

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

FLÁVIO AUGUSTO MENDES DOURADO

O LUCRO DA INTERVENÇÃO EM AÇÕES INIBITÓRIAS

São Paulo

2023

FLÁVIO AUGUSTO MENDES DOURADO

O LUCRO DA INTERVENÇÃO EM AÇÕES INIBITÓRIAS

Trabalho de Graduação Interdisciplinar apresentado como requisito para obtenção do título de Bacharel no Curso de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

ORIENTADOR: PROF. DR. MARCELO FORTES BARBOSA FILHO

São Paulo

2023

FLÁVIO AUGUSTO MENDES DOURADO

O LUCRO DA INTERVENÇÃO EM AÇÕES INIBITÓRIAS

Trabalho de Graduação Interdisciplinar apresentado como requisito para obtenção do título de Bacharel no Curso de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

Aprovado em: _____

BANCA EXAMINADORA

Examinador(a): _____

Examinador(a): _____

Examinador(a): _____

A Deus,
por sua infinita misericórdia e graça sobre a minha vida.
À minha mãe, Clarice,
pelo apoio incondicional, sempre.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço a Deus por ter me capacitado e me guiado durante toda a minha trajetória acadêmica e profissional, bem como por preparar o caminho que ainda irei trilhar. À minha família, por ser minha base, me apoiar e nunca duvidar, mesmo frente às maiores dificuldades. À minha noiva, Letícia, pelo apoio, paciência, carinho e companheirismo em todas as ocasiões. Aos meus gestores do escritório Kasznar Leonardos, especialmente à Dra. Luciana Minada, por todos os ensinamentos e confiança no meu trabalho e capacidade. Ao Professor Dr. Marcelo Fortes Barbosa Filho, pela orientação no desenvolvimento do presente trabalho e valiosas contribuições.

O LUCRO DA INTERVENÇÃO EM AÇÕES INIBITÓRIAS

Flávio Augusto Mendes Dourado¹

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo analisar o instituto do lucro da intervenção e a sua aplicabilidade em diferentes tipos de ações inibitórias no direito brasileiro. O lucro da intervenção surge como um instituto para a preservação da autonomia da vontade da vítima com relação à sua livre disposição de direitos. Seu fundamento é extraído da vedação ao enriquecimento sem causa e objetiva restituir o lucro obtido pelo violador a partir da utilização indevida de um direito alheio. Foi verificada a sua aplicabilidade em ações inibitórias onde o lucro obtido pelo violador supera os danos efetivamente causados ao titular do direito - incluindo ações relacionadas a direitos de propriedade industrial - ou em situações em que inexistente dano efetivo, bem como ser uma alternativa viável aos danos punitivos.

Palavras-chave: Lucro da Intervenção. Enriquecimento Sem Causa. Danos Punitivos. Propriedade Industrial. Direito de Imagem.

ABSTRACT

This article aims to analyze the institute of the disgorgement of profits and its applicability in different types of inhibitory actions in Brazilian law. The disgorgement of profits emerges as an institute for the preservation of the victim's autonomy regarding their free disposition of rights. Its foundation is drawn from the prohibition of unjust enrichment and aims to restore the profit obtained by the violator from the improper use of someone else's right. Its applicability was verified in inhibitory actions where the profit obtained by the violator exceeds the damages effectively caused to the rightful holder (including industrial property matters), or in situations where there is no actual damage, as well as being a viable alternative to punitive damages.

Keywords: Disgorgement of Profits. Unjust Enrichment. Punitive Damages. Industrial Property. Image Rights.

Sumário: 1. Introdução. 2. Histórico do Lucro da Intervenção e as Teorias de Enriquecimento. 3. Enquadramento do Lucro da Intervenção. 4. Danos punitivos. 5. Leading Case – Recurso Especial 1.698.701/RJ. 6. Aplicações no direito brasileiro. 7. Lei de Propriedade Industrial. 8. Mensuração. 9. Considerações Finais. Referências.

¹Graduando em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie.

1 INTRODUÇÃO

Os conflitos são inerentes a todas as sociedades e decorrem da própria interação humana. O direito tem como função precípua equilibrar os interesses conflitantes, sempre com o objetivo de alcançar a tão almejada pacificação social. O direito civil, em específico, volta-se ao ramo privado e, nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves (2019a, p. 30-31), visa disciplinar o modo de ser e de agir das pessoas, regulando as ocorrências do dia a dia. Dentre as formas de regulação, destacam-se nesta seara o instituto da responsabilidade civil e a cláusula geral de vedação ao enriquecimento sem causa.

