande hotel e o autor era locatário de longo prazo de 30 apartamentos dentro do complexo hoteleiro. Os réus cinicamente praticaram esbulho de

¹¹ ANTUNES, 2011, p. 216.

¹² EDELMAN, 2002, p. 86 e ss.

má-fé das unidades habitacionais, permanecendo um longo período em sua posse, com o escopo de utilizá-las na operação diária. O esbulho provou-se inútil, uma vez que durante todo esse íterim o hotel realizou prejuízo. Sendo assim, caso tivesse sido concedido *disgorgement* em favor do autor, a soma efetivamente restituída seria nula, haja vista que não havia lucro nominal para remover (*profits to disgorge*). Nada obstante, na sentença, os magistrados valeram-se do mecanismo do *Restitutionary Damages* para conceder às vítimas o valor de mercado de hospedagem em quartos similares no lapso temporal do esbulho. Nesse diapasão, o professor da universidade de Oxford aponta que “as *restitutionary damages* devem ser convocadas com amplitude de requisitos e as *disgorgement damages* tão-só nas hipóteses em que um ‘interesse adicional’ confirme a sua oportunidade”.

Devemos atentar para o fato de que tais institutos, nos ordenamentos jurídicos anglo-saxônicos, são formas de *non-compensatory damages*, não devendo ser equivocadamente confundidas como tipo suave de punição. Esta se manifesta na prática na figura dos *punitive damages* (mais comum nos EUA) ou *exemplary damages* (popular em UK), cuja natureza é histórica, estrutural e conceitualmente independente da restituição. Um pedido que inclua qualquer dos mecanismos de *gain-based damages* transferirá lucros injustificados para o autor independentemente de comportamento repreensível, uma vez que tais modelos jurídicos não têm como objetivo principal conter comportamentos, mas remover ganhos impróprios. A parte ré será estritamente privada do que foi ganho ilegitimamente, parcial ou totalmente. Sendo assim, ao contrário dos *punitive damages*, os institutos restituitórios dos EUA e da Inglaterra prescindem de prova de dolo ou culpa negligente, bastando apenas seja comprovada a prática do ato ilícito acoplada ao princípio “tort must not pay”. Outrossim, a função punitiva poderá ser aplicada mesmo que nenhum benefício econômico tenha de fato surgido para o autor do ilícito. Com efeito, será suficiente a demonstração de que o agente direcionou o seu repreensível comportamento a esse objetivo, ou seja, desempenhou uma conduta ultrajante calculada a obter lucros que ultrapassassem os prejuízos causados a vítima.

Ademais, há casos em que apenas a mera restituição do lucro ilícito é insuficiente para desestimular o ofensor. Para prevenir ofensas a bens coletivos e, em um segundo momento, sancionar punitivamente aquele que ignora o preceito primário da norma, deve ser positivado no ordenamento jurídico brasileiro dispositivo que possibilite a aplicação de pena civil aquiliana,¹³ mediante a aferição de requisitos como a extensão ou gravidade da lesão e o grau de culpa do ofensor.

¹³ Tema tratado em profundidade em: ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*, São Paulo: Atlas, 2014.

Contudo, segundo o *American Law Institute*, “a quantificação do objeto da restituição dependerá sim do grau de culpabilidade na conduta do réu. Como regra geral, um réu consciente, ou aquele que age mesmo conhecendo os riscos que a conduta em questão apresenta aos direitos do autor, será condenado a restituir todos os ganhos derivados com o deslocamento patrimonial indevido. Já uma pessoa cuja conduta seja inocente ou com um grau ínfimo de negligência será responsável apenas pelo benefício direto da transação, benefício este que será calculado, quando possível e apropriado, a partir de um *royalty* ou custo de licença razoáveis”.¹⁴ Vale ressaltar, caso a importância da restituição de lucros indevidos supere o que foi efetivamente auferido pelo réu, ou seja, hipóteses em que o *quantum* a ser restituído seja dobrado ou triplicado, estaremos tratando de tutela punitiva e não apenas restitutória, pois, ao contrário dos remédios restitutórios, quando o comportamento demeritório for suficientemente provado, o valor dos *punitive damages* poderá ser superior aos ganhos impropriamente obtidos, conforme a necessidade concreta de punição e desestímulo.

Assim, explanada em linhas gerais a forma como se dá a tutela restitutória na *Common Law*, é hora de abordar mais especificamente a restituição no Brasil.

3 A restituição no Brasil

Antes de tratarmos propriamente da tutela restitutória no Brasil, devemos fazer uma distinção entre o enriquecimento sem causa e a restituição. Conforme o dispositivo do art. 884 do Código Civil de 2002, o enriquecimento sem causa, na sua acepção tradicional, tem como resultado a restituição do locupletamento indevidamente auferido, seja pelo próprio objeto da coisa determinada, seja pelo valor do bem na época em foi exigido. Nesse sentido, é inquestionável a afinidade entre o enriquecimento sem causa e a restituição, expressões que apesar de possuírem pontos em comum não devem ser consideradas sinônimas, e sim complementares.

