
DO DEVER DE RESTITUIR O LUCRO DECORRENTE DA LESÃO A DIREITOS COLETIVOS

*THE DUTY TO RETURN THE PROFITS ARISING FROM A
VIOLATION TO COLLECTIVE RIGHTS*

João Marcelo Torres Chinelato

*Professor de Direito Processual Civil. Doutorando em Ciências jurídico-civis pela
Universidade de Lisboa. Procurador Federal*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A advocacia pública e os direitos coletivos; 2 O lucro obtido mediante danos coletivos; 3 *Punitive damages*; 4 O lucro injusto no direito norte-americano dos valores mobiliários; 5 Privação do lucro injusto pela doutrina do enriquecimento sem causa; 6 Conclusão; Referências.

RESUMO: Neste artigo defende-se que a devolução do lucro alcançado pela ofensa a direitos coletivos pode ser postulada em juízo. Uma das principais respostas que o direito brasileiro dá àquele que viola direitos coletivos é o dever de pagar indenização, medida requerida pelos poucos legitimados a deflagrar o processo coletivo, entre os quais ocupam posição de destaque os entes representados pela Advocacia-Geral da União. Contudo, como tais danos assumem quase sempre natureza extrapatrimonial, torna-se difícil encontrar o equilíbrio entre a justiça da indenização e sua capacidade de desestimular a conduta ilícita. A dificuldade também existe pela ausência de parâmetros objetivos para a quantificação do montante a ser pago. A solução do problema pode vir de balizas utilizadas pela jurisprudência norte-americana, que no sistema brasileiro poderiam encontrar sustentação no instituto do enriquecimento sem causa.

PALAVRAS-CHAVE: Danos Coletivos. Lucro Injusto. Responsabilidade Civil. Enriquecimento Sem Causa. Indenização.

ABSTRACT: In this article, it is argued that the return of the profits achieved by a violation to collective rights can be requested in court. One of the main responses that the Brazilian law gives to the party that violates collective rights is the duty to pay an indemnification, which measure is requested by the few parties with standing to file a class action, including those that occupy a prominent position, the parties represented by the Federal Attorney-General's Office. However, given the fact that said damages almost always affect spheres other than equity, it is difficult to find a balance between the fairness of the indemnification and its ability to discourage illegal acts. The difficulty also exists due to the lack of objective parameters to quantify the amount to be paid. The solution to the problem may lie with guidelines used by the North American case law, which could be substantiated, in the Brazilian law, by the concept of unjust enrichment.

KEYWORDS: Collective Damages. Unjust Profits. Civil Liability. Unjust Enrichment. Indemnification.

INTRODUÇÃO

O que se discute nesse artigo é se há fundamento para que o lucro, obtido a partir de lesões ao meio ambiente, à moralidade administrativa ou a quaisquer outros direitos coletivos *lato sensu*, seja retirado do agressor¹.

O chamado processo coletivo – procedimento especial destinado à tutela de direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos – tem se destacado como fundamental meio de defesa desses típicos direitos de terceira geração no sistema brasileiro e a Advocacia-Geral da União tem tido importante protagonismo nesse âmbito, precisamente por ser a representante judicial de alguns dos poucos legitimados a propor ações civis públicas e ações coletivas em geral (Lei n. 7.347/1985 art. 5º, III e IV; CDC, art. 82, II e III; Lei n. 8.429/92, art. 17 etc)².

Todavia, é possível perceber no contexto do processo coletivo alguma dúvida do Poder Judiciário sobre como responsabilizar civilmente o autor de danos à coletividade, precisamente porque uma parte dessas lesões ostenta natureza moral (ou extrapatrimonial).

O que se pretende neste artigo é contribuir para a elucidação dessa dúvida, sustentando que há fundamento no sistema brasileiro para que os lucros eventualmente alcançados pelo autor de danos coletivos sejam dele tomados.

Para isso, serão examinadas duas construções jurisprudenciais que em tese poderiam fundamentar a apropriação desse lucro injusto.

A primeira delas é a doutrina dos *punitive damages*, desenvolvida em países do *common law* e já apontada por muitos – a nosso ver equivocadamente – como compatível com o sistema brasileiro. Neste artigo, essa doutrina, que usa a indenização como punição, será rejeitada, entre várias razões porque, do ponto de vista teórico, não se encaixa em nosso modelo de responsabilidade civil, e, do ponto de vista prático, abre caminho para abusos judiciais.

A segunda via, por nós defendida, baseia-se na jurisprudência dos tribunais norte-americanos acerca do lucro auferido mediante fraudes operadas na bolsa de valores. Estudar-se-á o instituto do *disgorgement*, que, assim como o nosso enriquecimento sem causa, é um remédio restitutivo

1 O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (CF/88, artigo 225) é concebido pela doutrina como um “direito difuso”, titularizado por todos (MACHADO, 2007, p. 118), entendendo-se da mesma forma que “[a] probidade administrativa é consectário da moralidade administrativa, anseio popular e, a fortiori, difuso” (BRASIL, 2004).