Em casos de violações de direitos, para a verificação da responsabilidade civil, a legislação² e a doutrina³ consagraram três pressupostos básicos: (i) conduta humana/ato ilícito; (ii) dano; e (iii) nexos de causalidade entre a conduta/ato ilícito e o dano. No entanto, em razão das complexidades das relações pessoais, nota-se que a responsabilidade civil não é suficiente para restabelecer o *status quo ante* em todas as modalidades de violações a direitos.

Neste sentido, o art. 884 do Código Civil⁴ prevê a cláusula geral de vedação ao enriquecimento sem causa, instituto subsidiário, que proíbe que um indivíduo se enriqueça às custas de outrem.

A partir desta concepção e fundamentado neste princípio, surge a teoria do Lucro da Intervenção, conferindo ao titular de um direito violado e indevidamente utilizado por terceiro, o direito de buscar na esfera patrimonial deste todo o lucro obtido a partir da violação, principalmente quando ausente qualquer dano patrimonial ou extrapatrimonial (requisito para a configuração da responsabilidade civil) ou quando o dano experimentado é inferior ao lucro efetivamente auferido.

Este instituto, amplamente estudado pelo professor português Francisco Manuel Pereira Coelho, apesar de – a princípio - não ser expressamente previsto no ordenamento jurídico pátrio, foi alvo de estudos de juristas brasileiros, a se destacar a obra “Responsabilidade Civil e

²Código Civil: “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” (...) “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo” (Brasil, 2002).

³“... pode ser apontada a existência de quatro pressupostos do dever de indenizar ou elementos da responsabilidade civil extracontratual, reunindo os doutrinadores aqui destacados: a) conduta humana; b) culpa genérica, em sentido amplo ou lato sensu; c) nexos de causalidade; d) dano ou prejuízo. A conduta humana e a culpa lato sensu são os seus elementos subjetivos. O nexos é o elemento imaterial. O dano é o elemento objetivo da responsabilidade civil” (Tartuce, 2022, p. 79).

⁴“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” (Brasil, 2002).

Enriquecimento Sem Causa: O Lucro da Intervenção” de Sérgio Savi e já aplicado pela jurisprudência em casos de violação a direitos de imagem e propriedade.

Considerando os estudos desenvolvidos e a partir da análise dos casos concretos já enfrentados pelos tribunais nacionais que se desenvolverá o presente trabalho, com o objetivo central de apresentar a teoria do lucro da intervenção e mostrar a sua viabilidade no direito brasileiro, de forma a possibilitar o pleno restabelecimento do *status quo* prévio às violações e como meio dissuasivo às violações que conferem lucros superiores aos danos causados, em alternativa aos controversos danos punitivos. Por fim, serão analisadas as possibilidades do lucro da intervenção em ações inibitórias, com especial enfoque às ações de uso indevido de imagem e intervenção indevida no direito de propriedade (material e industrial).

2 HISTÓRICO DO LUCRO DA INTERVENÇÃO E AS TEORIAS DE ENRIQUECIMENTO

A origem dos estudos sobre o enriquecimento por intervenção pode ser verificada no direito alemão a partir da redação do §812 do BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch*)⁵, a Teoria da Ilicitude de Fritz Schulz⁶ e a Teoria do Conteúdo da Destinação/Atribuição/Dualista, desenvolvida por Walter Wilburg⁷ e posteriormente complementada por Ernst von Caemmerer⁸.

Menezes Leitão (2004) expõe a forma que Fritz Schulz questiona a teoria anterior, a Unitária, que era baseada na doutrina de Savigny e analisava somente a ocorrência do enriquecimento injustificado às custas de outrem, independentemente da forma ocorrida. Porém, com a Teoria da Ilicitude, Renato Duarte Franco de Moraes (2021, p. 306-307) explica que o objeto de análise passaria a ser a aquisição intromissiva e incompatível com o direito, não mais a deslocação de patrimônio. Agora, bastaria a incompatibilidade entre a conduta e o direito, sem análise da culpa ou dolo do agente, para que surgisse o dever de restituir.

