Considerações sobre o lucro da intervenção: uma análise a partir do caso da atriz Giovanna Antonelli (STJ, REsp. 1698701/RJ)

Considerations on the profit of intervention: an analysis from the case of actress Giovanna Antonelli (STJ, REsp. 1698701/RJ)

Sabrina Jiukoski da Silva*

REFERÊNCIA
SILVA, Sabrina Jiukoski da. Considerações sobre o lucro da intervenção: uma análise a partir do caso da atriz Giovanna Antonelli (STJ, REsp. 1698701/RJ). *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 45, p. 213-245, abr. 2021. DOI: https://doi.org/10.22456/0104-6594.108856.

RESUMO
O escopo central do presente estudo consiste em identificar o fundamento técnico e os possíveis critérios quantitativos do lucro da intervenção no direito brasileiro. A estratégia metodológica traçada é o estudo de caso e o recorte analítico dá-se a partir do caso da atriz Giovanna Antonelli (REsp 1698701/RJ). Os argumentos traçados pelo Superior Tribunal de Justiça são cotejados a partir das propostas de enquadramento dogmático do lucro da intervenção na disciplina da responsabilidade civil ou na disciplina da vedação ao enriquecimento sem causa. Conclui-se, ao final, que o lucro da intervenção é modalidade de enriquecimento sem causa, mas só será restituído nos casos de má-fé do agente interventor e na proporção na imputação econômica de todos os fatos que contribuíram para a obtenção destes lucros. Ademais, ressalta-se a necessidade da adoção de novos critérios quantitativos.

PALAVRAS-CHAVE
Lucro da intervenção. Enriquecimento sem causa. Critérios quantitativos.

ABSTRACT
The central scope of this study is to identify the dogmatic framing and the quantitative criteria of the profit of intervention in Brazilian law. The methodological strategy applied is the case study and the analytical approach is the case of the actress Giovanna Antonelli (REsp 1698701/RJ). The arguments used by the Brazilian Superior Court of Justice are analyzed from the proposals of dogmatic framing of the profit of intervention in the discipline of civil liability or in the discipline of the prohibition to unjustified enrichment. It is possible to conclude that the profit of intervention is a modality of unjustified enrichment, being only refunded in cases of bad faith of the agent and in proportion to the economic imputation of all the facts that contributed to the achievement of these profits. Furthermore, it emphasizes the need of the adoption of new quantitative criteria.

KEYWORDS
Profit of intervention. Unjustified enrichment. Quantitative criteria.

SUMÁRIO
1. Introdução. 2. O caso da atriz Giovanna Antonelli. 3. As perspectivas dogmáticas do lucro da intervenção à luz da doutrina nacional. 4. Análise da fundamentação do acórdão. 4.1. O enquadramento do lucro da intervenção no Brasil e a possibilidade de cumulação das pretensões. 4.2. Quando e em que medida o lucro da intervenção deve ser restituído ao titular do direito? 4.3. Do enquadramento dogmático do cachê como enriquecimento. 5. Conclusão. Referências. Dados da publicação.

* Doutoranda e mestra em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Pós-graduada em Direito Processual Civil pela Faculdade Cesusc. Bolsista CNPq.

1 INTRODUÇÃO

Os lucros auferidos a partir de um ato de intervenção (uso, consumo, exploração etc.) não autorizado em um direito subjetivo alheio vêm sendo denominados de lucro da intervenção. Trata-se, pois, dos incrementos patrimoniais líquidos auferidos pelo agente interventor[1] e que, no entender deste trabalho, escapam da concepção clássica de enriquecimento tradicionalmente tutelada pelo enriquecimento sem causa no Brasil.

Para melhor compreender o que é o lucro da intervenção e sua diferença em relação à concepção clássica de enriquecimento, imagine-se, por exemplo, que uma empresa usa, sem autorização, a imagem de uma atriz global em uma campanha publicitária para divulgação de um cosmético. Agindo assim, a empresa acaba poupando os custos de transação e de produção e os valores que seriam estabelecimentos contratualmente para o uso da imagem da atriz (cachê). Tal poupança está enquadrada na concepção clássica de enriquecimento no direito brasileiro. Mas a empresa também acaba obtendo lucros (líquidos) ao vincular a imagem da atriz ao produto objeto da campanha publicitária, podendo, até mesmo, ultrapassar metas de vendas a partir da influência da atriz. Tais lucros se enquadram no conceito de lucro da intervenção reconhecido, pouco tempo atrás, na doutrina civilista nacional.

Mas a quem pertence o lucro da intervenção? À empresa, que empregou seus esforços e seu dinheiro na produção do cosmético e da campanha publicitária, ou à atriz, dado que sem sua imagem provavelmente as vendas do produto não chegariam a patamares elevados? Qual regime jurídico é aplicado nos casos de lucro da intervenção?

A doutrina civilista nacional firmou-se no sentido de reconhecer a pretensão do titular do direito de exigir os lucros da intervenção, mas diverge quanto ao fundamento dogmático desta pretensão e em que medida estes lucros devem ser transferidos ao titular do direito violado. Em essência, é possível identificar três diferentes posições doutrinária sobre o enquadramento do lucro da intervenção em um dos institutos do Direito Obrigacional: (i) aqueles que defendem seu enquadramento no instituto do enriquecimento sem causa (sendo a corrente apontada neste estudo como majoritária); (ii) outros que advogam que a solução do problema se dá pela aplicação dos princípios da responsabilidade civil; e (iii) aqueles que entendem pela impossibilidade de uma abordagem unitária do lucro da intervenção. A tarefa

[1] Diz-se líquidos, pois "interessa apurar a renda líquida, pelo que é preciso deduzir dos acréscimos patrimoniais as despesas que hajam sido necessárias para a obtenção do ganho efetivo" (NORONHA, 1991, p. 65).

torna-se ainda mais complexa ao examinar as possibilidades de quantificação destes lucros, existindo alguns possíveis e comuns parâmetros para quantificação desse numerário.

Tais linhas teóricas representam o nítido empenho da doutrina civilista em traçar a solução mais adequada ao lucro da intervenção, mas a complexidade e o desconhecimento do tema por grande parte da comunidade jurídica demonstram que o ordenamento jurídico nacional ainda tem uma longa estrada a ser trilhada. Além disso, a primeira manifestação do Superior Tribunal de Justiça (STJ) ocorreu tão somente no final do ano 2018 (REsp n. 1698701/RJ), através do caso da atriz Giovanna Antonelli, que viu sua imagem e seu nome utilizados sem autorização em uma campanha publicitária do produto *Detox,* comercializado pela empresa Dermo Formulações Farmácia de Manipulação Ltda (BRASIL, 2018).

O cerne da controvérsia circundava a possibilidade de restituição dos lucros da intervenção e sua quantificação, bem como de cumulação da pretensão com eventuais indenizações decorrentes de danos oriundos do ato de intervenção, já que a atriz também requereu indenização decorrente de danos patrimoniais e extrapatrimoniais.

Nesse contexto, como forma de contribuir para os debates doutrinários sobre o lucro da intervenção no direito pátrio, este artigo objetiva definir o arranjo dogmático e os possíveis critérios quantitativos do lucro da intervenção a partir do método do estudo de caso, adotando-se como fio condutor o caso da atriz Giovanna Antonelli. Acredita-se, pois, que a abordagem da temática a partir de uma determinada casuística é um inteligente procedimento metodológico, uma vez que possibilita realizar uma abordagem crítica sobre a recente decisão judicial e integrada à construção doutrinária, possibilitando a indicação de pontos relevantes, equívocos, acertos ou possíveis caminhos alternativos (PINTO JÚNIOR, 2018).

Para tanto, a primeira seção é destinada à apresentação do caso; a segunda à identificação do reconhecimento do lucro da intervenção na doutrina nacional e seus desdobramentos dogmáticos; a terceira ao cotejo dos argumentos da Corte Superior, de sorte a indicar as questões sensíveis que circundam a problemática, considerando três pontos relevantes: o enquadramento dogmático do lucro da intervenção no direito brasileiro e a possibilidade da cumulação das pretensões restituitória e indenizatória; os parâmetros quantitativos para restituição desses lucros; e o enquadramento dogmático dos valores pagos à atriz a título de cachê. Ao final, serão tecidas as considerações finais e conclusivas.

2 O CASO DA ATRIZ GIOVANNA ANTONELLI

Diante da exploração não autorizada de sua imagem e de seu nome em uma campanha publicitária do produto *Detox* (composto concentrado em cápsulas com promessa de emagrecimento rápido e eficaz), a atriz Giovanna Antonelli ajuizou ação requerendo a compensação dos danos patrimoniais e extrapatrimoniais sofridos, bem como a restituição dos lucros da intervenção auferidos pela Dermo Formulações Farmácia de Manipulação Ltda.

A atriz sustentou que o uso sem consentimento de sua imagem e de seu nome no intuito de promover a comercialização de um produto é prática ilícita e faz nascer a pretensão indenizatória, diante dos danos suportados: (i) danos patrimoniais, traduzidos nos valores que seriam estabelecidos contratualmente como contraprestação pecuniária pela realização do trabalho (cachê), apontando como parâmetros o tempo de exibição na propaganda e os valores cobrados pela atriz em trabalhos semelhantes; e (ii) danos extrapatrimoniais, oriundos da própria ilicitude do ato na medida em que afetou sua personalidade e denegriu sua imagem frente ao público (dado que na campanha a atriz aparecia aprovando a eficácia do produto).

Além disso, a atriz alegou que a hipótese também dá causa à pretensão aos lucros auferidos pela empresa no período que sua imagem e seu nome permaneceram vinculados ao produto, requerendo a restituição do lucro da intervenção. Por fim, pediu a retratação pública justificando que seus fãs deveriam ter conhecimento da ausência de seu consentimento.

A demanda foi julgada parcialmente procedente em primeiro grau. A magistrada *a quo* reconheceu que a uso da imagem e do nome da atriz em anúncio com fins lucrativos e sem a expressa autorização da titular dos direitos é prática ilícita, condenando a empresa interventora a indenizar os danos patrimoniais (com base no valor que normalmente seria acordado pelas partes para realização do trabalho publicitário, a ser apurado em sede de liquidação de sentença) e os danos extrapatrimoniais, estes *in re ipsa* com fulcro na súmula n. 403 do STJ[2] e fixados em R$ 30.000,00 (trinta mil reais). Ainda reconheceu a necessidade de ampla retratação pública, condenando a empresa interventora a publicar uma nota esclarecedora em um jornal de grande circulação dos Estados do Rio de Janeiro e de São Paulo, mas deixou de acolher a pretensão autoral ao lucro da intervenção, sob o fundamento de que a procedência dos demais pedidos conferia à parte a reparação integral dos prejuízos[3].

[2] Segundo a súmula nº 403/STJ: "Independe de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais."
[3] Anota-se que a empresa interventora foi considerada revel.