2 Foi o que ocorreu, por exemplo, na ação em que a AGU cobrou uma milionária indenização dos responsáveis por danos ambientais causados à Mata Atlântica durante a construção da rodovia Transolímpica, sob a alegação de que essa obra “somente serviu para enriquecer alguns em detrimento da própria sociedade”. (BRASIL, 2017a).

preordenado, não a reparar o dano ou a compensar a vítima, mas a retirar das mãos do ofensor quaisquer frutos colhidos de sua ilicitude.

A obtenção de proveito econômico por meio de ofensa a direitos extrapatrimoniais tem preocupado a doutrina em escala mundial (BRÜGGEMEIER; CIACCHI, 2010, p. 318); e não poderia ser diferente, pois é claro que o sistema estará falhando se, no balanço contabilístico do ofensor, os ganhos com a ilicitude superarem a indenização paga.

1 A ADVOCACIA PÚBLICA E OS DIREITOS COLETIVOS

A tutela dos chamados direitos coletivos é promovida judicialmente por poucos legitimados, legalmente autorizados a defender em nome próprio interesses transindividuais, coletivos em sentido estrito ou individuais homogêneos, como, por exemplo, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, à ordem urbanística ou econômica, à honra e dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos e vários outros³.

Entre esses poucos legitimados está a Fazenda Pública⁴.

O protagonismo da Advocacia-Geral da União nesse campo tem sido grande, mas se há alguma direção a seguir seria a da intensificação, porque as políticas públicas federais que promovem direitos coletivos são imensas. Pense-se na intervenção econômica, na atuação das agências reguladoras, na preservação do patrimônio histórico, artístico, cultural e paisagístico.

No entanto, o microsistema do processo coletivo dá amparo não apenas para que a Advocacia-Geral da União amplie sua participação nas demandas coletivas, como também para que qualifique a jurisprudência produzida nesse âmbito. Este artigo tenta contribuir para isso, tratando do modo como a resposta judicial aos danos coletivos pode ser mais eficaz.

2 O LUCRO OBTIDO MEDIANTE DANOS COLETIVOS

Por mais controverso que seja, não se pode negar que a jurisprudência entende “ser possível, em tese, a configuração de dano extrapatrimonial coletivo, sempre que a lesão ou a ameaça de lesão levada a efeito pela

3 Na realidade, como se sabe, há controvérsia sobre a natureza jurídica dessa legitimidade. Nelson Nery sustenta tratar-se de legitimação autônoma (NERY JUNIOR, 2001). Hugo Nigro Mazzili identifica nesse caso uma hipótese de legitimidade extraordinária (MAZZILI, 2004, p. 62).

4 Várias normas atribuem essa legitimidade, sendo as mais importantes o art. 5º da Lei da Ação Civil Pública e Art. 82 do Código de Defesa do Consumidor.

parte demandada atingir, sobretudo, valores e interesses fundamentais do grupo”⁵. (BRASIL, 2015).

Assim, a degradação do meio ambiente, a veiculação de propaganda racista ou a lesão ao patrimônio histórico, por exemplo, podem gerar danos não patrimoniais coletivos e conseqüentemente o dever de indenizar.

Quanto aos danos não patrimoniais em geral, como se sabe, houve intensa discussão doutrinária sobre a sua ressarcibilidade, tendo em vista o problema da impossibilidade de avaliação econômica. A questão hoje encontra-se superada pela explicação de que a indenização nesses casos teria função compensatória ou satisfatória. Segundo essa doutrina, a finalidade da indenização por dano não patrimonial não seria a de reparar o dano – como ocorre nos direitos patrimoniais –, mas a de compensá-lo, apaziguando o sentimento do lesado⁶. (LIETÃO, 2010, p. 298).

Assim, os danos não patrimoniais são indenizáveis, mas a quantificação da indenização não obedece nesses casos a parâmetros específicos. Por isso, a jurisprudência afirma que, em lesões dessa natureza, “não há como se exigir que a parte indique um valor específico para indenização”⁷. (BRASIL, 2017b).

Não obstante esse bem formado quadro teórico, o modo como as coisas ocorrem na prática tem suscitado uma série de discussões. Para ficar em dois exemplos, citem-se situações ocorridas em Portugal e na Itália.

Já se afirmou na doutrina portuguesa, que, para além da perspectiva meramente compensatória, dever-se-ia levar em conta na fixação do montante indenizatório a necessidade de uma maior valorização da pessoa, não podendo a condenação “ser miserabilista, sob pena da própria dignidade humana se ver desvalorizada” (PORTUGAL, 2015). Em outro caso, afirmou-se que nos danos ocorridos na mídia dever-se-ia levar em conta o “poder económico do grupo onde se insira o meio de comunicação social, tiragens médias e difusão designadamente no meio social a que respeite o visado, e potenciais lucros obtidos com notícias desse tipo” (BRASIL, 2008).