⁵Código Civil Alemão. §812: “(1) Qualquer pessoa que obtenha algo sem justificação legal através dos serviços de outrem ou de qualquer outra forma às suas custas é obrigada a devolvê-lo. Esta obrigação também existe se a razão jurídica deixar de ser aplicável ou o resultado pretendido de um serviço baseado no conteúdo do negócio jurídico não ocorrer. (2) O reconhecimento contratual da existência ou inexistência de uma obrigação também conta como serviço” (apud Leitão, 2004).

⁶SCHULZ, Fritz. *System der Rechte auf den Eingriffserwerb*, em AcP 105 (1909), p. 1 488 (apud Leitão, 2004).

⁷WILBURG, Walter. *Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung nach österreichischem und deutschem Recht. Kritik und Aufbau*. Graz: Leuschner & Lubensky, 1934 (apud Leitão, 2004).

⁸CAEMMERER, Ernst von. *Bereicherung und unerlaubte Handlung*. In: DÜLLE, Hans; RHEINSTEIN, Max; ZWEIGERT, Konrad (org.). *Festschrift für Ernst Rabel, I Rechtsvergleichung und internationales Privatrecht*. Tübingen: Mohr, 1954. p. 333 401 (apud Leitão, 2004).

Na sequência, Wilburg proporia a divisão do instituto do enriquecimento sem causa em duas categorias: o enriquecimento por prestação (*Leistungskondiktio*) e o enriquecimento por intervenção (*Eingriffskondiktio*)⁹. Neste sentido, segundo Menezes de Leitão (2004), o primeiro seria definido precipuamente por sua relação aos contratos e às transmissões de bens, enquanto o segundo seria um prolongamento da eficácia dos direitos de propriedade.

Assim, o enriquecimento por prestação seria verificado nas relações contratuais, onde uma das partes contratantes cumpre regularmente as obrigações assumidas, mas a outra parte, já beneficiada por essa prestação, não adimple com seu ônus contratual. No enriquecimento por intervenção, diferentemente da modalidade anterior, não haveria uma relação prévia entre as partes, mas sim uma ingerência unilateral na esfera de direitos alheia e que resultaria na obtenção de lucros efetivos a este agente violador.

Como resultado, este enriquecimento originado com a violação do direito não possuiria justa causa e conferiria margem para a restituição em favor do titular, uma vez que o interventor estaria adquirindo algo que pertenceria efetivamente ao titular do direito (Moraes, 2021, p. 312). Dessa forma, diferentemente da Teoria da Ilícitude, a restituição não seria mais vista “como uma reação punitiva contra ações ilegítimas, mas como resultado da finalidade do direito de conferir benefícios ao seu respectivo titular” (Moraes, 2021, p. 313).

Com isso, é possível verificarmos o início do estudo do lucro da intervenção com a Teoria da Ilícitude, onde Schulz ultrapassou o conceito de deslocamento do patrimônio e passou a analisar a incompatibilidade da conduta do agente frente ao direito. No entanto, referida teoria não respondia com precisão o problema vislumbrado e somente no momento do desenvolvimento da Teoria Dualista de Wilburg que o lucro da intervenção passaria a ter contornos e aplicabilidades reais.

Além da clara influência exercida sobre o direito alemão, a teoria do enriquecimento por intervenção viria também a influenciar o direito português¹⁰ e, posteriormente, o próprio direito brasileiro, onde a doutrina já o aborda como uma modalidade de enriquecimento sem

⁹WILBURG, Walter. *Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung nach österreichischem und deutschem Recht. Kritik und Aufbau*. Graz: Leuschner & Lubensky, 1934 (apud Leitão, 2004).

¹⁰Conforme destacam Sabrina Jiukoski da Silva e Rafael Peteffi da Silva, o problema relacionado ao lucro da intervenção já é discutido há muito anos no direito português, tendo sido consolidado o entendimento pelo Superior Tribunal de Justiça Português que a *condictio* por intervenção seria uma categoria autônoma de enriquecimento sem causa. Naquela jurisdição, apesar de haver divergência doutrinária, há o posicionamento de que “se alguém utilizar abusivamente coisa alheia ou editar obra alheia, assim, deve restituir tudo quanto tenha sido obtido à custa de outrem, os proveitos ou o produto do uso da coisa (lucro da intervenção) e não somente o valor objetivo do uso”. (Jiukoski da Silva; Peteffi da Silva, 2019)

causa e o Superior Tribunal de Justiça e diversos Tribunais Estaduais já reconheceram a sua aplicabilidade em algumas demandas inibitórias específicas.