A decisão de primeiro grau acabou sendo reformada por unanimidade de votos dos integrantes da Décima Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJ/RJ). Os desembargadores concluíram que inexistia dúvida em relação à conduta praticada pela empresa interventora, porquanto promoveu o uso indevido da imagem e do nome da autora sem qualquer autorização expressa e auferiu lucros, fato que foge à matriz indenizatória e se caracteriza enriquecimento sem causa. O Tribunal, assim, entendeu que a empresa interventora deveria restituir à atriz o lucro da intervenção.

À luz do desembargador relator Fernando Fernandy Fernandes, é possível condenar a empresa interventora a restituir os lucros da intervenção com fulcro na matriz do enriquecimento sem causa, como se infere no trecho:

> Efetivamente, entendo que a apelante tem razão em buscar o *quantum* equivalente ao enriquecimento sem causa, ou o lucro da intervenção, obtido pela Ré, que, certamente, não alcançaria o mesmo volume de venda do seu produto sem o uso da imagem da Autora.
> Ora, o direito brasileiro condena o enriquecimento sem causa, o que não poderia ser diferente sob pena de se estimular a intervenção ilícita na esfera de direitos de outrem. Fato é que a simples indenização por danos materiais e morais, quando o lucro do ato ilícito é muito maior do que a soma daqueles dois, revela-se compensadora para o ofensor que violou a esfera de direitos de outrem sem, é claro, sua autorização. A justiça não pode compactuar com esse tipo de procedimento, respaldando o enriquecimento sem causa e, por isso, cabe ao ofendido a plena restituição financeira decorrente de tal ilicitude.
> No caso dos autos, verifica-se que, como bem argumenta a recorrente, há de se restituir à autora – que teve o seu direito à imagem lesionado pela ré – todos os benefícios de ordem patrimonial que foram auferidos indevidamente pela recorrida considerando que, sem a associação do produto à figura da atriz em tela, seus lucros decerto não atingiriam o mesmo patamar que alcançaram (BRASIL, 2016)[4].

Conquanto o reconhecimento do dever de restituir o lucro da intervenção, o Tribunal vinculou a pretensão ao percentual de 5% (cinco por cento) do volume de vendas do produto *Detox* a ser apurado em liquidação de sentença a partir de dois parâmetros: (i) o período em que a campanha permaneceu vinculada à atriz; e (ii) o preço de comercialização do produto (preço de saída da mercadoria da fábrica, descontados os custos para a sua produção).

A atriz interpôs recurso especial e, em suas razões, defendeu que os valores a serem restituídos a título de lucro da intervenção não poderiam ser arbitrados aleatoriamente, como ocorreu no acórdão recorrido (não há, entre os fundamentos da decisão, justificativa para a fixação do percentual de 5% dos lucros auferidos pela interventora), sustentando que o objeto da restituição deveria ser todo o lucro obtido pela farmacêutica a partir do ato de intervenção.

[4] O Tribunal também entendeu pela majoração dos valores fixados a título danos extrapatrimoniais, que passou de R$ 30.000,00 (trinta mil reais) para R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) (BRASIL, 2016).

Considerando os argumentos do recurso, a Corte Cidadã passou a apreciar a possibilidade de restituição dos lucros da intervenção e de cumulação das pretensões, além de reforçar o entendimento assentado em relação à existência de danos patrimoniais e extrapatrimoniais a partir do uso indevido da imagem alheia.

O voto da lavra do ministro relator Ricardo Villas Bôas Cueva considerou, em primeiro lugar, que o uso não autorizado da imagem de pessoa com fins comerciais dá ensejo ao dever de reparar danos patrimoniais e extrapatrimoniais (súmula n. 403/STJ), sendo no último caso a obrigação decorre do próprio uso indevido do direito personalíssimo, não sendo necessária a demonstração do efetivo prejuízo. Após o inicial recorte, o ministro relator passou a analisar a pretensão ao lucro da intervenção e seu lugar do direito brasileiro, pois, como salientado no voto, ao contrário do entendimento de parte da doutrina e do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, "há quem defenda que a solução do problema se dá pela aplicação dos princípios gerais de responsabilidade civil" (BRASIL, 2018).

Nesse contexto, o ministro concluiu que a inclusão da pretensão na matriz da responsabilidade civil conflita com o princípio da reparação integral dos prejuízos (art. 944 do CC/2002[5]), mas, por outro lado, o enriquecimento sem causa tem a função específica de remover um enriquecimento auferido à custa de outrem e sem causa, onde se encaixam os lucros obtidos a partir de uma intervenção dos direitos alheios (BRASIL, 2018).

A Corte Superior reconheceu a possibilidade de restituição dos lucros da intervenção à luz do enriquecimento sem causa (art. 884 do CC/2002[6]) e entendeu que tal dever de restituir "surge não só como forma de preservar a livre disposição de direitos [...], mas também de inibir a prática de atos contrários ao ordenamento jurídico naquelas hipóteses em que a reparação dos danos causados, ainda que integral, não se mostra adequada a tal propósito.". Quer dizer, a hipótese "atua como meio dissuasório nos casos em que a usurpação de direitos torna-se lucrativa ou mais vantajosa para o usurpador" (BRASIL, 2018)[7].

[5] "Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano."

[6] "Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários. Parágrafo único. Se o enriquecimento tiver por objeto coisa determinada, quem a recebeu é obrigado a restituí-la, e, se a coisa não mais subsistir, a restituição se fará pelo valor do bem na época em que foi exigido."

[7] O ministro relator ainda salientou que "ao mesmo tempo em que se reconhece o direito da autora com fundamento no enriquecimento sem causa, alerta-se para o fato de que pretensões dessa natureza devem estar embasadas em robusta prova de que a intervenção indevida no direito alheio gerou lucros ao interventor, não se admitindo que esteja amparado em meras conjecturas." (BRASIL, 2018)

Ao tratar da possibilidade de cumulação das pretensões restituitória e indenizatória, diante do caráter subsidiário do enriquecimento sem causa (art. 886 do CC/2002[8]), o ministro relator ponderou que tal dogma não impede que se promova a cumulação das pretensões no caso de intervenção nos direitos subjetivos alheios, conforme as conclusões do trecho:

> Pelos fundamentos apresentados, chega-se à conclusão de que a conjugação dos dois institutos, na espécie, em que se busca a reparação dos danos morais e patrimoniais pelo uso não autorizado da imagem de pessoa para fins comerciais, além da restituição do que o réu lucrou ao associar a imagem da autora ao produto por ele comercializado, é plenamente admitida, não sendo obstada pela subsidiariedade da ação de enriquecimento sem causa.
> Isso porque a responsabilidade civil não tutela nada além dos prejuízos efetivamente sofridos pela vítima do evento danoso, enquanto o enriquecimento ilícito se encarrega apenas de devolver o lucro obtido em decorrência da indevida intervenção no direito de imagem de outrem ao seu verdadeiro titular (BRASIL, 2018).

Em que pese a confirmação da possibilidade de restituição do lucro da intervenção, a Corte Superior reformou a decisão do Tribunal Estadual no que tange aos valores a serem restituídos, sob o fundamento de que "não é razoável deixar ao arbítrio do julgador a fixação de um percentual aleatório a título de lucro da intervenção, mesmo porque tal providência, na espécie, escapa às regras de experiência comum do magistrado", tampouco restituir ao titular do direito todos os lucros auferidos pelo interventor (BRASIL, 2018).

O ministro relator considerou que o objeto de restituição será o lucro indevidamente auferido à custa de outrem, mas não se pode desconsiderar o mérito do agente interventor. Assim, entendeu que o grau de culpabilidade do agente interventor, o levantamento de todos custos de produção, o incremento das vendas durante o período em que se deu a intervenção (no caso, a campanha publicitária) são parâmetros a serem observados no cálculo do lucro da intervenção, a ser realizado em liquidação de sentença (BRASIL, 2018).

Para a Corte Cidadã, estas diretrizes possibilitam a distribuição proporcional à contribuição de cada partícipe da relação jurídica (titular do direito e agente interventor), pois o entendimento firmado é de que se deve "preservar a livre disposição de direitos e de inibir a prática de atos contrários ao ordenamento jurídico" (BRASIL, 2018).

[8] "Art. 886. Não caberá a restituição por enriquecimento, se a lei conferir ao lesado outros meios para se ressarcir do prejuízo sofrido."

3 AS PERSPECTIVAS DOGMÁTICAS DO LUCRO DA INTERVENÇÃO À LUZ DA DOUTRINA NACIONAL

A doutrina civilista nacional, após os estudos desenvolvidos por Sérgio Savi, publicados no ano de 2012, despertou-se para o problema que envolve o lucro da intervenção e os desdobramentos da tutela dos direitos subjetivos no Brasil. Apesar das diferentes linhas teóricas desenvolvidas a partir de então, pode-se dizer que o elo comum doutrinário é de que o titular do direito violado tem a pretensão de exigir os lucros que o interventor obteve a partir do uso, consumo, fruição ou alienação[9] do direito absoluto que lhe pertence, como são a propriedade, a imagem, o nome, a marca etc. Restando sobre a temática o questionamento: com qual fundamento e em que medida o lucro da intervenção deve ser transferido para o patrimônio do titular do direito violado?

Na tentativa de responder ao questionamento, Savi (2012, p. 8), a partir de uma forte influência portuguesa, em especial de Pereira Coelho, considerou que o ato de intervir em um direito alheio pode resultar três situações diversas: (i) o agente pode intervir em direitos alheios auferindo lucros e causando danos ao titular destes direitos, porém estes lucros são iguais ou inferiores aos danos causados; (ii) a intervenção pode gerar tanto um lucro quanto um dano, só que agora a vantagem patrimonial excede o dano causado; ou (iii) a intervenção pode não causar um dano ao titular do direito, apenas um enriquecimento ao agente.

Se os lucros do interventor são iguais ou inferiores aos danos causados ao titular do direito, considera Savi, que o instituto da responsabilidade civil resolveria a problemática e seria apto a promover a transferência dos lucros da intervenção (SAVI, 2012, p. 16).

A ilustrar, imagine-se que um determinado grupo de amigos resolveu utilizar um galpão alheio para promover uma festa de final de ano, cobrando de cada convidado um valor *x* para entrar no evento, além da consumação no local. Ao final da festividade, este grupo de amigos percebeu que obteve certa vantagem com o evento, porém o galpão ficou deteriorado e estes lucros não seriam suficientes para cobrir o prejuízo gerado ao proprietário deste imóvel, além do próprio aluguel do espaço[10]. Os lucros auferidos pelos agentes interventores, que cientemente violaram direito alheio, foram inferiores aos danos causados ao proprietário do

[9] As hipóteses elencadas não são as únicas formas possíveis de intervenções em bens ou direitos alheios, porém, como lembra o autor português Pereira Coelho, "é sobretudo aí que a intervenção traz ao interventor uma vantagem patrimonial" (PEREIRA COELHO, 1970, p. 5).