Após emparelhar uma série de acórdãos nessa linha, Luís Vasconcelos Abreu chega a afirmar que os tribunais de Portugal, especialmente nos casos envolvendo a comunicação social, “manifestam sensibilidade e abertura para o problema das ofensas a direitos de personalidade” (ABREU, 2002, p. 474-475). De outro lado, há visões menos animadas, que consideram esses casos manifestações isoladas e que em geral as indenizações por ofensa aos direitos extrapatrimoniais são fixadas em valores ínfimos. Paula Meira Lourenço, após examinar diversos julgados, conclui que

5

6

7

toda a atual discussão sobre uma tutela realmente efetiva desses direitos persiste porque “a jurisprudência portuguesa continua a acusar alguma ‘miopia’ na avaliação dos danos não patrimoniais, atribuindo ao lesado quantias irrisórias”. (LOURENÇO, 2006, p. 386).

Em discussão semelhante, na Itália, a Lei n.º 349/1986, de 8 de Julho, no § 6º de seu artigo 18.º, relativa à responsabilidade civil por danos ambientais, previa a fixação da indenização por equidade, na impossibilidade de se quantificá-la no caso concreto, devendo-se levar em conta nessa hipótese o “lucro” obtido pelo transgressor em consequência do seu comportamento lesivo. Esse dispositivo acabou sendo revogado pelo Decreto Legislativo n. 153, de 3 de abril de 2006, a fim de ajustar-se à Diretiva 2004/35 do Parlamento Europeu e do Conselho, sobretudo com vistas à previsão do ressarcimento em forma específica.

Contudo, como enfatizou Salvatore Patti, o dispositivo casou perplexidade e dúvida na medida em que superava os tradicionais critérios de quantificação do montante indenizatório por responsabilidade civil. Esse autor chegou a defender que o instituto do ressarcimento do dano deveria ser revisto, a fim de se viabilizar uma maior prevenção e um controle mais eficaz dos ilícitos e abusos (PATTI, 2011, p. 297). No obstante, a Corte de Cassação italiana continua negando à indenização civil qualquer finalidade que não a reparatória ou compensatória, aduzindo que o direito ao ressarcimento do dano decorrente da ofensa a direitos subjetivos não ostenta finalidades punitivas (ITÁLIA, 2008, 2015).

Como se vê, é no mínimo problemática a pretensão de usar a responsabilidade civil como meio de privar o ofensor do lucro obtido a partir da infração. Alguns desenvolvimentos teóricos, porém, têm se movido nessa direção.

3 PUNITIVE DAMAGES

Para superar a alegada insuficiência do uso reparatório e compensatório da responsabilidade civil, importantes autores defendem um modelo semelhante ao que nos sistemas inglês e norte-americano se designa como *punitive damages*. É o caso, por exemplo, de Carlos Alberto Bittar (1999, p. 232-233) e Sérgio Cavalieri (2010, p. 98).

Os *punitive damages* têm como base a ideia de que a indenização judicial também teria uma função de pena privada (BUSNELLI; PATTI, 2013, p. 99), almejando-se com isso a superação do princípio segundo o qual o montante do ressarcimento não pode ultrapassar o dano efetivamente suportado (PATTI, 2011, p. 295-301). O que se defende nesse âmbito é que, quando a responsabilidade civil decorre de atos culposos, o agente atua

de modo evidentemente reprovável, devendo-se dar ao fato uma resposta punitiva e capaz de atuar também na *prevenção* da prática.

Ocorre que essa doutrina, que originou-se na Inglaterra e estendeu-se para os Estados Unidos, ganhou neste último país uma aplicação abrangente demais (CHAPMAN; TREBILCOCK, 1989, p. 827): no final do século XIX, os tribunais americanos passaram a impor os danos punitivos não apenas às condutas dolosas, mas também àquelas realizadas com negligência grosseira (*gross negligence*), ganhando especial destaque nos casos de acidentes de trabalho, de viação e de negligência médica (*medical malpractice*) (LOURENÇO, 2006, p. 170); e, além disso, os punitive damages passaram a ser aplicados a alguns casos de responsabilidade objetiva (*vicarious liability*), como, por exemplo, na responsabilização dos empregadores por atos dolosos dos empregados, assim como para condenar o produtor por produtos defeituosos (*products strict liability*) (PONZANELLI, 1983, 435-487).

Sobretudo em virtude desse alargamento, o instituto recebe severas críticas e tem importantes opositores até mesmo dentro da doutrina norte-americana. Reunindo essas críticas, a doutrina especializada no tema enumera as seguintes: I) confusão entre os escopos do Direito Civil e do Direito Penal; II) enriquecimento injustificado do lesado e aumento da litigância; III) arbitrariedade do montante indenizatório e, uma vez que os tribunais imputam o dever de indenizar às pessoas coletivas, com os custos econômicos para acionistas e para a sociedade, pelo reflexo das condenações no preço dos bens comercializados (LOURENÇO, 2006, p. 184-189);

De fato, não parece que os *punitive damages* sejam adaptáveis a sistemas jurídicos como o brasileiro, que limitam a responsabilidade civil à *reparação do dano*⁸ e a restituição por enriquecimento sem causa ao “indevidamente auferido”⁹.