3 ENQUADRAMENTO DO LUCRO DA INTERVENÇÃO

Antes de abordarmos a forma que o lucro da intervenção pode ser verificado na legislação e jurisprudência brasileiras, importante analisar o seu enquadramento dogmático no ordenamento jurídico e os eventuais problemas que podem ser encontrados.

Fernando Noronha (2011), ao abordar as obrigações no direito brasileiro, destaca a existência de uma configuração tripartida, sendo composta por (i) obrigações negociais; (ii) de responsabilidade civil; e (iii) de enriquecimento sem causa. Segundo o autor, as primeiras nasceriam de contratos e se fundariam no compromisso assumido conforme a autonomia privada; a segunda nasceria da prática de atos danosos e seria fundada na necessidade de se reparar os danos sofridos; e, por fim, a terceira surgiria da apropriação ou aproveitamento de bens que o ordenamento reserva ao seu titular respectivo.

Considerando que o lucro da intervenção versa justamente sobre uma ingerência não autorizada em bens/direitos alheios, resta claro que não poderão ser abarcados pela primeira categoria de obrigações negociais, vez que derivadas da autonomia das partes em contratar e se manterem contratadas (Schneiber; Silva, 2018). Essa situação, conforme demonstrado no tópico anterior, se enquadraria na modalidade de enriquecimento por prestação.

Com relação à responsabilidade civil, em que pese haver aceitação por parte da doutrina e ser recorrentemente aplicada pela jurisprudência, deve-se destacar o fato de que inexistente no ordenamento jurídico brasileiro previsão normativa que permita que a indenização a ser paga à vítima exceda os danos efetivamente experimentados, *ex vi* art. 944 do Código Civil, que consagra o princípio da reparação integral: “A indenização mede-se pela extensão do dano”.

Neste ponto, estaria abarcada a discussão relacionada aos chamados “danos punitivos” – a serem endereçados no tópico subsequente -, que geram grande controvérsia, mas são recorrentemente aplicados pela jurisprudência de forma a dissuadir comportamentos reprováveis, principalmente quando a mera restituição patrimonial se mostra insuficiente para reprovar a conduta verificada.

Além disso, considerando a necessidade de existência concomitante de ato ilícito; dano e nexo de causalidade, a responsabilidade civil não seria suficiente para resolver as hipóteses em que não há a ocorrência de dano, mas tão somente a obtenção de um lucro indevido a partir

da esfera de direitos alheia ou quando o lucro supera o dano sofrido pela vítima. Nesta hipótese, Sérgio Savi destaca que mesmo após indenizar a vítima, o ofensor permaneceria em uma situação melhor do que a que estava antes da prática do ato e a situação “poderia servir de estímulo para a violação a institutos fundamentais para a vida em sociedade, como a propriedade, o contrato e os direitos da personalidade” (Savi, 2012, p. 92).

Dessa forma, verificando-se a inaplicabilidade das hipóteses supracitadas e considerando que o enriquecimento sem causa objetiva impedir um acréscimo patrimonial indevido, resta claro o enquadramento do lucro da intervenção como uma das modalidades deste instituto, da forma como desenvolvida pela teoria dualista de Wilburg.

Neste ponto, em que pese versar sobre condutas contrárias ao direito, insta salientar que em razão da amplitude do tema – o qual pode abordar tanto condutas ilícitas derivadas de má-fé do agente, quanto condutas derivadas da boa-fé - a doutrina não tem tratado o tema sob a denominação de enriquecimento ilícito¹¹, mas sim sob a previsão do art. 884 do Código Civil e a ausência de justa causa para a ação, em outras palavras, a “inexistência de autorização legal ou negocial para a utilização do direito alheio” (Silva, 2022, p. 357).

Apesar da existência de controvérsias legislativas, a exemplo do art. 210, II, da Lei de Propriedade Industrial – que será abordado posteriormente – e discussões doutrinárias, no âmbito jurisprudencial brasileiro, não há dúvidas sobre o enquadramento na seara do enriquecimento sem causa, havendo, inclusive, precedente já firmado pelo Superior Tribunal de Justiça (REsp n. 698.701/RJ) e a edição do Enunciado 620 da VIII Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal¹².

Assim, estando o lucro da intervenção sedimentado no âmbito do enriquecimento sem causa, facilita-se a análise de sua distinção com relação a outras matérias, em especial aos lucros cessantes, os quais configuram uma modalidade de dano patrimonial e constituem uma matéria a ser abordada pela responsabilidade civil.