Segundo Marie Malaurie,¹⁵ o direito das restituições envolve tanto o conjunto do direito civil, como o direito dos contratos (os contratos de restituição), do enriquecimento sem causa, das relações pré ou pós-contratuais (as restituições consecutivas de nulidade ou da resolução), do direito dos bens (a reivindicação). Nada obstante as variadas facetas, as restituições são governadas por uma ideia comum: *o retorno do enriquecido ao status quo ante*.

¹⁴ No original: “The measure of recovery depends on the blameworthiness of the defendant’s conduct. As a general rule: A conscious wrongdoer, or one who acts despite a known risk that the conduct in question violates the rights of the claimant, will be required to disgorge all gains (including consequential gains) derived from the wrongful transaction. A person whose conduct is innocent or merely negligent will be liable only for the direct benefit from the transaction. Direct benefit may be measured, where such a measurement is available and appropriate, by a reasonable royalty or by the reasonable cost of license” (*In: The American Law Institute – Restatement of the Law, Restitution and Unjust Enrichment (Third), tentative draft n° 4, April 8, 2005, p. 84*).

¹⁵ MALAURIE, Marie. *Les restitutions en droit civil*. Paris: Cujas, 1991, p. 14-15 *apud* NANNI, 2004, p. 200.

Nesse diapasão, a restituição encontra-se em esfera distinta ao enriquecimento sem causa, tendo em vista que atua em variadas circunstâncias, inclusive alheias à responsabilidade civil aquiliana, mas sempre com o escopo de restituir determinado bem ao patrimônio em que se encontrava inicialmente. Ora, o fenômeno da restituição tem múltiplos remédios para sua efetivação, devendo então ser enquadrada em um gênero que comporta várias espécies suscetíveis de aplicação, dentre as quais o enriquecimento sem causa. Nas palavras de Nanni,¹⁶ o enriquecimento sem causa é o evento, a mola propulsora; e a restituição, a consequência da aplicação desse remédio, a resposta.

Consequentemente, o direito à restituição de ganhos é mais amplo que o evento do enriquecimento sem causa. *Sempre que este ocorre surge o direito à restituição, porém a recíproca não é válida, pois frequentemente o direito à restituição de ganhos será a resposta normativa a outro fato jurídico*, como uma violação contratual ou um ato ilícito. Como explica Graham Virgo,¹⁷ o direito restitutivo não é confinado à lei de enriquecimento injustificado e consiste em uma categoria de remédios que pode ser utilizada em diversas circunstâncias. O enriquecimento injustificado é um peculiar fato jurídico, enquanto a restituição é uma resposta multicausal. Para ser devidamente compreendido, o enriquecimento injustificado requer um livro autônomo. Mas isso não impede que o tema ocupe uma significativa parte de um livro sobre direito restitutivo.¹⁸

A questão essencial em jogo, como sintetiza Andrew Burrows, não concerne a uma específica causa da ação, porém a pura indagação remedial de quando, ao invés de ajuizar uma demanda buscando compensação de danos, o demandante terá direito a postular restituição em face do ilícito civil para “desnudar” ganhos ilícitos.¹⁹ Dessa forma, aqui serão abordadas algumas espécies de restituição em vigor no ordenamento jurídico brasileiro, sendo que ao enriquecimento sem causa será destinado capítulo específico, dadas as suas particularidades.

A primeira espécie que vem à mente quando se trata de tutela restitutória é o tema específico dos direitos reais da pretensão reivindicatória, principalmente nas circunstâncias em que ocorre um pagamento indevido. O art. 879, do Código Civil, estabelece os cenários em que aquele devedor que paga indevidamente com a alienação de um imóvel terá direito a reaver o bem. Se o credor que recebeu o imóvel aliená-lo, em boa fé, por título oneroso, responderá ao devedor somente pela quantia obtida, ou seja, somente haverá pretensão restitutória; se agiu de má fé, responderá

¹⁶ NANNI, 2004, p. 202.

¹⁷ VIRGO, 2015, p. 17.

¹⁸ BIRKS, 2002, p. 46.

¹⁹ BURROWS, 2011, p. 621.

também por perdas e danos, surgindo então, concomitantemente à restituição, a pretensão ressarcitória por eventual lesão às esferas patrimoniais e extrapatrimoniais causadas pela transmissão da propriedade de má-fé.

Ainda dentro dos direitos reais, há uma espécie de remédio restitutivo no regime de frutos da posse de má-fé: de acordo com o artigo 1216 do Código Civil, “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 a má-fé; tem direito às despesas de produção e custeio”.