É verdade que renomada doutrina aponta na responsabilização civil, também, a função de punir o agente (PEREIRA, 2012, 413-414).

Ocorre que, como sustentam não menos importantes autores, não parece que haja aí uma adesão à doutrina dos *punitive damages*, com todas as consequências que isso implicaria. O que os civilistas que reconhecem uma dimensão punitiva na responsabilidade civil descrevem é apenas um

8 No Brasil, o art. 927 do Código Civil Brasileiro prevê: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”(BRASIL, 2002); Art. 1382 do Código Civil Francês: “Tout fait quelconque de l’homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer”; Art. 2.043 do Código Civil Italiano: “Qualunque fatto doloso o colposo che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno” (FRANÇA, 1804).

9 Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido [...]. (BRASIL, 2002).

reflexo que decorre da reparação civil. Essa é a percepção, em Portugal, de Pereira Coelho, para quem as alegadas funções preventiva e punitiva da responsabilidade civil são na realidade “momentos sancionatórios e preventivos” e constituem “simples efeitos úteis da obrigação de indemnizar, estruturada esta de acordo com o seu fim reparador” (SACCO, 1959, p. 31). De fato, o caráter punitivo da indenização civil, a que alude a doutrina alguma jurisprudência, não é mais do que um reflexo da reparação.

Isso está bem longe de corresponder à ideia dos *punitive damages*, segundo a qual o montante indenizatório ultrapassa a reparação do dano ou a compensação da vítima e é *umentado* como castigo.

Também é razoável pensar que a aplicação dos *punitive damages*, em sistemas como o brasileiro, implicaria a abertura de uma porta para a imposição de penas, ainda que privadas, contra réus que não terão no sistema de responsabilidade civil – aberto por exemplo à responsabilidade objetiva e a presunções legais – os mesmos meios de defesa disponibilizados pelo sistema processual penal.

Além disso, não se deve desconsiderar o perigo dos abusos: as atividades empresarial e jornalística também têm proteção constitucional e podem ser inviabilizadas pela imposição de indenizações sem limite.

Por essas razões, a doutrina dos *punitive damages* não parece ser um caminho adequado, sobretudo pela ausência de objetividade. Em outras latitudes, porém, têm-se apresentados importantes orientações que, sem os mesmos déficits, permitem atingir o lucro auferido à custa de uma coletividade.

4 O LUCRO INJUSTO NO DIREITO NORTE-AMERICANO DOS VALORES MOBILIÁRIOS

A construção jurisprudencial norte-americana a propósito do lucro feito por fraudes na bolsa de valores pode orientar soluções para o problema dos danos extrapatrimoniais coletivos, inclusive no sistema brasileiro, como se verá abaixo.

Nos Estados Unidos, o *Securities Exchange Act of 1934*, legislação reguladora do mercado de valores mobiliários, autoriza a *Securities and Exchange Commission* (Comissão de Valores Mobiliários ou simplesmente “SEC”), a postular a recuperação do proveito econômico obtido por ilícitos cometidos no bolsa de valores e outros meios de negociação de títulos¹⁰.

10 No Securities Exchange Act of 1934, §§ 78u-2(e), lê-se: “(e) Authority to enter order requiring accounting and disgorgement In any proceeding in which the Commission or the appropriate regulatory agency may impose a penalty under this section, the Commission or the appropriate regulatory agency may enter an order requiring accounting and disgorgement, including reasonable interest. The Commission is authorized

Essa apropriação dos lucros auferidos pelo infrator é feita pelo instituto do *disgorgement*, cujo objetivo é privar o ofensor dos lucros adquiridos por meio da ofensa (AMENDOLA, 2016).

A lesão a investidores é um dano patrimonial, mas o doutrinador português Pedro Paes de Vasconcelos, em obra acerca dos direitos de personalidade, sustenta que a natureza extrapatrimonial dos direitos conferidos à pessoa não seria problema para que algo semelhante ao *disgorgement* fosse feito no sistema português, pela via do instituto do enriquecimento sem causa (VASCONCELOS, 2014, p. 148-150).

De fato, assim como ocorre em relação à figura do instituto do enriquecimento sem causa, o *disgorgement* é um remédio restitutivo, cujo propósito é remover do patrimônio do enriquecido a porção de riqueza conquistada à custa do empobrecimento (ou da lesão) do empobrecido.

Acerca do *disgorgement*, a jurisprudência norte-americana orienta-se a partir de uma premissa muito clara: não é possível que, mesmo após a vítima recuperar as suas perdas, o agressor permaneça em uma posição melhor da que estava antes da ilicitude.