4 DANOS PUNITIVOS

¹¹“Em tempos passados, era comum falar-se em “enriquecimento ilícito”, em vez de em enriquecimento sem causa. Aquela expressão não é, porém, adequada. Em rigor, a ilicitude pressupõe, além de uma conduta antijurídica, também a sua imputação ao agente, a título de dolo ou culpa. Um enriquecimento ilícito, embora ainda caiba dentro da figura mais ampla do enriquecimento sem causa, em princípio implicará na aplicação das regras da responsabilidade civil” (Noronha, 2011).

¹²“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” (Conselho de Justiça Federal, 2018).

Os danos morais punitivos (*punitive damages*) possuem sua gênese no direito americano e inglês (*common law*) como uma figura que possibilita exceder a reparação do dano causado à vítima do ilícito e definir uma indenização superior com base na reprovabilidade de sua conduta e as condições econômico-financeiras específicas às partes envolvidas naquela lide. Dessa forma, a doutrina dos *punitive damages* poderia se resumir da seguinte forma:

Punitive Damages informa que a reparação decorrente do dano moral deve alcançar duas finalidades: uma de compensar a ofensa causada à vítima, e outra de punir o autor da lesão, desestimulando-o, de modo a não mais praticar semelhante conduta lesiva e, ainda, servindo de exemplo à sociedade, a fim de que nenhum outro integrante se sinta encorajado a praticar conduta de mesmo jaez (Araujo Filho, 2014).

No Brasil, a responsabilidade civil se verifica nas disposições dos arts. 186¹³ e 927¹⁴ e seguintes do Código Civil e dentre as suas funções precípua se destacam a compensatória e a preventiva, com alguns doutrinadores também defendendo a existência de um caráter punitivo. Em explicação a esse tema, Flávio Tartuce (2022, p. 59) expõe que a função compensatória estaria presente ao se determinar a reparação integral dos danos verificados e se integraria à função preventiva ao inibir outras futuras condutas ofensivas e à punitiva ao também estabelecer a indenização como uma sanção ao violador das regras normativas.

Especificamente com relação ao caráter punitivo, especial atenção deve ser trazida também ao artigo 944 do mesmo diploma, onde a discussão se trava em torno do princípio da reparação integral e a previsão de que “a indenização mede-se pela extensão do dano” (Brasil, 2002). Neste sentido, verificam-se argumentos tanto em favor de sua aplicação quanto contrários.

Favoravelmente, é possível destacar o posicionamento de Sérgio Cavalieri Filho (2023, p. 123), que argumenta pelo cabimento dessa modalidade conforme os princípios constitucionais - especificamente a garantia da tutela jurisdicional contra todas as ameaças ou lesões a direito -, sendo recomendada a aplicação nas seguintes hipóteses:

(i) em razão da gravidade do comportamento do ofensor, que se revelar altamente reprovável, não apenas em função do elemento subjetivo (dolo, culpa grave, fraude,

¹³“Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” (Brasil, 2002).

¹⁴“Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo” (Brasil, 2002).

malícia), mas também em razão da reiteração da conduta ofensiva e desconsideração da vítima – indiferença com a saúde, segurança, dignidade, vulnerabilidade, vantagem financeira etc.; (ii) em razão da gravidade e extensão dos danos ofensivos de interesses coletivos, difusos, sociais, ambientais e outros mais. (Cavaliere Filho, 2023, p. 123).

No outro polo, Humberto Theodoro Júnior (2016, p. 39) critica esse entendimento por parte da doutrina e da jurisprudência, principalmente frente à evolução do direito e da sociedade. Segundo o doutrinador, ao longo do tempo, o direito teria registrado grandes avanços e dentre eles estariam o abrandamento nas reações vingativas às injustiças e a divisão das responsabilidades entre penais e civis.

Dessa forma, os castigos estariam reservados ao Estado e deveriam ser impostos por meio da legislação penal; enquanto à vítima, não mais caberia a vingança, mas tão somente o ressarcimento do prejuízo experimentado (Theodoro Júnior, 2016, p. 61). Portanto, o caráter punitivo não se coadunaria com o direito civil (de caráter eminentemente privado), mas, na verdade, com o direito penal, seara que se preocupa com danos sociais e em reprimir condutas nocivas à sociedade:

A maior ou menor repercussão social, a maior ou menor intensidade do dolo ou da culpa, são dados completamente irrelevantes no plano da responsabilidade civil. O valor da indenização a ser proporcionada à vítima deve ser absolutamente desvinculado da gravidade do ato cometido, porque sua função não é punir, mas apenas ressarcir (Theodoro Júnior, 2016, p. 65).