No dispositivo acima, percebemos que a teoria da diferença é rompida (art. 402, CC), já que o valor pelo qual o possuidor de má-fé responderá superará a diferença entre o que a vítima da posse de má-fé tem e o que ela tinha antes da prática do ilícito. O retomante do bem receberá também um montante relacionado aos ganhos indevidamente obtidos pelo possuidor de má-fé, sejam eles naturais, civis ou industriais, surgindo um remédio restitutivo como efeito da responsabilidade civil para além da clássica reparação dos danos sofridos. Vale ressaltar que cabe ao possuidor de má-fé a prerrogativa de reembolso pelas despesas de produção e custeio, mesmo em relação aos frutos pendentes. Essa espécie de desconto é amplamente considerada no Brasil como uma forma de evitar-se o locupletamento indevido do retomante do bem, porém também pode ser explicada como uma forma de remunerar o possuidor pelo seu trabalho e habilidade, afinal, o dispêndio de tempo e energia é um fator a ser monetizado para demonstrar que nem todos os lucros recebidos foram uma mera consequência da prática do ilícito.

No Brasil, observa-se também a presença de dispositivos restitutórios no âmbito da responsabilidade civil por uso indevido de ativos intangíveis, previsto expressamente na Lei de Propriedade Industrial Brasileira. A Lei 9279/96, nos incisos do artigo 210, dispõe um triplo método para o cálculo dos “lucros cessantes”, em caso de violação à propriedade:

Art. 210. Os lucros cessantes serão determinados pelo critério mais favorável ao prejudicado, dentre os seguintes:

I – os benefícios que o prejudicado teria auferido se a violação não tivesse ocorrido; ou

II – os benefícios que foram auferidos pelo autor da violação de direito; ou

III – a remuneração que o autor da violação teria pago ao titular do direito violado pela concessão de uma licença que lhe permitisse legalmente explorar o bem.

Primeiramente, devemos frisar que o termo “lucros cessantes” é inadequado para as pretensões de restituição. Tal expressão é utilizada no cálculo da reparação de danos intrínseca à pretensão ressarcitória, significando especificamente o que

a vítima provavelmente deixou de lucrar em virtude do dano injusto. No caso dos mecanismos restitutórios, há elementos novos que fogem aos limites tradicionais estabelecidos pela responsabilidade civil clássica. Um desses elementos está presente no inciso II do referido artigo. Tendo em vista que a palavra “benefícios” tem sido interpretada pela jurisprudência como “lucros auferidos”,²⁰ no inciso II, o legislador estabeleceu, inadvertidamente, um mecanismo restitutório inovador dentro de uma pretensa forma de quantificação da indenização por violação à propriedade industrial. Em sede indenizatória, os ganhos do lesante com o ilícito são considerados irrelevantes, a pretensão de reparação de danos volta os olhos exclusivamente para a vítima, em uma tentativa de trazê-la ao estado anterior ao ilícito. Nada obstante, o dispositivo legal em questão, ao possibilitar o cálculo dos “lucros cessantes” pelos ganhos efetivamente auferidos pelo autor da violação de direito, instituiu método de quantificação restitutória disfarçada de *quantum* indenizatório. Tentativa louvável de contenção de comportamentos, mas tecnicamente inadequada.

Ademais, a estratégia da “fuga do contrato” pelo atalho da responsabilidade civil tem sido estampada por algumas decisões do Superior Tribunal de Justiça com características restitutórias.²¹ Em ações ajuizadas pela Microsoft fundadas no uso, sem licença, de *softwares* de sua titularidade, os réus violadores de direitos autorais deliberaram pela reprodução não autorizada dos programas de computador, partindo da premissa de que uma eventual condenação se limitaria ao pagamento do valor de mercado, cobrado efetivamente pela empresa na concessão do uso de seus aplicativos. Esse raciocínio puramente compensatório incentiva o “curto circuito contratual” presente em casos popularmente conhecidos como “pirataria”. Buscando evitar que a consequência do ato vedado seja a mesma do ato permitido, as decisões para todos os casos como os da Microsoft fixaram a condenação por apropriação indevida de *softwares* no montante de 10 (dez) vezes o valor de mercado de cada um dos programas indevidamente utilizados. Apesar do aceno à finalidade pedagógica da responsabilidade civil, excluiu-se qualquer efeito punitivo no resgate do lucro auferido pelos ofensores, pois todas as decisões que trataram dos episódios de pirataria aplicaram o múltiplo de 10 – sobre o valor de mercado dos programas apreendidos – inadvertidamente, em caráter de danos patrimoniais. Os lesantes perderam as vantagens que ilegítimamente adquiriram, nada mais, não podendo a condenação ser considerada uma pena civil – que demandaria certas garantias do processo penal – mas uma sanção restitutória com efeitos punitivos secundários. A restituição do lucro ilícito não altera *in pejus* a consistência quantitativa do patrimônio do responsável,

²⁰ “O critério de cálculo previsto na lei deve ser interpretado de forma restritiva, fazendo-se coincidir, nesse caso, o termo benefícios presente no inciso II, do art. 210, com a ideia de lucros” (REsp 710376/ RJ, Quarta Turma, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, DJe 2.2.2010).