Assim, o *disgorgement* não é um meio de compensação da vítima.

Nesse sentido, a Suprema Corte de New Jersey, em *County of Essex v. First Union National Bank*, afirmou que as razões que dão base ao *disgorgement* não estão relacionadas com o fato da vítima sofrer danos, mas com o mal de que o transgressor retenha qualquer um dos frutos obtidos com a ilicitude¹¹. Reforçando essa ideia, em *Warren v. Century Bankcorporation*, a Suprema Corte de Oklahoma aduziu que o *disgorgement*, “em vez de compensar a vítima”, destina-se a “privar o transgressor de todos os ganhos decorrentes do seu erro”¹².

to adopt rules, regulations, and orders concerning payments to investors, rates of interest, periods of accrual, and such other matters as it deems appropriate to implement this subsection.”.

11 *County of Essex v. First Union Natl Bank*, 186 N.J. 46, 61 (2006). O trecho da decisão em que essa ideia se contém é o seguinte: “The Bank official’s unlawful conduct entitled the County to disgorgement of the total fees received by the Bank on each of those transactions. It was error for the trial court to limit disgorgement to the 1989B Bond Transaction and not to permit the jury to award the fees on the other two bond transactions. Further, we disagree with the Bank’s assertion that the County waived its claim for disgorgement on the first two bond transactions. Although the County acknowledged it suffered no damages on those transactions, it still sought to recover under a disgorgement theory. As noted, the reasons for disgorgement are not related to whether the County suffered damages. It is the evil of the wrongdoer retaining any of the fruits of its wrongful conduct that grounds the claim. As a matter of law, the County was entitled to recover the fees paid to the Bank on each of the bond transactions.”.

12 *Warren v. Century Bankcorporation, Inc.*, 741 P.2d 846, 852 (Okla. 1987). Confira-se o seguinte trecho do precedente: “The remedy in restitution rests on the ancient principles of disgorgement. Beneath the cloak of restitution lies the dagger that compels the conscious wrongdoer to “disgorge” his gains. Disgorgement is designed to deprive the wrongdoer of all gains flowing from the wrong rather than to compensate the victim of the fraud.”

De outro lado, é intuitivo que o cálculo desses lucros não é simples e pode resultar em uma condenação desproporcional. Sensível ao problema, a jurisprudência norte-americana criou parâmetros para evitar isso.

Nessa linha, entende-se que somente os lucros que tiverem *relação causal* com o ilícito é que devem ser objeto de *disgorgement*. Os tribunais apontam como fundamento para esse limite o fato de que esse remédio *não tem caráter punitivo*.

Nesse sentido, afirmou-se em *S.E.C v. First City Financial Corp., LTD* (EUA, 1989) que o *disgorgement* serve para evitar o enriquecimento injusto, não podendo ser utilizado como punição. Também em *Securities and Exchange Commission v. Blatt*¹³, afirmou-se que por meio do *disgorgement* não se busca punir o agente, sendo essa razão pela qual o dever de restituição se estende apenas à parcela do lucro relacionada ao ilícito.

Dessa maneira, no cálculo a SEC deve fazer distinção entre lucros legalmente e ilegalmente obtidos. Para isso, é imprescindível determinar o nexo de causalidade entre os lucros tomados pelos infratores e o ilícito¹⁴.

É verdade que essa conta não será sempre fácil. Por essa razão, os tribunais preconizam que não há necessidade de precisão na definição da quantia a ser restituída: basta uma “aproximação razoável” dos lucros que teriam sido efetivamente realizados¹⁵. E, ainda, podem-se observar alguns critérios importantes. Por exemplo, na prática da fraude a títulos, usualmente a SEC quantifica o valor a ser restituído com base na comparação entre o preço anterior do título e preço alcançado após a prática ilícita¹⁶. Complementando essa orientação, em diversos precedentes entende-se que, se a SEC consegue demonstrar essa aproximação razoável, transfere-se para o ofensor o ônus de demonstrar que a quantia requerida a título

13 EUA, *Securities and Exchange Commission v. Blatt*. 583 F.2d 1325 (5th Cir. 1978). Nas palavras do tribunal: “Disgorgement is remedial and not punitive. The court’s power to order disgorgement extends only to the amount with interest by which the defendant profited from his wrongdoing. Any further sum would constitute a penalty assessment.”.

14 Destaque-se nesse sentido o seguinte trecho da decisão proferida pela Court of Appeals de Columbia no já citado *S.E.C. V. First City Financial Corp., LTD*: “Since disgorgement primarily serves to prevent unjust enrichment, the court may exercise its equitable power only over property causally related to the wrongdoing. The remedy may well be a key to the SEC’s efforts to deter others from violating the securities laws, but disgorgement may not be used punitively.”