[10] Exemplo extraído, com pequenas alterações, de Konder (2017, p. 234). Destaca-se que os valores a serem despendidos com o aluguel do galpão compreendem o método clássico de quantificação do enriquecimento.

imóvel e o enriquecimento dos primeiros estaria coberto pelo dano do segundo. Nessa hipótese, os pressupostos da responsabilidade civil estão preenchidos[11] e os interventores serão obrigados a indenizar os danos ocasionados ao patrimônio da vítima e a remoção dos lucros da intervenção dar-se-á, como sustenta Pereira Coelho (1970, p. 8), de forma indireta segundo as regras da responsabilidade civil, recompondo o equilíbrio rompido.

Na hipótese narrada, a aplicação da responsabilidade civil para devolução dos lucros é considerada um reflexo natural do instituto, e assim não haveria motivo para o ordenamento jurídico nacional se preocupar com existência do lucro da intervenção.

Para Savi (2012, p. 17), o lucro da intervenção "será retirado do patrimônio do interventor como uma consequência indireta do pagamento da indenização ao titular do direito, fundada na responsabilidade civil". Igualmente, Kroetz (2005, p. 162) defende que "o ressarcimento do dano acaba por absorver o eventual lucro obtido, que não era um verdadeiro lucro, mas um acréscimo patrimonial temporário que viria a ser absorvido pela necessidade de ressarcimento dos danos gerados para a sua obtenção", e Konder (2017, p. 243) dispõe que "ainda que se possa verificar a ocorrência de um lucro da intervenção, esse será integralmente consumidor pela indenização, já que superado pela extensão do dano.".

Se a intervenção não causar danos ao titular do direito ou, causando danos, os lucros do interventor são superiores aos danos causados ao lesado, continua Savi (2012, p. 16-17), o direito brasileiro apresenta uma certa lacuna em relação ao lucro da intervenção.

Três hipóteses são levantadas pelo autor para contornar tais dificuldades de enquadramento do lucro da intervenção no direito brasileiro. As duas primeiras vinculadas à responsabilidade civil, ou seja, "admitir uma nova forma de cálculo da indenização, que leve em consideração os lucros obtidos pelo ofensor" ou então "aceitar a chamada 'indenização punitiva', que utiliza o grau de culpa do ofensor e os benefícios econômicos por ele auferidos para determinar o valor a ser 'indenizado'" (SAVI, 2012, p. 21).

A terceira estratégia, defendida ao final por Savi (2012, p. 121), diz respeito a possibilidade de aderir as fontes germânicas no que tange ao enriquecimento sem causa, enquadrando o lucro da intervenção no instituto. Além disso, possibilitar a cumulação das pretensões restituitória e indenizatória quando a intervenção causar vantagens patrimoniais ao interventor e danos ao titular do direito, dado que "o titular do direito poderá cumular a

[11] Em síntese, os pressupostos da responsabilidade civil são: o ato antijurídico, o dano e a existência do nexo de causalidade entre o ato e o evento danoso. Nos casos de responsabilidade civil subjetiva, é necessário ainda a comprovação de um quarto pressuposto: a culpa.

pretensão de enriquecimento sem causa com a pretensão da responsabilidade civil. O que ele não poderá fazer é pedir duas vezes a mesma quantia, uma vez a título de dano sofrido e outra de enriquecimento obtido pelo autor da lesão".

O despertar doutrinário sobre o lucro da intervenção no Brasil chega, portanto, à gênese histórica do instituto do enriquecimento sem causa no direito alemão, que, alguns anos após a entrada em vigor do Código Civil alemão em 1900 (*Bürgerliches Gesetzbuch* – BGB) e da positivação da cláusula geral de enriquecimento sem causa (§ 812[12]), traçava soluções para as hipóteses de intervenção nos direitos alheios.

O primeiro doutrinador alemão que reconheceu a hipótese de obtenção de lucros a partir de um ato de intervenção foi Fritz Schulz em 1909. O autor ao analisar a cláusula geral contida no § 812 do BGB, e principalmente a expressão à sua custa (*auf dessen Kosten),* defendeu que nas bases do instituto do enriquecimento sem causa não está um princípio geral do direito com fulcro na equidade ou até mesmo o deslocamento patrimonial, mas sim a ilicitude da conduta contrária ao ordenamento jurídico[13]. Na visão de Schulz, ninguém deve obter uma vantagem através de uma intervenção ilícita num direito alheio, sendo necessária a devolução ao titular do direito de tudo aquilo que o interventor adquiriu ilicitamente, incluindo o enriquecimento e o lucro da intervenção (MENEZES LEITÃO, 2005, p. 392).

Mas a doutrina de Fritz Schulz, apesar de ser considerada um marco, recebeu inúmeras críticas e a Alemanha por muitos anos, como ensina Zimmermann (1985, p. 11), permaneceu sem uma abordagem clara e uniforme ao problema sobre o enriquecimento sem causa, com destaque à aplicação dos requisitos às suas custas (*auf dessen Kosten)* e sem fundamento jurídico (*ohne rechtlichen Grund*) contidos na cláusula geral.

Somente em 1934 através dos ensaios de Walter Wilburg e, posteriormente, de Ernst von Caemmerer em 1954, uma resposta uniforme sobre o enriquecimento sem causa e a possível restituição do lucro da intervenção ocorreu no país (ZIMMERMANN, 1985, p. 11).

---

[12] "§ 812. (1) Wer durch die Leistung eines anderen oder in sonstiger Weise auf dessen Kosten etwas ohne rechtlichen Grund erlangt, ist ihm zur Herausgabe verpflichtet. Diese erpflichtung besteht auch dann, wenn der rechtliche Grund später wegfällt oder der mit einer Leistung nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts bezweckte Erfolg nicht eintritt." Tradução livre: "Quem pela prestação de outra pessoa, ou por qualquer outro modo às suas custas, obter para si alguma coisa, sem fundamento jurídico, estará obrigado, para com este, à restituição. Esta obrigação existe ainda quando o fundamento jurídico mais tarde vier a faltar, ou quando, com uma prestação, não se realizar o resultado visado de acordo com o conteúdo do negócio."

[13] A ideia de descolamento patrimonial tem suas raízes na doutrina pandectística, iniciada com os estudos de Savigny, que, antes do Código Civil alemão, buscava consolidar um instituto do enriquecimento sem causa. Para maiores esclarecimentos, Zimmermann (1985, p. 7-8).

A nova doutrina reconhecia que existem diversas formas de enriquecimento (aqui empregado em sentido amplo) e, assim, inexiste uma única resposta válida a todos os casos que se materializam sem causa jurídica (VON CAEMMERER, 1966, p. 576). Por tal razão e voltando-se ao estudo das diferenças das *condictiones* romanas, os autores propuseram a divisão da cláusula geral de enriquecimento sem causa alemã de acordo com a origem do enriquecimento e atribuíram especial papel à *condictio* por intervenção (*Eingriffskondiktion*) (VON CAEMMERER, 1966, p. 578; ZIMMERMANN, 1985, p. 12; ZIMMERMANN, 1995, p. 418), na qual se insere o lucro da intervenção e sua possível restituição.

Ao analisar a *condictio* por intervenção, Zimmermann (1995, p. 418) explica que os ordenamentos jurídicos atribuem determinadas posições jurídica a uma pessoa específica e estas posições se constituem absolutas (direito de propriedade, direitos autorais, direitos de patente, direito à imagem, direito ao nome, etc.). Logo, somente ao proprietário cabe usar e desfrutar de seus direitos absolutos, e se um sujeito intervém, sem qualquer autorização, em um direito alheio e obtém uma vantagem econômica, pode o titular do direito violado reivindicar esta vantagem através da *Eingriffskondiktion.*

Em outras palavras, tal concepção se distancia do fundamento da ilicitude de Schulz e se alicerça no conteúdo de destinação (*Zuweisungsgehalt*), dado que a pretensão restituitória nasce a partir da proteção dos direitos absolutos de acordo com a destinação conferida por cada ordenamento jurídico e, via reflexa, atua na exclusão de possíveis intervenção.

A prima facie, o enriquecimento sem causa, na subdivisão da *condictio* por intervenção, seria capaz de restituir o enriquecimento (clássico) e o lucro da intervenção, mas as conclusões dos autores eram diversas. Wilburg entendia que o objeto a ser restituído era amplo, englobado o enriquecimento e o lucro da intervenção (o enriquecimento patrimonial), e von Caemmerer, por sua vez, entendia que a *condictio* por intervenção possuía o condão de restituir tão somente o enriquecimento (enriquecimento real)[14].

Na visão de Wilburg, o fim econômico da propriedade ultrapassa o poder direto e imediato sobre a coisa e, portanto, cabe ao interventor restituir as vantagens auferidas que tenham ligação direta e econômica com o direito violado. Para a verificação desta ligação econômica, o autor ainda defendia a ponderação de todos os fatores que contribuíram para a

[14] É importante esclarecer que a doutrina alemã não faz uma diferenciação entre enriquecimento clássico e lucro da intervenção. Para os alemães, o lucro da intervenção é o produto da *condictio* por intervenção e engloba toda a vantagem econômica auferida pelo interventor, seja derivada do uso ou consumo daquele direito (enriquecimento), seja proveniente dos frutos auferidos a partir do emprego daquele direito (lucros da intervenção). Todavia, diante da tradição nacional, optou-se pela utilização das duas expressões separadamente.

obtenção da vantagem econômica. Principalmente no caso do lucro da intervenção, pois uma parcela do lucro não advém do direito violado propriamente dito, mas sim dos demais fatores do processo de sua obtenção (trabalho, dinheiro, iniciativa ou tempo empregado pelo interventor etc.). Pois, somente assim, se estaria garantindo a adequada remuneração do fator alheio empregado (VIEIRA GOMES, 1998, p. 190-191).

Von Caemmerer (1966, p. 580), por outro lado, defendia que o ato de intervenção não pode fundamentar uma pretensão que vá além da destinação do direito absoluto, cabendo ao interventor restituir ao titular do direito o valor que normalmente pagaria se tivesse acordado para usar, consumidor ou dispor do objeto da intervenção. Em outras palavras, o autor exclui do objeto restituitório o lucro da intervenção[15].

Sob tais perspectivas e considerando os desdobramentos portugueses sobre uma possível adoção das subdivisões do enriquecimento sem causa e as disposições legislativas nacionais, Savi (2012, p. 94) considerou que "quando o interventor lucrar com a ingerência não autorizada nos bens ou direitos alheios, o titular do direito terá uma pretensão de enriquecimento sem causa, fundada na cláusula geral do art. 884 do Código Civil, para obrigar o interventor a entregar-lhe a vantagem patrimonial assim obtida".