²¹ STJ, REsp 1.136.676/RS, relatora Min. Nancy Andrigui; REsp 740.780/RS, Relator Min. Hélio Quáglia Barbosa; REsp 1.185.943-RS, Relator Min. Luis Felipe Salomão.

apenas se limita a remover o *plus valore* criado pela conduta antijurídica, restituindo o seu patrimônio à consistência originária.

4 O enriquecimento sem causa

Conforme alhures mencionado, o enriquecimento sem causa é espécie de mecanismo de restituição no ordenamento jurídico brasileiro. O art. 884 dispõe o princípio geral de vedação ao enriquecimento sem causa: “Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários”.

O primeiro requisito para a aplicação do instituto é a imposição de enriquecer-se à “custa de outrem”. A doutrina tradicional defende a teoria do deslocamento patrimonial unitário, ou seja, interpreta tal exigência como sendo o enriquecimento que, obrigatoriamente, tenha pertencido anteriormente ao patrimônio daquele que exige a restituição. Em outras palavras, deveria haver um empobrecimento de fato daquele que pode valer-se da pretensão do enriquecimento sem causa. Nada obstante, tendo em vista que a ação de *in rem verso* não tem por finalidade recompor o patrimônio do ofendido, e sim remover a parcela indevidamente locupletada do patrimônio do enriquecido, a teoria do deslocamento patrimonial unitário deve ser superada. Em suma, não há necessidade de deslocamento patrimonial direto entre duas pessoas, produzindo enriquecimento em uma e o correlativo empobrecimento em outra. Nas palavras de Giovanni Ettore Nanni:

O novo código Civil brasileiro não situa o empobrecimento como um requisito específico para a configuração do enriquecimento sem causa, condicionando-o à obtenção à custa de outrem. Esse termo, como visto, pode ou não, dependendo da circunstância, tipificar o empobrecimento sem prejuízo da pretensão citada.²²

Desse modo, caso o legislador tivesse optado por adotar a teoria do deslocamento patrimonial unitário, ocorreria uma verdadeira confusão entre as figuras jurídicas da restituição e da indenização, ocasionando uma lacuna do ordenamento jurídico para situações em que há apenas ingerência indevida de bens alheios, sem qualquer prejuízo por uso. Ocorre que, à pretensão ressarcitória é imprescindível o dano; enquanto ao enriquecimento sem causa, para os defensores de tal teoria, é condição *sine qua non* a perda patrimonial do titular dos bens. Ora, na intervenção sem alteração econômica do bem não há danos emergentes, nem sequer empobrecimento, há apenas acréscimos considerados indevidos porque, segundo a ordenação

²² NANNI, 2004, p. 250.

jurídica dos bens, estavam reservados a outro patrimônio.²³ Sendo assim, a expressão à custa de outrem, deve ser interpretada como sendo “a imputação que justifica que alguém tenha que restituir o enriquecimento que se gerou no seu patrimônio”, e não como um prejuízo.²⁴ Tal entendimento originou o Enunciado n. 35 da Jornada de Direito Civil em 2002, que dispõe, com clareza solar: “A expressão enriquecer à custa de outrem do art. 884 do novo Código Civil não significa, necessariamente, que deverá haver empobrecimento”.

Outro dispositivo da sistemática do enriquecimento sem causa que merece atenção é o artigo 886 do Código Civil: “Não caberá a restituição por enriquecimento, se a lei conferir ao lesado outros meios para se ressarcir do prejuízo sofrido”.

Em primeiro lugar, deve-se destacar que as expressões “lesado” e “prejuízo”, contidas no referido dispositivo legal, encaminham ao equivocado raciocínio de que a ação de enriquecimento possui natureza indenizatória, quando, de fato, trata-se de ação de restituição com requisitos distintos de uma ação que objetive o ressarcimento de danos.

Ultrapassada a inadequação terminológica do aludido dispositivo, cumpre mencionar que o artigo 886 atribui efeito subsidiário ao enriquecimento sem causa. A partir de uma interpretação literal do enunciado normativo, caso exista alguma outra via, solução ou remédio, prevista em lei, o titular do direito à restituição não poderá ingressar em juízo com uma ação de *in rem verso*.

Contudo, tal exegese não é a mais desejável para uma aplicação correta dos modelos do enriquecimento sem causa. Por conseguinte, deve-se realizar uma interpretação sistemática do referido artigo. Nas palavras de Philippe Drakidis,²⁵ a subsidiariedade exprime prudentemente uma medida de sabida precaução, de instituto de conservação do direito positivo. Essas ideias colocadas em prática são inspiradas em um método de “cartesianismo jurídico” e poderiam conduzir a cinco proposições: 1) se não existe nenhuma regra legal que governe a situação examinada, a ação de *in rem verso* pode e deve funcionar plenamente; 2) não se pode falar de ação de enriquecimento se há outra ação de direito comum disponível; 3) é necessário velar para que a ação de *in rem verso* não sirva de subversão a “afastar” as disposições imperativas e não mascare fraude à lei; 4) não deve ser exercida a ação de *in rem verso* se a ação de direito comum foi perdida por erro ou negligência imputáveis ao demandante; 5) excepcionalmente, por medida de equidade, se a ação de direito comum for ineficaz em consequência da insolvabilidade do devedor, a ação de *in rem verso* somente pode ser exercida se o enriquecido sem causa é um terceiro. Conclui

²³ NORONHA, 2007, p. 419.