Neste sentido, parte da doutrina defende que o caráter punitivo seria equivocados frente a essa evolução e constitucionalização da responsabilidade civil, onde o foco teria deixado de ser em punir o ofensor, mas reparar integralmente os danos sofridos pela vítima (Savi, 2012, p. 44). Além disso, o erro não residiria somente na violação ao art. 944 do Código Civil e o princípio da reparação integral, mas estaria na própria Carta Magna¹⁵.

¹⁵“A negativa da possibilidade de indenização superior ao dano tem como premissa a rejeição das teses genéricas de atribuição de caráter punitivo à responsabilidade civil.19 A advertência faz-se de especial relevância no cenário contemporâneo, no qual juízes e tribunais brasileiros reiteradamente invocam a noção punitivista supostamente associada à responsabilidade civil para fundamentar a fixação de indenizações em montantes aleatórios e desprovidos de qualquer substrato racional – particularmente na seara dos danos morais, por influxo da doutrina estadunidense dos punitive damages. Tal prática jurisprudencial, ainda que imbuída de louváveis propósitos, encontra óbice intransponível no princípio da legalidade: toda e qualquer punição, independentemente do ramo do Direito em que situada, deve se fundamentar diretamente em lei em sentido formal. Trata-se do princípio da legalidade, segundo o qual “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (CF, art. 5o, XXXIX). Trazido à esfera cível, o referido princípio determina que nenhuma punição pode ser imposta pelo juiz sem prévia e estrita cominação legal” (Silva, 2016).

Isto é, em virtude do princípio da legalidade, estampado no art. 5º, XXXIX da Constituição Federal¹⁶, não haveria autorização para que uma autoridade criasse uma pena sem uma prévia cominação legal. Por essa razão, em respeito a este princípio e à separação de poderes¹⁷, todo juiz só poderia julgar conforme leis pré-existentes, não sendo a ele permitido legislar e julgar ao mesmo tempo (Theodoro Júnior, 2016, p. 62).

Entretanto, em que pesem as considerações destes doutrinadores, na prática, é extremamente comum vislumbrar indenizações punitivas em casos concretos, onde os Tribunais têm reconhecido o caráter sancionatório como necessário para a reprovação dessas condutas contrárias ao direito.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, o Ministro Raúl Araujo Filho (2014), ao escrever sobre a matéria e tendo como base julgados recentes, defendeu a aplicabilidade do caráter punitivo quando for verificada uma conduta extremamente reprovável e praticada mediante dolo ou culpa grave. Segundo o Ministro, a adoção deste tipo de reparação não ofenderia a Constituição Federal e estaria em consonância com o ordenamento, desde que respeitados os critérios de razoabilidade e proporcionalidade, bem como a vedação ao enriquecimento sem causa da vítima a ser reparada.

Dessa forma, considerando a ausência de um entendimento uníssono sobre a matéria e as suas questionáveis aplicações, o lucro da intervenção pode se apresentar como uma melhor opção para desestimular condutas contrárias ao direito quando relacionadas a intervenções indevidas em direitos alheios, principalmente quando consideramos que a responsabilidade civil, em sua função precípua, não deveria se interessar por quanto o ofensor lucrou com seu ato, mas sim verificar o que está a menos no patrimônio do lesado e restituí-lo até o limite de seu dano¹⁸.

5 LEADING CASE – RECURSO ESPECIAL N. 1.698.701/RJ

Na prática, o primeiro julgado brasileiro a mencionar expressamente o lucro da intervenção foi o Recurso Especial n. 1.698.701/RJ, interposto pela atriz Giovanna Antonelli

¹⁶“XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (Brasil, 1988).

¹⁷Constituição Federal: Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” (Brasil, 1988).

¹⁸PEREIRA COELHO, Francisco Manuel. O enriquecimento e o dano. Coimbra: Almedina, 1999, p. 27-28 (apud Savi, 2012, p. 46).

em face da empresa Dermo Formulações Farmácia de Manipulação Ltda – ME e sob relatoria do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva (Brasil, 2018).