15 “[D]isgorgement need only be a reasonable approximation of profits causally connected to the violation” (*SEC v. First City Fin. Corp.*, 890 F.2d 1215, 1231 (D. C. Cir. 1989).

16 Nesse sentido: “[...] a typical SEC disgorgement case related to securities trading, in which the SEC is able to base disgorgement on the price of a security at two distinct points in time and set the disgorgement on the unjust enrichment of that change in a securities price between those two temporal points [...]” (Weiss, 2009, p. 509).

disgorgement não corresponde à realidade. Cabe ao réu provar a ausência do nexo de causalidade.

A propósito, em *SEC v. CMKM Diamonds, inc*, ao apreciar um questionamento ao cálculo oferecido pela SEC, o tribunal afirmou que o réu teria falhado em demonstrar a “irrazoabilidade do pedido de *disgorgement*”, não se desincumbindo assim do ônus de provar que o pedido contra si formulado era excessivo¹⁷.

Embora não haja no Brasil uma legislação e uma orientação jurisprudencial semelhante à que se vê nos Estados Unidos, parece sustentável que o instituto do enriquecimento sem causa possa dar fundamento à apropriação do lucro injusto no caso de danos coletivos.

5 PRIVAÇÃO DO LUCRO INJUSTO PELA DOUTRINA DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA

No contexto brasileiro, a apropriação dos lucros obtidos em razão de danos coletivos poderia encontrar sustentação no instituto do enriquecimento sem causa, previsto, no Brasil, no artigo 884 do Código Civil: “Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários”.

A ideia de que esse remédio restitutivo seria aplicável com esse fim é defendida pelos professores portugueses Pedro Pais de Vasconcelos (2014, p. 150), Capelo de Sousa (1995, p. 340), Paulo Mota Pinto (1993, p. 582) e, na Itália, por Paolo Gallo (1996, p. 57).

Essa tese, no entanto, enfrenta algumas dificuldades. A primeira delas é a questão da deslocação patrimonial.

Para diversos autores, a configuração do instituto do enriquecimento sem causa pressupõe um enriquecimento e um correlativo empobrecimento¹⁸. Esse seria um problema para a tese apresentada neste artigo, pois nos danos coletivos não há propriamente um empobrecimento dos lesados.

17 *SEC v. CMKM Diamonds, inc*. United States Court of Appeals, Ninth Circuit. 729 F. 3d 1248 (9th Cir. 2013). O trecho em que essas ideias aparecem é o seguinte: “But Dvorak did not indicate how the facts contained in his bank account records and deposition transcript would demonstrate the unreasonableness of the SEC’s *disgorgement* request. Nor did Dvorak provide any explanation for why he was unable to produce his own bank account records and exhibits he produced at his deposition to oppose the SEC’s request for *disgorgement*. Therefore, Dvorak failed to meet his burden of showing that the *disgorgement* figure was not a reasonable approximation of his illegal profits.”.

18 Diz o autor no texto: “Il presente problema non ha nulla a vedere con la materia dell’arricchimento senza causa. L’arricchimento senza causa presuppone l’incremento patrimoniale di un soggetto, e il correlativo depauperamento del controinteressato; presuppone dunque il danno (nel senso di depauperamento) del soggetto”. (SACCO, 1959, p. 33).

Contornando essa objeção, Paolo Gallo nega que a lesão patrimonial seja requisito do enriquecimento sem causa. Baseando-se na doutrina alemã e em autores do *common law*, Gallo demonstra que essas orientações distinguem o comportamento lesivo das consequências de caráter patrimonial que podem derivar da violação. Nessa linha, a configuração do enriquecimento sem causa depende, sim, da ocorrência de dano, mas esse dano não precisaria ser necessariamente patrimonial, bastando que o agente obtenha proveito econômico por meio da lesão a direitos ou a situações protegidas¹⁹. Aderindo a esse entendimento, a doutrina que trata do tema afirma que, nas hipóteses de intervenção em direitos de outrem, é muito frequente que o ganho resultante desse ato apareça no patrimônio do enriquecido sem antes ter existido no patrimônio do empobrecido (LEITÃO, 2004, p. 34-35).

A segunda dificuldade na aplicação do enriquecimento sem causa como meio de se atingir o lucro injusto seria a identificação do montante a restituir.

Essa é uma preocupação séria porque é comum afirmar-se na jurisprudência que a fixação de indenizações não pode acabar provocando um “enriquecimento sem causa do lesado”²⁰. Tal ideia é usada, em geral, para justificar-se o diminuto valor atribuído às indenizações fundadas em danos extrapatrimoniais.

Ocorre que essa argumentação pode sofrer inúmeras objeções.

Deve-se esclarecer que a restituição do lucro injusto não significa excesso, especialmente quando se usa o critério da jurisprudência norteamericana da causalidade desse lucro: não se trata de devolver todo o proveito econômico auferido pelo causador do dano, mas apenas a parcela causalmente relacionada à lesão. Em sentido semelhante, defende-se em doutrina que “[o] enriquecido terá de restituir ao credor aquela parte do enriquecimento que seja imputável economicamente aos bens jurídicos alheios” (CAMPOS, 1974, p. 484).