²⁴ LEITÃO, 2005, p. 876.

²⁵ *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, La “subsidiarité”, caractere spécifique et international de l’action d’enrichissement sans cause, p. 613 *apud* NANNI, 2004, p. 271.

dizendo que nem a palavra “causa”, nem o termo “subsidiariedade” podem exprimir de uma maneira satisfatória essas ideias delicadas, mas justas: é necessário ter um entendimento sobre essas condições jurídicas procedendo-se da maneira mais analítica possível. Em suma, a finalidade da regra de subsidiariedade é evitar que o enriquecimento sem causa seja utilizado como “boia de salvação” para alguém que tinha à sua disposição outra ação, que se tornou inoperante por fato imputável àquela pessoa.²⁶

Nesse diapasão, é de suma importância a discussão sobre a correta aplicação da regra da subsidiariedade, principalmente para casos em que há o mister de cumular-se a pretensão indenizatória com a pretensão restitutória. Pelo ponto de vista da Análise Econômica do Direito, para situações em que os danos causados à vítima forem inferiores ao lucro obtido com ilícito e, concomitantemente, a lei não prever mecanismo que condene à restituição dos valores auferidos, ao ofensor “valeria a pena” a prática do ilícito. Isto porque o titular do direito somente poderia ajuizar ação indenizatória, com a possibilidade de reaver apenas o que efetivamente perdeu e razoavelmente deixou de lucrar. Todavia, os lucros que ultrapassassem os danos ficariam definitivamente com o demandado. Portanto, nas hipóteses em que simultaneamente surjam danos ao demandante e lucros decorrentes do ilícito em prol do demandado, será possível ao autor da ação eleger qual das pretensões exercitará. Em outros termos, poderá optar entre uma demanda que retire parcial ou totalmente os proveitos econômicos do ilícito (à maneira do *disgorgement*), em detrimento de uma reparação de danos, ou vice-versa. Ou, conforme a peculiaridade do caso, ao invés de pretender danos emergentes e lucros cessantes, poderá privilegiar a recuperação dos ganhos indevidos associados ao montante que o réu obteve do autor como resultado da prática do ilícito (algo semelhante aos *restitutionary damages*). Essa concorrência será casuisticamente solucionada ao tempo da propositura da demanda, conforme a percepção do autor de qual referencial será mais proveitoso. Somente será possível em uma mesma demanda se cogitar de cumulação entre reparação de danos e restituição de ganhos se fatos distintos se sobrepuserem no mesmo desdobramento causal, gerando consequências econômicas perfeitamente apartáveis. De fato, qualquer indevida cumulação entre pretensões compensatória e restitutória acabaria provocando o indesejável efeito de gerar um enriquecimento injustificado ao próprio demandante.

Explicadas as possibilidades de convivência entre a restituição e indenização, superação da teoria unitária de deslocamento patrimonial e correta leitura da regra

²⁶ CAMPOS, Diogo José Paredes Leite de. *A subsidiariedade da obrigação de restituir o enriquecimento* (1974), Coimbra: Almedina, 2003, p. 305 *apud* SAVI, 2012, p. 12.

de subsidiariedade, devemos abordar o tema do *quantum* a ser restituído pela ação de *in rem verso*.

Para Sílvio de Salvo Venosa,²⁷ o objeto de restituição pelo enriquecimento sem causa está sujeito à teoria do duplo limite, segundo a qual o parâmetro de aferição do valor a ser restituído será o menor entre o “enriquecimento” do ofensor e o “empobrecimento” do ofendido, por um lado não podendo ultrapassar o enriquecimento efetivo recebido pelo agente e, de outro, não devendo extrapolar o empobrecimento da vítima. Essa ideia de sopesamento de valores guarda relação íntima com a teoria unitária de deslocamento patrimonial: para situações em que o valor do empobrecimento do ofendido tenha sido igual a 0, o *quantum* restitutivo também será nulo. Os defensores do duplo limite fundamentam suas ideias em um princípio específico para a responsabilidade civil clássica, qual seja, o de que indenização não deve conduzir a um enriquecimento do lesado. Contudo, essa abordagem torna mais evidente a confusão entre os modelos do enriquecimento sem causa e responsabilidade civil. Assim, a aplicação da teoria do duplo limite, além de não encontrar respaldo na legislação brasileira, possui a mesma disfunção da teoria do deslocamento unitário, isto é, tornar impossível a utilização de uma pretensão restitutória como meio para remoção do lucro indevidamente obtido que superar os danos.