Corroborando Thiago Lins (2016, p. 76) sustenta que cabe ao enriquecimento sem causa a remoção do lucro da intervenção, dado que é função precípua do instituto remover o enriquecimento. Anderson Schreiber e Rodrigo da Guia Silva (2018, p. 192), no mesmo sentido, dispõem que o lucro da intervenção é "modalidade de enriquecimento sem causa, caracterizada pela exploração não autorizada de bem ou direito alheio".

Além disso, dá análise da literatura nacional pretérita a Savi, é possível encontrar valiosas reflexões sobre o lucro da intervenção. Fernando Noronha (1991), Maria Candida Kroetz (2005), Cláudio Michelon Júnior (2007) e Lucas Hildebrand (2010) já haviam se manifestado sobre o tema, o consideraram como hipótese de enriquecimento sem causa.

Nelson Rosenvald (2013, p. 101), por outro lado, é contrário ao enquadramento do lucro da intervenção na matriz do enriquecimento se causa e, em seus primeiros escritos sobre o tema, reconheceu a possibilidade do resgate do lucro da intervenção segundo os princípios gerais da responsabilidade civil, como se infere:

[15] Von Caemmerer considera que, em caso de dolo do interventor, não cabe ao enriquecimento sem causa tutelar essa relação de intervenção, mas sim ao instituto da gestão imprópria de negócios, que impõe a restituição dos lucros da intervenção com base em um caráter sancionatório, ou ainda, nos casos de culpa em domínio da proteção dos bens imateriais, em que cabe, segundo o autor, a restituição de todos as vantagens econômicas auferidas (VON CAEMMERER, 1966, p. 193).

> A fixação da indenização no dano patrimonial obedece à regra inscrita no artigo 944, *caput*, do Código Civil, cujo parâmetro é a extensão do dano. Assim, a indenização não pode ser fixada em valor superior à extensão do dano patrimonial sofrido pelo ofendido, sob pena de caracterizar locupletamento indevido. Isto equivale a afirmar que a indenização do dano patrimonial não constitui penalidade ao ofensor, mas está ligada aos efeitos decorrentes do dano. Porém, se para suprirmos esta lacuna legislativa recorremos à pena civil, o resultado da aplicação da função punitiva será a criação de uma espécie de "responsabilidade civil sem dano", tendo em consideração que no momento da aplicação da pena o sistema jurídico apenas observa a esfera jurídica do lesante e o lucro por ele obtido com a sua conduta ilícita (ROSENVALD, 2013, p. 101).

É no trato dos direitos imateriais que autor sustenta seu entendimento, principalmente na desmaterialização da atividade econômica, que vem determinando cada vez mais a insuficiência do remédio compensatório para sancionar adequadamente o ato ilícito.

Para Rosenvald (2013, p. 102), a melhor saída para o problema do lucro da intervenção era a aplicação de uma pena civil que em nada conflitaria o próprio instituto do enriquecimento sem causa, pois aquela cuidaria de prevenir a adoção de determinados comportamentos antissociais e punir os agentes interventores e este tem como escopo impedir o enriquecimento injustificado, sem um caráter preventivo-punitivo. Mas recentemente, a partir de um estudo de direito comparado, Rosenvald presentou novos trabalhos sobre o problema do lucro da intervenção e propôs uma espécie de responsabilidade civil pelo ilícito lucrativo (ROSENVALD; KUPERMAN, 2017; ROSENVALD, 2019).

Partindo da leitura da figura do *disgorgement* e da *gain-base damages* na *Common law*, o autor considera que a ampliação da teoria da responsabilidade civil extracontratual é uma alternativa à adoção da teoria alemã desenvolvida por Wilburg e von Caemmerer, pois, na sua visão, o enriquecimento sem causa é setor independente do ato ilícito e possui função tão somente reintegradora, além de que deve ser ativado apenas em caráter residual, servindo como uma cláusula de fechamento (ROSENVALD, 2019, p. 337 e 336)[16].

A restituição dos lucros ilícitos é uma possível consequência do ato ilícito e, por assim ser, deve se impor como opção remedial no interno da responsabilidade civil. Além disso, o autor considera que a teoria do conteúdo da destinação, ao se distanciar do conceito de ato ilícito, cria um contrato fictício e assim o alcance da restituição seria sempre o enriquecimento e não os lucros (ROSENVALD, 2019, p. 376, 403 e 404).

Rosenvald (2019, p. 524) sustenta assim uma alternativa à hipótese "a inserção de um §1º ao artigo 944 do Código Civil", considerando a adoção *lege ferenda* de uma alternativa à reparação de danos patrimoniais, passando a indenização a ser "compreendida a soma razoável

[16] O autor recorre ao caráter subsidiário do enriquecimento sem causa à luz do art. 886 do Código Civil de 2002.

correspondente à violação de um direito e, quando necessário, a remoção dos lucros ou vantagens auferidas pelo lesante em conexão com a prática do ilícito".

Andrade (2005, p. 261-265), por sua vez, apresenta uma visão parecida com Roservald, mas acaba sustentando a ideia de indenização punitiva para a restituição do lucro da intervenção. Para o autor, a clássica noção de reparação civil, com fulcro no princípio da reparação integral dos prejuízos, acaba proporcionando ao interventor lucrar com sua atividade ilícita, transformando "alguns atos lesivos em um bom negócio do ponto de vista econômico". Certos casos, como, por exemplo, de jornais que lucram com a publicação de matérias falsas e ofensivas, ficariam excluídos da tutela do enriquecimento sem causa, pois a honra não tem valor comercial e não caberia a invocação do instituto para pleitear a restituição dos lucros obtidos com a publicação.

Além disso, Andrade (2005, p. 261-265) é contrário a possibilidade de cumulação das pretensões restituitória e indenizatória, diante da natureza subsidiária daquela, o que impossibilita a restituição do lucro da intervenção na ótica do enriquecimento sem causa.

Curiosamente, autores como Nelson Konder, Aline Terra e Gisela Guedes acabam defendendo a impossibilidade de um tratamento unitário do lucro da intervenção no direito brasileiro, ou seja, uma única e genérica figura capaz de excluir estes lucros do patrimônio do ofensor e devolver ao titular do direito. Mas consideram que, de todo modo, o instituto que melhor desempenha referida função de forma mais abrangente é o enriquecimento sem causa por lucro da intervenção (KONDER, 2017; GUEDES, 2011; TERRA; GUEDES, 2015) [17].

As manifestações da doutrina nacional possibilitam, portanto, identificar a formação de uma corrente majoritária no sentido de que, via de regra, o lucro da intervenção está inserido no âmbito do enriquecimento sem causa no direito brasileiro.

4 ANÁLISE DA FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO

No caso da atriz Giovanna Antonelli, o problema prático consistia em reconhecer a possibilidade de devolução dos lucros auferidos a partir do ato de intervenção nos direitos alheios. Considerando que, até então, a jurisprudência não havia se manifestado sobre o tema.

[17] Parte de tal entendimento ocorre porque a lei de propriedade industrial insere os lucros da intervenção como hipótese de lucros cessantes, *in verbis*: "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 do 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."

Da análise do caso, identificam-se três pontos importantes para discussão: (i) o enquadramento do lucro da intervenção, sendo suscitada a divergência doutrinária na fundamentação do acórdão; (ii) a possibilidade de cumulação das pretensões indenizatória e restituitória, nos casos em que o ato da intervenção causa lucros ao interventor e danos ao titular do direito; (iii) a quantificação do numerário a ser restituído, apontando-se novos e possíveis parâmetros quantitativos e complementares aos traçados pela Corte Superior. Além disso, é possível identificar um último ponto de discussão: o enquadramento dos valores de cachê como danos patrimoniais a serem indenizados à luz da responsabilidade civil.

4.1 O ENQUADRAMENTO DO LUCRO DA INTERVENÇÃO NO BRASIL E A POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DAS PRETENSÕES

O *decisum* concluiu pela possibilidade de restituição do lucro da intervenção no ordenamento brasileiro segundo as regras do enriquecimento sem causa. Tal conclusão foi fundamentada a partir das bases que consolidaram o instituto no país, pois a obrigação de enriquecimento sem causa tem a função de remover o enriquecimento auferido à custa de outrem e o transferir ao verdadeiro titular, o que contempla as situações que alguém obtém um enriquecimento por uma ingerência não autorizada no patrimônio alheio. Dessa forma, estariam abarcados pelo instituto do enriquecimento sem causa não só a concepção clássica de enriquecimento, mas também os lucros da intervenção. Até porque a inclusão da pretensão no instituto da responsabilidade civil, para a Corte, conflita com o próprio princípio da reparação integral dos prejuízos positivado no artigo 944 do CC/2002.

A posição adotada pela Corte Superior segue, claramente, a doutrina nacional majoritária e principalmente as linhas teóricas desenvolvidas por Sérgio Savi. Contudo, é importante no caso do lucro da intervenção destacar o histórico do instituto do enriquecimento sem causa no Brasil, pois uma das verdadeiras inspirações da doutrina do anteprojeto que originou às disposições legislativas do Código Civil de 2002 foi o modelo alemão.

A semelhança entre as cláusulas gerais (§ 812 do BGB e art. 884 do CC/2002), principalmente das expressões *auf dessen Kosten* e enriquecer à custa de outrem, que dão origem à *condictio* por intervenção é manifesta. A doutrina clássica durante a construção do anteprojeto e logo após a codificação de 2002 já se manifestava no sentido de reconhecer a influência do sistema da atual interpretação alemã, desvinculando-se da ideia de que o fundamento do instituto é a deslocação patrimonial ou a necessidade de comprovação do

empobrecimento do titular do direito para nascer a obrigação de restituir, até então recepcionada no Brasil (PAES, 1975; KROETZ, 2005; MICHELON JR., 2007).

Em 1991, Noronha colocava que o enriquecimento pode ocorrer a partir de uma transferência patrimonial propriamente dita, sendo que uma das partes sofre um verdadeiro empobrecimento, na medida em que seu patrimônio fica diminuído com a saída de um bem, mas também pode ocorrer a partir da exploração de coisas, trabalho e outros direitos alheios, tendo uma das partes se apropriado de uma vantagem econômica que não estava no patrimônio do titular do direito, mas essa realização estava a este reservada. Ou seja, o sistema jurídico, "ao atribuir às pessoas os direitos absolutos, oponíveis *erga omnes*, como são os direitos da responsabilidade (ao nome, imagem, corpo, liberdade, trabalho, etc.) e os direitos reais (em especial a propriedade), está reservando a elas, e só a elas, o proveito econômico dos bens, ainda que imateriais" (NORONHA, 1991, p. 60 e 66).