O limite fixado por essa interessante orientação parte da ideia de que os lucros obtidos não são feitos tão somente pela usurpação ilícita do direito do lesado, mas também por fatores técnicos, produtivos e criativos titularizados pelo lesante (LEITÃO, 1974, p. 696).

19 Tradução livre de: “Presupposto essenziale dell’azione di arricchimento non è infatti tanto il danno, ma piuttosto l’esistenza di un profitto conseguente la lesione dell’altrui diritto o situazione protetta”. (SACCO, 1959, p. 34-35).

20 Entre centenas de decisões, confira-se o REsp 1635646, Relator Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, 3ª Turma, julgado em 12.12.2017, DJe 18.12.2017. (BRASIL, 2017c).

Por fim, um último esclarecimento: a aplicação do enriquecimento sem causa como meio impedir a lucratividade ilícita pode gerar dúvida nos casos em que, embora gravíssima, a lesão produz lucro baixo ou zero.

De fato, quando alguém auferir proveito econômico de lesões a direitos, duas situações podem ocorrer: o lucro pode superar a lesão; ou a lesão pode superar o lucro.

Tocando no tema, Paolo Gallo faz a seguinte diferença: na hipótese em que o enriquecimento do agente superar o dano, a responsabilidade civil poderá apresentar-se como uma resposta jurídica incapaz de dissuadir a repetição da conduta ilícita. Nesse caso, teria lugar o enriquecimento sem causa, impondo-se “ao enriquecido uma obrigação restitutória integral do enriquecimento obtido mediante fato injusto” (GALLO, 1996, p. 56-57).

De outro lado, no caso de lucro inferior ao dano, em vez de utilizar a via do enriquecimento sem causa, o autor da ação coletiva poderia invocar o regime da responsabilidade civil por danos extrapatrimoniais, nos termos da jurisprudência do STJ: “[a] quantificação do dano extrapatrimonial deve levar em consideração parâmetros como a capacidade econômica dos ofensores, as condições pessoais das vítimas e o caráter pedagógico sancionatório da indenização” (BRASIL, 2017d).

Em conclusão, o que se nota é que, assim como a jurisprudência norteamericana construída a partir da legislação que estabeleceu o remédio do *disgorgement*, também há relevante doutrina se encaminhando no sentido de defender a apropriação do lucro injusto, desde que a restituição se limite ao montante diretamente causado pelo ilícito.

6 CONCLUSÃO

O chamado microssistema do processo coletivo²¹ conferiu aos entes representados pela advocacia pública o importante poder de deflagrar um especial procedimento judicial preordenado à defesa de direitos que quase sempre se originam de importantíssimas políticas públicas.

A ofensa a direitos coletivos não pode ter o efeito de uma mera admoestação. O processo coletivo deve ser capaz de dissuadir a conduta ilícita e servir de exemplo para outros potenciais infratores.

De outro lado, as grandes corporações, as empresas jornalísticas e outros importantes agentes econômicos que afetam de uma ou outra forma esses direitos também têm sua atividade protegida em plano

21 Reconhecido inclusive no plano jurisprudencial: “A lei de improbidade administrativa, juntamente com a lei de ação civil pública, da ação popular, do mandado de segurança coletivo, do Código de Defesa do Consumidor e do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Idoso, compõem um microssistema de tutela dos interesses transindividuais e sob esse enfoque interdisciplinar interpenetram-se e subsidiam-se [...]” (BRASIL, 2004b).

constitucional, não podendo ser inviabilizados por uma responsabilização judicial inconsequente ou abusiva.

Nessa direção, a resposta do Estado a danos causados à coletividade deve ser proporcional, significando isso a colocação de duas balizas: ao Poder Público é imposta tanto a “proibição do excesso” como também a “proibição de proteção insuficiente” (PULIDO, 2007, p. 826-827).

É nessa perspectiva que a advocacia pública deve propor o modelo de responsabilização civil por danos coletivos: fazendo com que o infrator seja impedido de retirar qualquer proveito econômico dessas lesões, o que pode fundamentar-se pelo instituto do enriquecimento sem causa; e dando parâmetros para essa responsabilização esteja isenta de arbitrariedades judiciais.

REFERÊNCIAS

ABREU, L. V. A violação de direitos de personalidade pela comunicação e as funções da responsabilidade civil. Recentes desenvolvimentos jurisprudenciais. Uma breve comparação Luso-Alemã. In: *Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*. Coimbra: Almedina, v. 2, 2002.

AMENDOLA, F. C. et al. 69A. *American Jurisprudence: Securities Regulation—Federal*, 2016.

BRASIL. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 16 abr. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *REsp 510.150/MA*.