Para Sérgio Savi,²⁸ “a regra geral para a determinação do objeto da restituição será a utilização do enriquecimento patrimonial, do lucro de fato auferido, como premissa inicial do cálculo do montante a restituir. Verificado o enriquecimento patrimonial do interventor, o juiz deverá aferir o grau de contribuição de cada um dos partícipes da relação, titular do direito e interventor, no resultado final e, com base nisso, partilhar proporcionalmente o lucro obtido com a intervenção, respeitando-se, sempre a regra de que a restituição ao titular do direito jamais poderá ser inferior ao enriquecimento real do interventor. Todavia, quando restar comprovado nos autos que o interventor agiu de boa-fé, o objeto da restituição deverá limitar-se ao enriquecimento real (ou objetivo), ou seja, o preço de mercado do bem ou pelo seu uso. Corroboramos tal possibilidade, fazendo, contudo, uma ressalva. Partindo da milenar parêmia de que “a boa-fé se presume, a má-fé se prova”, não deve restar comprovado nos autos que o interventor agiu de boa-fé para que seja reduzido o montante a ser restituído ao enriquecimento real. A regra geral para o objeto da restituição deve ser o enriquecimento objetivo e, quando for possível comprovar que o interventor agiu com fundada crença de que estava atuando sobre bens alheios, é que se deve elevar a quantia ao ponto de atingir o valor do enriquecimento patrimonial (ou subjetivo).

²⁷ VENOSA, 2009, p. 1.

²⁸ SAVI, 2012, p. 146.

Aliás, podemos simplificar esse raciocínio retomando à lógica desenvolvida na Inglaterra nos últimos 50 anos. Pensemos no caso em que A se serve de um ativo de B sem, contudo, lhe causar qualquer prejuízo. Ilustrativamente, A se apropria da bicicleta de B, passeia com ela por uma manhã e depois a devolve nas mesmas condições em que saiu das mãos do proprietário. B não havia planejado utilizar a bicicleta naquela manhã e, portanto, não houve frustração de expectativas. Qual é a justificativa para a indenização? Para Charles Webb,²⁹ a) a primeira sugestão seria uma eventual condenação de natureza compensatória, pois a relevante perda financeira experimentada por B seria a chance de negociar um preço pela permissão do uso do bem por parte de A. Todavia, essa visão é francamente minoritária, pois uma indenização seria fixada independentemente do fato de B ter ou não a intenção de permitir o uso remunerado do bem e como consequência desse argumento, se de fato B não houvesse negociado um “preço de uso”, ele não sofreria qualquer prejuízo pela privação de uma oportunidade de barganha; b) uma outra alternativa seria a de perceber a indenização ainda como compensatória, mas não em virtude de qualquer perda econômica, porém pela pura ofensa a um direito de propriedade de B. O ilícito em face do inconstentido ingresso temporário na titularidade alheia por si só desencadearia uma indenização; c) a tendência contemporânea, contudo, é de perceber essa condenação não como compensatória de danos (sejam eles reais ou presumidos), porém o resultado de uma pretensão restituitória, destinada a remover os benefícios que o réu obteve em consequência do uso não autorizado da propriedade do demandante. Por qual razão o demandado deve restituir? Para alguns, pelo fato dos lucros terem por base um fato ilícito. Para outros pelo fato dos ganhos derivarem do uso de um ativo de titularidade alheia. Em qualquer caso, o desafio será o de explicar por qual razão a indenização não alcançará o total dos ganhos obtidos pelo réu. Com efeito, se o uso desautorizado da bicicleta de B permitiu a A comparecer a uma reunião que perderia caso não praticasse o ilícito – obtendo assim ganhos que não alcançaria de outra forma –, por qual razão terá apenas que pagar por um “preço razoável” pelo uso da bicicleta (*give back – restitutionary damages*), ao invés de devolver todos os lucros decorrentes do evento que participou (*give in – disgorgement*)? Uma resposta seria afirmar que a pretensão de B é restrita à ilícita transferência de valores relativa ao benefício pelo uso do seu ativo, sem alcançar ganhos adicionais que poderiam resultar daquela indevida apropriação. Porém, uma outra forma de raciocínio seria ponderar que a tese da “transferência de valores” não faz sentido pois o benefício que A obteve do uso da bicicleta não corresponde a nada que B tivesse previamente ou mesmo que pudesse ter! Por outro lado, alguém poderia simplesmente afirmar que B terá êxito em uma pretensão restituitória basicamente demonstrando que A

²⁹ WEBB, 2016, p. 142.

foi beneficiado por dirigir a bicicleta sem a permissão de B. O ganho de B seria justamente a projeção do ganho de A. Nesse exemplo, rejeitamos tal alcance a restituição.