Kroetz (2005, p. 97), por sua vez, afirma que nem sempre o enriquecimento obtido é equivalente ao correlativo empobrecimento do patrimônio lesado, não sendo necessário para a configuração do enriquecimento sem causa que haja a saída de um valor do patrimônio do dono da coisa para entrar naquele do enriquecido. O uso de coisa alheia é típico exemplo de situações em que não há prejuízo correspondente à vantagem obtida pelo sujeito.

Tal percepção histórica de alargamento do requisito à custa de outrem parece estar clara no próprio posicionamento da Corte, quando se fez alusão ao Enunciado n. 35 da I Jornada de Direito Civil, que ocorreu nos dias 12 e 13 de setembro de 2002: "se enriquecer à custa de outrem do art. 884 do novo Código Civil não significa, necessariamente, que deverá haver empobrecimento"; o que demonstra a unicidade interpretativa da doutrina desde 2002.

A expressão à custa de outrem é entendida, desde o primeiro ano de vigência do Código Civil de 2002, também como uma vantagem econômica obtida a partir dos direitos subjetivos de outrem. Aliás, a própria interpretação traçada acaba por levar a conclusão de que o Brasil adotou a teoria alemã de enriquecimento sem causa, com a identificação dos tipos de enriquecimento que podem ocorrer sem causa justificadora e à custa de outrem.

É essa, inclusive, a proposta realizada por Díez-Picazo para o enriquecimento sem causa em Espanha[18]. Segundo o autor, a causa de enriquecimento é tão variada como são as operações jurídicas e a ausência de causa de enriquecimento não é uma noção que se pode atribuir um único significado a ser aplicado igualmente a todos os casos. E assim, partindo dos

[18] Anota-se que no direito espanhol não existe uma cláusula geral de enriquecimento sem causa positivada, o reconhecimento do instituto é fruto de uma construção jurisprudencial e doutrinária ao longo dos anos.

tipos de enriquecimento e da doutrina de Wilburg e von Caemmerer, Díez-Picazo tornou-se o responsável por defender a *condictio* por intervenção e, via reflexa, o lucro da intervenção na realidade espanhol (DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON, 1988, p. 63-65).

Além disso, como sustenta Menezes Leitão (2004, 28-29), a *condictio* por intervenção já está consagrada na redação do artigo 884 do Código Civil de 2002, como se infere no trecho:

> [...] a cláusula geral da proibição do enriquecimento sem causa contempla ainda a situação de alguém obter um enriquecimento por uma ingerência não autorizada no patrimônio alheio, como sucederá nos casos de uso, consumo, fruição ou disposição de bens alheios. A doutrina alemã há muito tem qualificado o caso como enriquecimento por intervenção (Eingriffskondiktion). Assim, com base na cláusula geral do art. 884, deve ser atribuída, nessas hipóteses, ao titular uma pretensão à restituição do enriquecimento sem causa, sempre que essa pretensão não seja excluída pela aplicação de outro regime jurídico. O fim da pretensão será a recuperação da vantagem patrimonial obtida pelo interventor, o que ocorrerá sempre que, de acordo com a repartição dos bens efetuada pela ordem jurídica, essa vantagem se considere como pertencente ao titular do direito.

Mas a possibilidade de restituição dos lucros da intervenção está nas concepções de Wilburg sobre o enriquecimento sem causa, identificando-se o enriquecimento patrimonial e não somente o enriquecimento real à luz de von Caemmerer. A inserção definitiva da *condictio* por intervenção no Brasil, assim, deve se aproximar da linha teórica de Wilburg, considerando uma análise dinâmica das vantagens econômicas auferidas pelo interventor e alargando a interpretação de enriquecimento, que passaria a englobar não só o enriquecimento clássico (ou enriquecimento real de von Caemmerer) mas também o lucro da intervenção.

Por outro lado, como bem se posiciona a Corte Superior, é equivocado procurar restituir os lucros da intervenção no âmbito da teoria geral da responsabilidade civil, dado que o instituto da responsabilidade civil não tem como medida outros fatores, senão a extensão dos danos suportados pela vítima (art. 944 do CC/2002) [19]. Segundo as valiosas reflexões de Pontes de Miranda (1958, p. 181), "indenizar, em sentido estrito, é somente prestar o equivalente. O dever de indenizar supõe ter havido dano". Corroborando, Noronha (2013, p. 452-453) discorre que a teoria da responsabilidade civil tem como escopo proteger a esfera jurídica de cada indivíduo através da reparação de danos por outrem causados, tutelando, essencialmente, o interesse da vítima.

Assim sendo, o estudo de outra realidade é importante para avaliar possíveis lacunas no direito nacional, mas se deve ter cuidado com a importação crua de uma teoria desenvolvida para um ordenamento jurídico específico (DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON, 1988, p. 65).

[19] Rosenvald ao analisar a decisão da Corte acaba por criticar tal posicionalmente (ROSENVALD, 2019, p. 373).

Quer dizer, em análise à tradição nacional, entre o enriquecimento e o dano, entre o enriquecimento sem causa e a responsabilidade civil, não se pode desconsiderar a função precípua indenizatória desta e a extensão da expressão à custa de outrem daquele. O que permite concluir pela possibilidade de ter como referência a teoria alemã, com a identificação dos tipos de enriquecimento (como já ocorre no direito nacional desde 2002) e o conteúdo de destinação dos direitos à luz do ordenamento jurídico nacional, e, ao mesmo tempo, excluir a inclusão do lucro da intervenção no campo da responsabilidade civil, salvo o caso de intervenção não autorizada em direitos de propriedade industrial.

Diga-se referência, pois o conceito de conteúdo de destinação, como sustenta Cervantes (2012, p. 1130), está "estritamente relacionado com o reconhecimento por parte de um ordenamento jurídico de determinadas posições jurídicas protegidas por um direito subjetivo absoluto, que confiam a seu titular um conteúdo jurídico-econômico análogo".

O ordenamento jurídico brasileiro, além da cláusula geral de vedação ao enriquecimento sem causa disciplinada no Código Civil de 2002, tutela o direito à propriedade privada (art. 5º, inc. XXII, da CRFB/88), garante a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem das pessoas (art. 5º, inc. X, da CRFB/88) e assegura os direitos de propriedade intelectual (art. 5º, incs. XXVII, XXVIII e XXIX, da CRFB/88), e estas garantias constitucionais permitem que seja reconhecido o conteúdo de destinação jurídico destes direitos na leitura do ordenamento jurídico brasileiro[20].

No entanto, não se pode deixar de citar que o legislador positivou algumas cláusulas no Código que dão soluções expressas a alguns casos de intervenção não autorizada nos direitos alheios. Por exemplo, as regras da confusão, da comissão e da adjunção (art. 1272[21]) e as regras para os possuidores de boa-fé e de má-fé (arts. 1214 e 1216[22]). Assim sendo, nessas hipóteses

[20] Para Savi, ao analisar o problema do lucro da intervenção por uma ótica civil-constitucional, a obrigação de restituir os lucros decorre do princípio constitucional da solidariedade e normalmente atenderá ao sentido geral de justiça: "manter no patrimônio do interventor o lucro obtido por intermédio da intervenção em bens alheios iria de encontro ao interesse da coletividade e, desta forma, não deve ser tutelado. Afinal, o interesse coletivo defende a preservação de institutos fundamentais para a vida em sociedade como o contrato, a propriedade e os direitos de personalidade, e condena a prática de atos ilícitos, principalmente aqueles dolosos" (2012, p. 110).

[21] " Art. 1.272. As coisas pertencentes a diversos donos, confundidas, misturadas ou adjuntadas sem o consentimento deles, continuam a pertencer-lhes, sendo possível separá-las sem deterioração. § 1º Não sendo possível a separação das coisas, ou exigindo dispêndio excessivo, subsiste indiviso o todo, cabendo a cada um dos donos quinhão proporcional ao valor da coisa com que entrou para a mistura ou agregado. § 2º Se uma das coisas puder considerar-se principal, o dono sê-lo-á do todo, indenizando os outros."

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

não se deve recorrer à cláusula geral de enriquecimento sem causa ou à subdivisão da *condictio* por intervenção, mas nada impede que tais disposições sirvam de parâmetros para uma interpretação extensiva ou por analogia. É o que ocorre em Espanha e Portugal. Díez-Picazo (1988, p. 120-126) ensina que algumas hipóteses de intervenções já estariam disciplinadas nas relações entre proprietário e possuidor e outras no regime de acessão na Espanha e, assim, na aplicação da *condictio* por intervenção deve-se respeitar os textos legais e a viabilidade de uma interpretação extensiva destes ou de sua aplicação analógica. Menezes Leitão (2005, p. 664), por sua vez, observa que o titular do direito violado só poderá valer-se da cláusula geral de enriquecimento sem causa em Portugal (art. 473, I, do Código Civil português[23]), se não houver outra norma capaz, por suas vias, de resolver a problemática.

Outra colocação importante entre os argumentos traçados pela Corte é a desmistificação do caráter subsidiário do enriquecimento sem causa (art. 886 do CC/2002).

Como coloca Savi (2012, p. 181), o simples fato de o titular do direito poder exercer a pretensão indenizatória, como no caso em análise, não permite concluir que a legislação eliminou o recurso do enriquecimento sem causa nos casos de intervenção não autorizada em direitos alheios. Os pressupostos econômicos da responsabilidade civil e do enriquecimento sem causa são diversos, as diferentes funções dos institutos fazem com que não seja possível admitir uma integral subsidiariedade da ação restituitória.

O ato de intervenção pode causar tanto um enriquecimento quanto um dano ao titular do direito, porém se o enriquecimento (aqui empregado em sentido amplo) for superior aos danos causados não há obstáculos legais para a cumulação das pretensões, principalmente pois são em sua natureza pretensões distintas. Como Díez-Picazo (1988, p. 56) reconhece ao analisar o instituto do enriquecimento sem causa na Espanha, "o acúmulo de diferenças é tal e todas elas são tão contundentes que se chega a duvidar da necessidade de elevar a distinção, porque o que é completamente distinto não precisa ser distinguido"[24].

O professor Basozabal Arrue (1998, p. 104), ainda, afirma que não há nenhuma razão para defender a incompatibilidade entre as ações por danos e por enriquecimentos, ou a

[23] Art, 473, I. Aquele que, sem causa justificativa, enriquecer à custa de outrem é obrigado a restituir aquilo com que injustamente se locupletou.

[24] No original: "El cúmulo de diferencias es tal y todas ellas tan contundentes que se llega a dudar de la necesidad de plantear la distinción porque lo que es completamente distinto no tiene por qué distinguirse". É importante frisar que o autor reconhece que ao tratar de intervenção não autorizada em direitos alheios esta distinção pode ficar mais difícil e, em algumas vezes, a ação de danos engloba o enriquecimento, mas por outras o dano e o enriquecimento se mostram distintos (DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON, 1988, p. 117).

subsidiariedade destas últimas em relação às primeiras, uma vez que são pretensões com função, fundamento, requisitos e prazos de prescrição totalmente distintos.