Primeira Turma. Recorrente: José Câmara Ferreira. Recorrido: Ministério Público do Estado do Maranhão. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 17 fev. 2004a. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 16 abr. 2018.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. Danos Ambientais: AGU cobra R\$ 152 milhões de responsáveis pela obra Transolímpica. *AGU*, 15 set. 2017. Disponível em: <www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/602799>. Acesso em: 19 jan. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial. *AgRg no REsp 1.644.564/MS*. Sexta Turma. Relatora: Min. Maria Thereza De Assis Moura. Brasília, 18 maio 2017b. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 16 abr. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *REsp 1635646/RJ*. Terceira Turma. Recorrente: Renato Constandt Terra. Recorrido: Gilton Andrade Santos. Relator: Min. Paulo De Tarso Sanseverino. Brasília, 12 dez. 2017c.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *REsp 1652588/SP*. Terceira Turma. Recorrente: Luciano Ribeiro Faccioli, Patrícia Maldonado Aricó, Rádio e Televisão Bandeirantes LTDA. Recorrido: Iara Ramires da Silva de Castro, Roberta Vicente Sanches de Castro. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, 26 set. 2017d. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 16 abr. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *Proc. 081824*. Relator: Min. Mário Cruz. Brasília, 10 jul. 2008. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 16 abr. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *REsp 1315822/RJ*. Terceira Turma. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze. Brasília, 24 mar. 2015. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 16 abr. 2018.

BRÜGGEMEIER, G.; CIACCHI, A. C.; O'CALLAGHAN, P. *Personality Rights in European Tort Law (The Common Core of European Private Law)*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

BUSNELLI, F.; PATTI, S. *Danno e responsabilità civile*. II. ed. Local: Torino, 2013.

BUSTO LAGO, J. M.; PEÑA LÓPEZ, F. Enriquecimiento injusto y responsabilidade civil extracontratual. In: *Anuario Da Faculdade De Derecho*, 1997, Coruña, Universidade da Coruña, 1997.

CAMPOS, D. J. P. L. *A subsidiariedade da obrigação de restituir o enriquecimento*. Almedina (Coimbra): Impreta, 1974. p. 484.

CHAPMAN, B. Trebilcock; Michael J. Punitive Damages: Divergence in Search of a Rationale. *Alabama Law Review*, v. 40, p. 827, 1989.

DINIZ, M. H. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil*. v. 7, 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. S.E.C v. First City Financial Corp., LTD et. al Appellants. 890 F.2d 1215 (D.C. Circ. 1989), 1-12-1989.

GALLO, Paolo. *Pene private e responsabilità civile*. Milano: Giuffrè Editore, 1996.

ITÁLIA Cass. n. 15814/2008

ITÁLIA Cass. n. 12717/2015.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações*. 9. ed. Coimbra: Almedina, v. 1, p. 298, 2010.

- LEITÃO, L. M. T. M. *O enriquecimento sem causa no direito civil*. Almedina. Coimbra: Almedina, 2002. p. 696.
- LOURENÇO, P. M. *A função punitiva da responsabilidade civil*. Coimbra: Coimbra, 2006.
- MACHADO, P. A. *Direito Ambiental Brasileiro*. 15. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.
- MAZZILI, Hugo Nigro. *A defesa dos Interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos*. 17. ed. São Paulo: RT, 2004.
- NERY JUNIOR, N. A ação civil pública. *Revista Justitia*. São Paulo: Atlas, v. 45, 2001.
- PATTI, S. Il risarcimento del danno e il concetto di prevenzione. *Rivista Del Diritto Commerciale e Del Diritto Generale delle Obligazioni*. Piccin Nuova Libreria SPA, n. 3, parte 2, p. 295-301, 2011.
- PINTO, P. M. O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada. *Boletim da Faculdade de Direito*. Coimbra: Universidade de Coimbra, v. 69, 1993.
- PONZANELLI, G. *I Punitive Damages Nell'esperienza Nordamericana*. RDC, anno XXIX, parte prima, 1983.
- PORTUGAL. Tribunal da Relação de Évora. *Proc. 372/07.6TACTX*. Relator: Carlos Jorge Berguete. Évora. Disponível em: <www.dgsi.pt>. Acesso em: 16 abr 2018.
- PULIDO, C. B. *O Princípio da Proporcionalidade na Legislação Penal, A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- SACCO, R. *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto: contributo alla teoria della responsabilità extracontrattuale*. Torino, 1959.
- SOUSA, R. C. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra, 1995.
- VASCONCELOS, P. P. *Direito de Personalidade*. Coimbra: Almedina, reimpressão da edição de novembro de 2006, 2014.
- WEISS, D. C. The Foreign Corrupt Practices Act, SEC Disgorgement of Profits, and the Evolving International Bribery Regime: Weighing Proportionality, Retribution, and Deterrence. *Michigan Journal of International Law*, v. 30, p. 471, 2009. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1319814>>. Acesso em: 16 abr. 2018.