De fato, assim como B não quer que A use a sua bicicleta ele também não aceita que A durma em sua cama, mesmo nas noites que B esteja fora de casa, sem que faça a mínima diferença que A, diligentemente, deixe o quarto mais arrumado do que estava antes. Se for dito que B não sofreu qualquer prejuízo material, a resposta será que nem todos os prejuízos serão de ordem patrimonial (no sentido de que uma pessoa pode dirigir a minha bicicleta ou dormir em minha cama, mesmo que isso não a deixe mais rica). É um erro, todavia, acreditar que tal conduta não me acarretou um prejuízo. Ou em outras palavras, se é realmente verdade que B jamais permitira que A utilizasse a sua bicicleta, mesmo que por qualquer dinheiro do mundo, a medida do meu prejuízo não seria “zero”, mas incalculavelmente alta. Nesses casos, exigir que o demandado apenas pague um preço razoável pelo uso inconstentido – na base do mercado –, deixaria o demandante radicalmente subcompensado. Em um giro de 180 graus, isso também não significa que a condenação tenha que ser elevada a ponto de corresponder a todos os ganhos que obteve. Enfim, em tais circunstâncias, uma regra que fixe a reparação no valor que razoavelmente seria cobrado naquele caso pelo réu, possa ser uma opção meritória.

Todavia, isso não quer dizer que existam outras situações em que será justo e adequado que o réu desista de seus ganhos ao invés de simplesmente ser condenado a um “preço” por um fictício acordo. Partindo da frugalidade do exemplo da bicicleta e pensando na propriedade de uma patente, marca ou direito autoral, se A utiliza o ativo intangível de B sabendo que o bem imaterial não lhe pertence, ou negligentemente não se importando se ele é ou não de titularidade alheia, pode então haver uma boa razão para B ajuizar uma demanda contra A com o objetivo de remoção total ou parcial de lucros decorrentes do uso inconstentido, para se assegurar que A não lucrará com a prática do ato ilícito e, também, para desencorajar outras pessoas que estariam propícias a praticar semelhante comportamento antijurídico. Porém, se restar comprovado que o uso não autorizado ocorreu sem culpa – talvez por uma confusão de uma pessoa diligente –, será mais adequado atribuir ao titular do bem uma espécie de taxa pela utilização do bem, apenas para assegurar que o seu direito não seja fragilizado por intervenções injustificadas.

Enfim, as soluções existem e demandam um esforço doutrinário apto à criação de parâmetros objetivos capazes de justificar em quais casos as indenizações serão fundadas em perdas patrimoniais do demandante, e em quais outras situações serão legitimamente explicadas com referência aos ganhos injustamente apropriados pelo demandado, seja pela via mais ampla do *disgorgement* dos lucros ou da escolha mais moderada de um valor relativo a uma hipotética barganha entre as partes. Só não é mais possível hipertrofiar a categoria do dano moral, mediante a indevida inserção

de tudo aquilo que não se saiba explicar, dentro do sensível campo dos interesses existenciais concretamente merecedores de tutela. A constante prática jurisprudencial de implícita ou tacitamente se qualificar como fator “anabolizante” do montante do dano extrapatrimonial, eventuais ganhos excessivos do réu ou a necessidade de puni-lo pelo comportamento ultrajante – ou seja, qualquer fator que não possa ser legitimado *a contrario sensu* no espaço dos danos patrimoniais – é um desserviço à ciência jurídica e especialmente ao princípio da segurança jurídica.

5 Conclusão

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. Esse esquema monolítico de reparação de danos é exclusivamente focado na fictícia restituição da vítima ao estado anterior a lesão, quando na verdade, o máximo que o direito pode fazer para, de alguma forma, resgatar o passado é transcender a epiderme do dano e alcançar o ilícito em si, seja para remover os ganhos indevidamente dele derivados ou, em situações excepcionais, punir comportamentos exemplarmente negativos.

Neste breve escrito, percebemos que há espaço para realizar no ordenamento jurídico brasileiro dois ajustes para não tornar lucrativa a prática do ilícito: (I) a readequação do remédio restitutivo para além dos confins do instituto do enriquecimento, convertendo-se em efetiva pretensão para o resgate do lucro ilícito; e (II) uma alteração na fisionomia sistemática da responsabilidade civil mirando o escopo preventivo-punitivo, especificamente para os casos em que é necessária uma alteração *in pejus* no patrimônio do responsável e não somente um retorno ao *status quo ante*.

Para advertir a sociedade sobre o desvalor de determinados comportamentos, a tendência contemporânea caminha no sentido de buscar soluções externas ao direito civil clássico como formas de prevenção geral de condutas antijurídicas. Nesse cenário, entram em cena os institutos de resgate do lucro ilícito e da pena civil. Esta se destaca pela finalidade punitiva primária e a natureza substancialmente penal, não obstante formalmente civil, independentemente da constatação da efetiva obtenção do lucro pelo agente no exercício de sua atividade. Nada obstante, os mecanismos restitutórios transcendem uma função compensatória própria da responsabilidade civil clássica sem, ao mesmo tempo, converterem-se em sanções punitivas. Assim, a função preventiva da responsabilidade civil pode materializar-se tanto por penas civis quanto por pretensões restitutórias, como regra de incentivo à reação aos ilícitos, superando o plano intersubjetivo da neutralização de danos para valorizar a função de desestímulo de comportamentos nocivos a toda a sociedade.³⁰

³⁰ ROSENVALD, 2014, p. 135.