O uso indevido da imagem da atriz Giovanna Antonelli acarretou duas pretensões totalmente diversas e assim cumuláveis. Ademais, não há como sustentar, como apontou a magistrada de primeiro grau, que a procedência do pedido de restituição do lucro da intervenção ultrapassaria a noção de reparação integral dos prejuízos, uma vez que estes lucros sequer possuem ligação com a matriz da responsabilidade civil.

Por intermédio da ação indenizatória, o titular do direito violado obterá a compensação de eventuais danos sofridos, neste caso danos materiais e imateriais, e os lucros da intervenção não são espécie dano tampouco estão ligeiramente ligados ao ato ilícito, mas sim forma de enriquecimento e está inserido no artigo 884 do CC/2002.

4.2 QUANDO E EM QUE MEDIDA O LUCRO DA INTERVENÇÃO DEVE SER RESTITUÍDO AO TITULAR DO DIREITO?

Ao quantificar a pretensão restituitória, o ministro relator apontou a incongruência da decisão do Tribunal de Justiça do Estado Rio de Janeiro, ao fixar o percentual de 5% (cinco por centos) sob as vendas do produto (*Detox*) - considerando o tempo da campanha publicitária e o desconto os valores inerentes à fabricação -, e fixou parâmetros "mais justos" para se alcançar o numerário a ser restituído a título de lucro da intervenção, quais sejam:

> a) apuração do *quantum debeatur* com base no denominado lucro patrimonial; b) delimitação do cálculo ao período no qual se verificou a indevida intervenção no direito de imagem da autora; c) aferição do grau de contribuição de cada uma das partes mediante abatimento dos valores correspondentes a outros fatores que contribuíram para a obtenção do lucro, tais como a experiência do interventor, suas qualidades pessoais e as despesas realizadas; e d) distribuição do lucro obtido com a intervenção proporcionalmente à contribuição de cada partícipe da relação jurídica (BRASIL, 2018).

Por certo, não há como, nos casos de intervenção dos direitos de outrem, deixar a critério do julgador os parâmetros para a quantificação do lucro da intervenção, tampouco restituir todo o lucro obtido pelo interventor, pois caracterizaria verdadeiro confisco, não se coadunando com o instituto do enriquecimento sem causa[25].

[25] Pereira Coelho ao analisar a teoria de Schulz aponta justamente este caráter de confisco que é perdido a partir dos desdobramentos de Wilburg, uma vez que para Schulz todo o lucro da intervenção deveria ser restituído ao titular do direito (PEREIRA COELHO, 1970, p. 65).

A elucidação do objeto da restituição no caso em análise está, pois, na própria teoria desenvolvida por Wilburg, que busca identificar o enriquecimento patrimonial do interventor a partir da extensão do conteúdo de destinação de cada direito violado e sua relação com o pressuposto à custa de outrem, bem como com a expressão restituir o indevidamente auferido.

Nesse sentido, Leite de Campo (1974, p. 452-453) explica que:

> Só através da restituição desta utilidade se pode dizer que o instituto do enriquecimento sem causa realizou a sua função específica: remover o enriquecimento [em sentido amplo] do patrimônio beneficiado de modo a que este fique na mesma situação em que estaria se o facto gerador do enriquecimento se não tivesse verificado. Deste modo, o enriquecimento (sem causa) será uma diferença entre duas situações patrimoniais, um saldo (positivo) do patrimônio do beneficiado derivado da deslocação patrimonial. Só este saldo reflectirá aquela utilidade. Quem consome bens alheios não se enriquece na medida do valor objetivo do uso desses bens, mas unicamente na medida da utilidade que o uso desses representou.

Para a verificação da medida da utilidade que o uso do direito representou, portanto, deve-se atentar para o fato de que o interventor também contribuiu para a obtenção dos lucros (por exemplo, com sua força de trabalho e iniciativa empreendedora) e o grau de contribuição deste e outros fatores que concorreram para se chegar ao lucro da intervenção. O que se está em jogo é a imputação econômica destes fatores (LEITE DE CAMPOS, 1974, p. 475) e, assim, a doutrina de Wilburg acaba se aproximando das próprias disposições legislativas nacional quanto aos casos de confusão, de comissão ou adjunção da propriedade móvel, mais especificamente, o § 1º do artigo 1272 do CC/2002.

Entretanto, como firmado por Savi (2012, p. 140) e salientado no *decisum*, a restituição do lucro da intervenção e a verificação do grau de imputação econômica só devem ocorrer no Brasil em caso de má-fé do interventor, o que não há dúvidas no caso em análise[26]. Uma vez agindo de boa-fé[27], o interventor não terá que restituir os lucros da intervenção, podendo ser aplicadas às disposições do *caput* do artigo 1214 do CC/2002 por analogia[28].

[26] A empresa interventora, certamente, pôde calcular os custos que teria com a negociação e com a produção publicitária (ensaio fotográfico, alimentação, deslocamento etc.), bem como com uma eventual condenação a partir de uma demanda indenizatória. É bem verdade que os casos de intervenção não autorizada nos direitos de imagem para fins comerciais são os mais recorrentes e emblemáticos no Brasil, atrizes como Maitê Proença, Malu Mader e Isis Valverde também viram seu nome e sua imagem usados em campanhas publicitárias sem qualquer autorização de uso (BRASIL, 2001; BRASIL, 2000; BRASIL, 2017).

[27] A ilustrar, cita-se um exemplo de intervenção no patrimônio alheio, porém o agente age de boa-fé, reputando tratar-se de direito próprio O famoso litígio norte-americano *Edwards v. Lee's*. Lee's descobriu, em sua propriedade, a entrada de uma caverna que continha numerosas estalactites e estalagmites e um rio subterrâneo. Após a descoberta, converteu a caverna numa atração turística que justificou a construção de um hotel. No entanto, cerca de um terço da gruta estendia-se por uma propriedade limítrofe, as terras de *Edwards*. No caso, não houve ato ilícito, em sentido técnico, da parte do interventor, tampouco danos ao titular do direito, mas este interventor obteve uma vantagem, a partir de direito alheio. (VIEIRA GOMES, 1998, p. 783).

[28] Art. 1.214. O possuidor de boa-fé tem direito, enquanto ela durar, aos frutos percebidos.

Os valores excedentes ao enriquecimento (em sua concepção clássica ou ainda enriquecimento real), nessa hipótese, seriam sempre resultado do trabalho e do esforço do interventor, dado que este não tinha conhecimento que estava intervindo no patrimônio alheio.

Para Konder (2017, p. 244), fato relevante é que o legislador brasileiro levou em conta a boa-fé do agente interventor ao tratar de benfeitorias, de frutos e da plantação ou construção com sementes ou materiais alheios, bem como as considerou nas situações de proteção à aparência de direito, que envolvem pessoas de boa-fé fruindo de direitos que não têm, quais sejam: representante aparente, credor aparente, proprietário aparente, etc.

Dessa forma, é necessário diferenciar as duas situações, de maneira que, no caso de boa-fé do interventor, ausente o ato ilícito da sua parte, deve ser ressarcido somente o enriquecimento, e o restante pertencerá ao interventor, pois resultante de seu esforço de forma compatível com o direito brasileiro. Mas uma vez caracterizada a má-fé do agente interventor, deve ocorrer a restituição da totalidade daquilo que, de má-fé, indevidamente se obteve (enriquecimento e lucro da intervenção) (KONDER, 2017, p. 244-245).

É importante destacar, de outro norte, que não há necessidade de um mandamento para descontos de custos de produção como ocorreu no julgado, dado que, como desde o início deste artigo se defende, o lucro da intervenção é o lucro líquido auferido pelo interventor e, por óbvio, estão descontadas todos as despesas da receita bruta adquirida[29].

Da mesma forma, não se pode deixar de considerar que só há possibilidade de restituição do lucro da intervenção quando esses forem superiores aos danos sofridos pelo titular do direito ou na hipótese de inexistir danos. Por tal razão, os valores atribuídos a eventuais danos suportados pelo titular do direito também devem ser descontados para se chegar ao lucro da intervenção, o que também se aplica se houver enriquecimento clássico.

De mais a mais, os parâmetros apontados pela Corte Superior tornam-se regra geral para a restituição do lucro da intervenção no Brasil, que só será restituído nos casos de má-fé do agente interventor e na proporção na imputação econômica de todos os fatos que contribuíram para a obtenção desses lucros. Mas não se defende aqui a adoção de uma fórmula geral para a restituição do lucro da intervenção no Brasil e, assim, passa-se a apontar alternativas traçadas à luz de algumas disposições legislativas e doutrinárias nacionais.

[29] Para Anderson Schreiber e Rodrigo da Guia Silva, o "[...] o lucro somente pode ser aferido após o abatimento de todas as despesas atinentes ao desenvolvimento da atividade. Antes desse abatimento, talvez se possa falar em receita ou faturamento, mas certamente não em lucro [...]." (SCHREIBER; GUIA SILVA, 2018, p. 197).

Retomando a linha da imputação econômica de Wilburg e a busca do enriquecimento patrimonial, imagine-se, por exemplo, que um determinado jóquei A usa, sem qualquer autorização, o cavalo de B para participar de uma corrida de cavalos. Ambos possuíam comprovadas habilidades, o cavalo era premiado e cotado como favorito na corrida, e o jóquei também já havia recebido diversas premiações em competições análogas. Ao final, a dupla consegue vencer a competição e ganhar a sonhada premiação de R$ 50.000,00[30].

Dessa forma, qual seria a parcela devida para cada uma das partes, proprietário e interventor? E se as habilidades do jóquei A foram decisivas para a obtenção da premiação e não as do cavalo de B? Ou, ao contrário, se as aptidões de A eram normais e o decisivo para a obtenção do prêmio foram, tão somente, as qualidades do cavalo de B?

Partindo da regra geral analisada, ao identificar a intervenção no patrimônio alheio, deve-se, em primeiro, verificar a vantagem econômica obtida pelo jóquei a partir da diferença entre a situação real (valor atual do patrimônio) e a situação hipotética (o valor provável em que o patrimônio estaria se não tivesse ocorrido a intervenção). Trata-se de uma abordagem global sobre o objeto da restituição, considerando o atributo da patrimonialidade do locupletamento (enriquecimento patrimonial), perquirindo-se o enriquecimento do interventor à semelhança do que na teoria da diferença na matriz da responsabilidade civil alemã.

Digamos que, no exemplo, além da premiação (R$ 50.000,00), A obteve despesas com a inscrição no evento (R$ 5.400,00), a alimentação do cavalo (R$ 400,00), a sua alimentação (R$ 200,00) e do deslocamento até o local da competição (R$ 1.000,00), bem como poupou as despesas que possuiria com a locação do cavalo (enriquecimento clássico) (R$ 7.000,00). Ainda, deve-se preservar os honorários do jóquei (R$ 6.000,00). Ao descontar essas despesas, chega-se ao lucro da intervenção (lucros líquidos) que corresponde ao montante de R$ 30.000,00 e passa-se a análise da imputação econômica.

Se as habilidades de A e de B foram igualmente determinantes para a obtenção da premiação, o lucro da intervenção seria dividido em partes iguais (R$ 15.000,00). Por outro lado, se comprovado que as habilidades do jóquei foram decisivas para a obtenção da premiação, considerando que a intervenção ocorreu somente pela necessidade que este possuía em obter um animal para a corrida, o interventor deve permanecer com os lucros auferidos (R$30.000,00), pois corresponde às suas habilidades, mesmo que agindo de má-fé. Mas se as

[30] Exemplo extraído, com algumas alterações, de Leite de Campos (1974, p. 494).

aptidões do cavalo foram o diferencial para a obtenção da premiação, o proprietário do animal terá que ser restituído na totalidade do lucro[31].

O exemplo de fato não traz maiores dificuldades probatórias, mas a prova torna-se complexa se o direito violado for colocado em um complexo processo produtivo, como é o caso da atriz Giovanna Antonelli. Os critérios apontados na decisão são demasiados genéricos, até mesmo para serem calculados em liquidação de sentença. Será que a vinculação da imagem da atriz ou a experiência do interventor interferiram diretamente nas vendas do produto? Será que a empresa interventora obteve significativo lucro com a intervenção?

Longe de esgotar o questionamento, percebe-se que alguns outros critérios poderiam ser levados em consideração como parâmetro para a apuração dos lucros no caso em análise, como ilustra Thiago Lins (2016, p. 243-244), quais sejam: (i) a notoriedade da pessoa retratada; e (ii) as qualidades pessoais do titular do direito de imagem. Além disso, na visão deste trabalho, outro critério relevante é a comparação entre as campanhas publicitárias anteriores e a margem de lucro alcançada em cada uma delas.

Sabe-se, hoje, que as redes sociais e a popularização da *internet* deram voz aos chamados "influenciadores digitais" e as celebridades acabaram ganhando voz ativa através da proximidade e do compartilhando com seus fãs[32]. Como corolário, pesquisas divulgadas anualmente são capazes de demonstrar a influência das celebridades na tomada de decisão dos consumidores. E mais, é possível chegar em percentuais sérios com a própria estratégia de *marketing* de influência, pois, nesses casos, "o público deixa de ver o produto como comum e passa a vinculá-lo às qualidades que associam à celebridade" (CASTRO, 2011). Em outros tantos casos, o produto torna-se vendável pela própria influência do bem intangível que é marca. Muitos consumidores adquirem o produto pela marca e não pela indicação, assim torna-se importante a comparação das campanhas publicitárias anteriores.

Ao se distanciar do caso em análise e se ater às intervenções não autorizadas nos direitos autorais, por outro lado, identifica-se o parâmetro a ser fixado a título de lucro da

[31] Leite de Campo (1974, p. 494), ao considerar essas última hipótese, posiciona-se: "Concordamos que se o *jockey* A usa o cavalo de B para ganhar um prêmio, uma vez provado que as aptidões de A eram normais e que o decisivo para a obtenção do prémio foram as qualidades do cavalo, A terá de entregar a B todo o prémio, descontados os seus honorários normais". Thiago Lins (2016, p. 182), que também analisa este exemplo a partir da obra de Leite de Campos, também acaba concordando com o autor.

[32] Segundo a Pesquisa Brasileira de Mídia (PBM) de 2016, desenvolvida pela Secretaria Especial de Comunicação Social da Presidência da República, "a rede mundial de computadores se cristaliza como segunda opção dos brasileiros na busca de informação, atrás somente da televisão. Quase a metade dos brasileiros (49%) declarou usar a web para obter notícias (primeira e segunda menções), percentual abaixo da TV (89%), mas bem acima do rádio (30%), dos jornais (12%) e das revistas (1%) (BRASIL, 2016, p. 11).

intervenção na própria redação do *caput* do artigo 103 da lei nº 9.610/98[33], em específico na frase "pagar-lhe-á o preço dos que tiver vendido". Quer dizer, o objeto a ser restituído estaria, independentemente de qualquer critério apontado acima, limitado aos lucros (líquidos) apurados a partir da venda da obra e, na impossibilidade de aferição do número correto de exemplares, os valores devem ser apurados com base em três mil exemplares.

Nos casos de intervenção nos direitos de propriedade industrial, finalmente, o lucro da intervenção e o enriquecimento (clássico) estão consagrados, *ex lege*, como possíveis e alternativos critérios na aferição dos lucros cessantes (junto com a própria concepção clássica de lucros cessantes) (art. 210). Na hipótese, assim, o lucro da intervenção será restituído segundo a matriz da responsabilidade civil, mas não se pode deixar de criticar a norma e defender, neste trabalho, a necessária e urgente mudança legislativa.

4.3 DO ENQUADRAMENTO DOGMÁTICO DO CACHÊ COMO ENRIQUECIMENTO

Antes da entrada em vigor do Código Civil de 2002, a jurisprudência da Corte Superior consagrou os valores que normalmente deveriam ser pagos a título de cachê (mas não foram diante do uso sem autorização da imagem alheia) como danos patrimoniais. Um dos primeiros casos envolvendo o uso indevido da imagem alheia ocorreu nas páginas do álbum de figurinhas denominado Heróis do Tri, desenvolvido pela Editora Abril S.A. e autorizado pela Confederação Brasileira de Futebol (CBF) (BRASIL, 1994).

O voto da lavra do então ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior debruçou-se sobre a necessária proteção ao direito de imagem no direito nacional, pautando que a utilização da imagem nos jogadores de futebol no álbum de figurinhas ocorreu para satisfazer interesse comercial e não informativo, e, por maior dos votos, consagrou-se a vedação do uso comercial da imagem sem o consentimento do titular do direito. Além disso, como extrai-se dos fundamentos da decisão, a Corte entendeu que o dano

> está na própria violação, na utilização do bem que integra o patrimônio jurídico personalíssimo do titular. Só aí já está o dano moral. Além disso, também poderia ocorrer o dano patrimonial, pela perda dos lucros que tal utilização poderia acarretar [...] (BRASIL, 1994).

[33] Art. 103. Quem editar obra literária, artística ou científica, sem autorização do titular, perderá para este os exemplares que se apreenderem e pagar-lhe-á o preço dos que tiver vendido. Parágrafo único. Não se conhecendo o número de exemplares que constituem a edição fraudulenta, pagará o transgressor o valor de três mil exemplares, além dos apreendido.

Alguns anos depois, o célebre julgado relatado pelo então Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira trouxe o debate fervorosamente ao STJ.

A demanda envolvia o uso indevido da imagem de um corretor de seguros (bem-sucedido da época) por uma empresa corretora de seguros, através da publicação de uma matéria paga no jornal "O Globo" e em outros periódicos editados pela própria empresa. E ao chegar na última instância, a Corte Superior concluiu que era devida a indenização por danos extrapatrimoniais e patrimoniais no caso, sustentando que "o direito à imagem reveste-se de duplo conteúdo: moral, porque direito de personalidade; patrimonial, porque assentado no princípio segundo o qual a ninguém é lícito locupletar-se à custa alheia" (BRASIL, 2000).

Os julgados em análise passaram a ser replicado ao longo dos anos, sendo bases para a construção do entendimento hoje sumulado (súmula n. 403/STJ), mas deixam transparecer o equívoco na concepção de danos patrimoniais na jurisprudência da Corte Superior – possível fruto da construção tardia do instituto do enriquecimento sem causa no Brasil -.

A contradição no voto do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira é aparente ao traçar que o dano patrimonial nos casos de uso indevido da imagem alheia está assentado no princípio segundo o qual a ninguém é lícito locupletar-se à custa alheia. Isso porque se a hipótese se caracteriza como locupletamento à custa de outrem é porque trata-se de típica hipótese de enriquecimento sem causa e assim não se constitui dano patrimonial. Em outras palavras, se o agente deixa de fazer a devida contratação, ou pedir autorização, de uma atriz, de um cantor ou de um atleta famoso para uma companha publicitária, está poupando os valores relativos ao cachê que seria pago, o que corresponde a um enriquecimento à custa de outrem e sem qualquer causa justificadora, requisitos necessários para configuração da obrigação de enriquecimento sem causa e não de responsabilidade civil.

Dessa forma, os valores correspondentes ao cachê, defende-se aqui, deveriam ter sido restituídos segundo a matriz do enriquecimento sem causa no presente caso, pois não constituem danos a serem indenizados e sim enriquecimento em sua concepção clássica.

5 CONCLUSÃO

A análise proposta permite concluir que o lucro da intervenção é modalidade de enriquecimento sem causa sob a ótica da *condictio* por intervenção, bem como que o ordenamento nacional não apresenta qualquer entrave legislativo para a restituição do lucro da intervenção segundo a cláusula geral de vedação ao enriquecimento sem causa (nem mesmo na

cláusula de subsidiariedade do enriquecimento sem causa, art. 886 do CC/2002), podendo-se assim excluir qualquer necessidade de recorrer à teoria geral da responsabilidade civil.

Isso porque é o enriquecimento sem causa que desempenha a função de reconduzir o enriquecimento que ocorreu sem causa justificadora e à custa de outrem no Brasil. O alargamento do requisito à custa de outrem contido no *caput* do artigo 884 do Código Civil de 2002, introduzido sob forte influência germânica, se coaduna com a própria tradição doutrinária nacional sobre o requisito enriquecimento, sem falar que a própria redação da cláusula geral dá substrato à interpretação tal qual ocorre no direito alemão, possibilitando identificar os diversos tipos de enriquecimento, entre eles o lucro da intervenção.

Mas a inserção definitiva da *condictio* por intervenção deve se aproximar da linha teórica de Wilburg, pois a possibilidade de restituição dos lucros da intervenção está nas concepções desse autor, considerando o conteúdo de destinação dos direitos segundo o ordenamento nacional e a análise dinâmica das vantagens auferidas pelo interventor.

Por outro lado, não é possível desconsiderar que o legislador nacional positivou algumas cláusulas no Código Civil de 2002 que dão soluções a alguns casos de intervenção não autorizada nos direitos alheios, como são as regras da confusão, da comissão e da adjunção e as regras para os possuidores de boa-fé e de má-fé. Logo, só se recorrerá à cláusula geral de enriquecimento sem causa quando tratar-se de hipótese distinta, mas nada impede que tais disposições sirvam de parâmetros para uma interpretação extensiva ou por analogia.