Restitution of ill-gotten gains: is there room in Brazil for disgorgement?

Abstract: The purpose of this work is to propose a debate concerning the possibility of a third way on the roles of Brazilian torts law. An effective remedy of restitution for specific events, beyond punitive and compensatory Damages, regardless of any damage suffered by the victim. Firstly we approached the restitutionary mechanisms that exist in Common Law, such as disgorgement of profits and restitutionary damages. Afterwards, we analysed the devices that already occur in the Brazilian legal system. Finally, we reached the conclusion that there is room in the domestic system for an adjustment on the unjustified enrichment institute, so that it becomes a claim for effective restitution of unlawfully acquired profits. Additionally, there should be an alteration on the Brazilian civil liability system, aiming a preventive-punitive scope, specifically for scenarios that require not only bringing the perpetrator's patrimony back to his pre-tort condition, but also diminishing it.

Keywords: Civil liability; Unjustified enrichment; Restitution; Disgorgement of profits; Restitutionary damages.

Referências bibliográficas

- ANTUNES, Henrique Sousa. *Da inclusão do lucro ilícito e de efeitos punitivos entre as consequências a responsabilidade civil extracontratual: A sua legitimação pelo dano*. Wolters Kluwer Portugal, 2011.
- BIRKS, Peter. *Unjust enrichment*. Second Edition. Clarendon Law Series, 2002.
- BURROWS, Andrew. *The Law of restitution*. Third Edition, Oxford: Oxford University Press, 2011.
- EDELMAN, James. *Gain-Based Damages (Contract, Tort, Equity and Intellectual Property)*. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2002.
- LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *O enriquecimento sem causa no direito civil: estudo dogmático da configuração unitária do instituto, face à contraposição entre as diferentes categorias do enriquecimento sem causa*. Coimbra: Almedina, 2005.
- MANKIW, N. Gregory. *Princípios de Microeconomia*. Tradução da 5ª edição norte-americana. Cengage Learning, 2009.
- NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações: Fundamentos do direito das obrigações – Introdução à responsabilidade civil*. V.1. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- OLIVEIRA, Rodrigo Pereira Ribeiro de. *O caráter desestimulador do dano moral*. Belo Horizonte: Jornal Estado de Minas, 23 jul. 2012.
- ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: A reparação e a pena civil*. São Paulo: Atlas, 2014.
- SAVI, Sérgio. *Responsabilidade Civil e Enriquecimento Sem Causa: O lucro da intervenção*. São Paulo: Atlas, 2012.
- THE AMERICAN LAW INSTITUTE – Restatement of the Law, *Restitution and Unjust Enrichment (Third), tentative draft n° 4*, April 8, 2005.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. O enriquecimento sem causa no Novo Código Civil. *Jus Brasil*, 2009. Disponível em: <<http://jfms.jusbrasil.com.br/noticias/159512/o-enriquecimento-sem-causa-no-novo-codigo-civil>>. Último acesso em: 9 jan. 2017.

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

VIRGO, Graham. *The principles of the law of restitution*. Oxford: Oxford University Press, 2015.

WEBB, Charles. *Reason and Restitution: A Theory of Unjust Enrichment*. Oxford: Oxford University Press, 2016.

Jurisprudência consultada

STF – Supremo Tribunal Federal. AI 455.846, Rel. Min. Celso de Mello.

STJ – Superior Tribunal de Justiça. REsp 710.376/ RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, *DJe* 02.02.2010.

STJ – Superior Tribunal de Justiça. REsp 740.780-RS, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, julgado em 19.10.2006. *Informativo n. 301*.

STJ – Superior Tribunal de Justiça. REsp 959.780-ES, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 26.04.2011, *Informativo n. 470*.

STJ – Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.120.971-RJ. Rel. Min. Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 28.2.2012, *Informativo n. 492*.

STJ – Superior Tribunal de Justiça. REsp. 1.136.676/RS, Rel. Min. Nancy Andrigui, julgado em 17.06.2010, *Informativo n. 463*.

STJ – Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.185.943-RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 15.02.2011, *Informativo n. 463*.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

ROSENVALD, Nelson; KUPERMAN, Bernard Korman. Restituição de ganhos ilícitos: há espaço no Brasil para o *disgorgement*? *Revista Fórum de Direito Civil – RFDC*, Belo Horizonte, ano 6, n. 14, p. 11-31, jan./abr. 2017.

Recebido em: 02.03.2017

Aprovado em: 15.03.2017