Da mesma forma, a cláusula geral de enriquecimento sem causa, na subdivisão da *condictio* por intervenção, não será aplicada nos casos de violação da propriedade industrial, dado que a própria lei determina a utilização do benefício econômico obtido pelo agente como parâmetro para a quantificação dos lucros cessantes. A norma é, sem dúvida, peculiar e excepciona o princípio da reparação integral dos prejuízos (art. 944 do CC/2002), porém registra-se aqui a necessidade de alteração legislativa, reconduzindo o lucro da intervenção e o enriquecimento clássico ao seu lugar de origem, ou seja, ao enriquecimento sem causa.

Tal entendimento parece ser majoritariamente aceito no direito brasileiro, pois, além das teses doutrinárias analisadas no decorrer do presente estudo, o enunciado n. 620, aprovado na VIII Jornada de Direito Civil, que ocorreu nos dias 26 e 27 de abril de 2018, reconheceu o enquadramento dogmático do lucro da intervenção no instituto do enriquecimento sem causa, senão vejamos: “A obrigação de restituir o lucro da intervenção, entendido como a vantagem patrimonial auferida a partir da exploração não autorizada de bem ou direito alheio, fundamenta-se na vedação do enriquecimento sem causa”.

Sob tal perspectiva, conclui-se ainda que o posicionamento adotado pela Corte ao reconhecer a possibilidade de restituição do lucro da intervenção no caso em análise sob a ótica do enriquecimento sem causa, buscando a origem do enriquecimento e enfrentado as disposições doutrinárias contrárias, mostrou-se como um verdadeiro avanço na jurisprudência nacional e, certamente, servirá de importante norte aos casos que batem à porta do Poder Judiciário. Possivelmente, também, acabará inibindo a própria prática de intervenções não autorizadas nos direitos subjetivos alheios, dada a incessante busca pelo lucro, ou, como alguns doutrinadores colocam, evitará o 'curto-circuito' dos contratos[34].

Conclui-se também que o lucro da intervenção no direito nacional só será restituído nos casos de má-fé do agente interventor e na proporção na imputação econômica de todos os fatos que contribuíram para a obtenção desses lucros, possuindo como importando lente de análise o § 1º do artigo 1272 do CC/2002. Em síntese, defende-se que o objeto de restituição será a diferença encontrada no patrimônio do interventor que se deu, exclusivamente, a partir daquele bem ou direito usurpado, sendo necessária a identificação do lucro líquido e a análise dinâmica de todos os fatos de contribuíram para a obtenção desses lucros.

Sem falar que não se pode desconsiderar que só há possibilidade de restituição do lucro da intervenção quando esses forem superiores aos danos sofridos pelo titular do direito ou inexistirem danos. Logo, os valores atribuídos a eventuais danos suportados pelo titular do direito devem ser descontados para se chegar ao lucro da intervenção, o que também deve ocorrer no caso de característico enriquecimento clássico.

De mais a mais, os critérios apontados pela Corte Superior no caso em análise compõem verdadeira regra geral para a restituição do lucro da intervenção e devem ser considerados o ponto de partida para a quantificação dos valores a serem restituídos nos casos de intervenção, porém algumas considerações devem ser observadas segundo o direitos subjetivo violado. Ao tratar de violação ao nome e à imagem, como ocorreu no caso da atriz Giovanna Antonelli, critérios como a notoriedade da pessoa retratada, as qualidades pessoais do titular do direito e a comparação entre as campanhas publicitárias anteriores e a margem de lucro alcançada em cada uma delas são deveras indispensáveis para apuração do lucro da intervenção. Ao tratar de intervenção nos direitos autorais, o objeto a ser restituído a título de lucro da intervenção está limitado, *ex lege,* aos valores de venda da obra literária, artística ou científica (lucros líquidos) e, na impossibilidade de aferição do número correto de exemplares

[34] Tal expressão é utilizada por Vieira Gomes (1998, p. 755-756) ao analisar o enquadramento do lucro da intervenção no direito português.

vendidos, os valores devem ser estabelecidos com base em três mil exemplares. Ao tratar de intervenção nos direitos de propriedade industrial, conclui-se que não se pode aplicar as linhas gerais defendidas até então, diante das próprias disposições legislativas. Assim, além do lucro da intervenção estar consagrado na matriz da responsabilidade civil, é possível haver a restituição de todo o numerário auferido ao titular do direito.

Por fim, o entendimento da Corte quanto aos valores correspondentes ao cachê devido à atriz ao tratá-lo como dano material e não como enriquecimento (clássico), mostra-se contrário às raízes dos institutos da responsabilidade civil e do enriquecimento sem causa. Conforme o próprio entendimento doutrinário nacional, o cachê é típico enriquecimento e, assim, dever ser restituído e não indenizado como ocorre desde antes do CC/2002.

Essas conclusões, principalmente as anotações sobre o objeto a ser restituído a título de lucro da intervenção e seus critérios específicos, são as contribuições do presente estudo ao direito civil brasileiro, uma vez que, para além de cumprir seu objetivo, proporcionou novas perspectivas ao problemática que envolve o lucro da intervenção no direito nacional.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, André Gustavo Correia de. *Dano moral e indenização punitiva: os punitive damages na experiência do common law e na perspectiva do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BASOZABAL ARRUE, Xabier. *Enriquecimiento Injustificado por Intromisión en Derecho Ajeno*. Madri: Editorial Civitas, 1998.

BRASIL. Presidência da República. Secretaria Especial de Comunicação Social. *Pesquisa brasileira de mídia 2016*: hábitos de consumo de mídia pela população brasileira, Brasília: Secom, 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). *Recurso Especial 1698701* – Rio de Janeiro. Recorrente: Giovanna Antonelli. Recorrido: Dermo Formulações Farmácia de Manipulação Ltda. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, 02 de out. de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). *REsp 270.730/RJ* – Rio de Janeiro. Recorrente: Maitê Proença Gallo. Recorrido: S/A Editora Tribuna da Imprensa. Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Relatora para o acórdão: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 19 de dez. de 2000.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). *REsp 1594865/RJ* – Rio de Janeiro. Recorrente: Abril Comunicações S.A. recorrido: Isis Nable Valverde. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 20 de jun. de 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). *REsp 270.730/RJ* – Rio de Janeiro. Recorrente: Icatu Hartford Seguros S/A. Recorrido: Genivaldo de Oliveira Lins. Relator: Ministro Salvio de Figueiredo Teixeira. Brasília, 3 de out. de 2000.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). *REsp 46.420/SP*. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Brasília, 12 de setembro de 1994.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Apelação n. 0008927-17.2014.8.19.0209*. Recorrente: Giovanna Antonelli. Recorrido: Dermo Formulações Farmácia de Manipulação Ltda. Relator: Des. Fernando Fernandy Fernandes. Rio de Janeiro, 16 de out. de 2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (9ª Câmara Cível). *Apelação nº 20.737/00*. Autos n. 0099697-26.1999.8.19.0001. Rel. Des. Marcus Tullius Alves. Rio de Janeiro, 13 de março de 2001.

CASTRO, Carla Simone. *A influência de celebridades no comportamento de compra*. 2011. Disponível em: https://www.mundodomarketing.com.br/artigos/carla-simone-castro/19942/a-influencia-de-celebridades-no-comportamento-de-compra.html. Acesso em: 20 fev. 2020.

CERVANTES, Carles Vendrell. La acción de enriquecimiento injustificado por intromisión en los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen. *Anuario de Derecho Civil*, Madri, tomo LXV, fasc. III, p. 1108-1244, jan-mar, 2012.

DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON, Luis. La doctrina del enriquecimiento injustificado. In: DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON, Luis; DE LA CAMARA, Manuel. *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*. Madri: Editorial Civitas, 1988.

GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Lucros Cessantes: do bom-senso ao postulado normativo da razoabilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

HILDEBRAND, Lucas Fajardo Nunes. *Pressupostos da obrigação de restituir o enriquecimento sem causa no Código Civil brasileiro*. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade de São Paulo, 2010.

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

KROETZ, Maria Cândida do Amaral. 2005. *Enriquecimento sem causa no direito civil brasileiro contemporâneo e recomposição patrimonial*. Tese (Doutorado em Direito), Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2005.

LEITE DE CAMPOS, Diego José Paredes. *A subsidiariedade da obrigação de restituir o enriquecimento*. Coimbra: Almedina, 1974.

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

MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de. *O enriquecimento sem causa no direito civil: estudo dogmático sobre a viabilidade da configuração unitária do instituto face à*

contraposição entre as diferentes categorias de enriquecimento sem causa. Coimbra: Almedina, 2005.

MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de. O enriquecimento sem causa no novo Código Civil brasileiro. *Revista CEJ*, Brasília, n. 25, p. 24-33, abr./jun, 2004.

MICHELON JR., Claudio. *Direito restituitório: enriquecimento sem causa, pagamento indevido, gestão de negócios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações.* 4. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

NORONHA, Fernando. Enriquecimento sem causa. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, RT, v. 56, p. 51-78, abr./jun., 1991.

PAES, Pedro. *Introdução ao estudo do enriquecimento sem causa*. São Paulo: [s.n], 1975.

PEREIRA COELHO, Francisco Manuel. *O enriquecimento e o dano*. Coimbra: Almedina, 1970.

PINTO JÚNIOR, Mário Engler. Pesquisa jurídica no mestrado profissional. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 14, n. 1, p. 27-48, jan-abr., 2018.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado. Parte Especial.* Tomo XXII. 2 ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958.

ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. São Paulo: Atlas, 2013.

ROSENVALD, Nelson. *A Responsabilidade Civil pelo Ilícito Lucrativo: o disgorgement e a indenização restituitória*. Salvador: JusPodivm, 2019.

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.

SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa: o lucro da intervenção*. São Paulo: Atlas, 2012.

SCHREIBER, Anderson; GUIA SILVA, Rodrigo da. Lucro da intervenção: perspectivas de qualificação e quantificação. In: HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes; SANTOS, Romulo Baptista dos. Direito Civil: Estudos. *Coletânea do XV encontro dos grupos de pesquisa - IBDCivil*. São Paulo: Blucher, 2018.

TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Considerações acerca da exclusão do lucro ilícito do patrimônio do agente ofensor. *Revista da Faculdade de Direito*, UERJ, Rio de Janeiro, n. 28, dez, 2015.

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

VON CAEMMERER, Ernst. Problèmes fondamentaux de l'enrichissement sans cause. *Revue internationale de droit comparé*, vol. 18, n. 3, p. 573-592,jul-set, 1966.

ZIMMERMANN, Reinhard. A road through the enrichment-forest? Experiences with a general enrichment action. *Institute of Foreign and Comparative Law*, vol. 18, p. 1-20, mar., 1985.

ZIMMERMANN, Reinhard. *Unjustified enrichment: the modern civilian approach*. Oxford Journal of Legal Studies, Oxford University Press, vol. 15, n. 3, p. 403-429, 1995.

DADOS DA PUBLICAÇÃO

Categoria: artigo submetido ao *double-blind review*.

Recebido em: 31/10/2020.

Aceito em: 01/04/2021.