Em breve síntese, o caso versava sobre o uso não autorizado do nome e imagem da atriz para a comercialização de um produto da empresa recorrida, em que a seguinte frase era utilizada em conjunto a uma imagem da Autora: “DETOX – a dieta que está na moda entre os famosos e fez a atriz Giovanna Antonelli perder 5kg em 15 dias” (Brasil, 2018).

Na situação, não havia qualquer autorização para a utilização da imagem atriz, que inclusive notificou extrajudicialmente a parte contrária para que esta se abstivesse dos usos indevidos que foram verificados. A Autora questionou justamente sobre as vantagens que teriam sido auferidas pela Ré e a má-fé de sua conduta, que optou por simplesmente correr o risco de arcar com a condenação ao invés de negociar um contrato. Por essa razão, além de pleitear a reparação dos danos causados, a Autora pleiteou também a restituição da vantagem patrimonial obtida a partir da indevida utilização de seus direitos.

No entanto, o pedido – inicialmente não analisado pela sentença – foi indeferido, por se entender que, com a reparação integral dos danos suportados pela Autora, não haveria justa causa no pedido de restituição do lucro da intervenção. Após, com a devida interposição de recurso de apelação, a sentença restou reformada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que concedeu o pedido pelo lucro da intervenção, sob os seguintes fundamentos:

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 (Rio de Janeiro, 2016).

Em que pese o acerto do acórdão em reconhecer o lucro da intervenção e destacar a existência de lucros obtidos com o ato ilícito em um patamar superior aos danos patrimoniais e morais, o decisório se equivocou ao fixar o montante a ser restituído em 5% sobre o volume de vendas do produto (baseado no seu preço durante o período de comercialização com a utilização da propaganda indevida), o que motivou a interposição de Recurso Especial ao Superior

Tribunal de Justiça e o requerimento de uma determinação correta da fórmula de cálculo do lucro da intervenção.

No âmbito da Corte Superior, o Recurso Especial foi integralmente provido, nos termos do voto do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. O relator, ao julgar este primeiro caso sobre o tema no Brasil, foi cuidadoso e abordou com precisão todos os pontos relevantes sobre a matéria.

De início, ao avaliar o enquadramento do lucro da intervenção, o Ministro expôs a forma que ele não se coadunaria com a responsabilidade civil, uma vez que a indenização deve sempre ser medida pela extensão do dano – em consonância ao exposto anteriormente sobre o posicionamento de parte da doutrinas sobre os danos punitivos no Brasil -, e tendo em vista o fato que a vantagem patrimonial obtida pela intervenção indevida em direitos alheios pode muitas vezes superar o prejuízo sofrido pelo titular do direito.

Dessa forma, segundo o Ministro, o lucro da intervenção surgiria como uma opção adequada para contornar o problema, ao ser uma forma de preservar a livre disposição de direitos e de inibir a prática de atos contrários ao ordenamento jurídico. Neste ponto, a preservação da livre disposição de direitos residiria no fato de ninguém ser obrigado a contratar contra a sua própria vontade, ou seja, deveriam ser combatidas as ocasiões em que as vantagens a serem obtidas com a intervenção indevida em um direito são superiores à própria celebração do contrato e subsequente reparação pelos danos causados, forçando o titular a aceitar aquela situação contra sua própria vontade.

Com relação à subsidiariedade da ação de enriquecimento sem causa, prevista no art. 886 do Código Civil¹⁹, o Relator destacou sobre a inexistência de um caráter absoluto a esta regra e defendeu a aplicabilidade da ação em concorrência com outras, quando cada uma é disciplinada em um instituto específico do direito civil (responsabilidade civil x enriquecimento sem causa), sendo plenamente possível a cumulação entre os pedidos, bem como ser desnecessária a verificação de qualquer empobrecimento do titular do direito.

Ao final, a Corte reconheceu a maior dificuldade existente com relação ao tema: a quantificação. Para possibilitar a mensuração, foi diferenciado o lucro real, que equivaleria ao valor cobrado normalmente para autorizar por contrato o uso de sua imagem, e o lucro patrimonial, o qual deveria servir como base, já que é calculado pela comparação da situação antes e depois do ato. Superada a espécie de lucro a ser considerada, assim como realizado em

¹⁹“Art. 886. Não caberá a restituição por enriquecimento, se a lei conferir ao lesado outros meios para se ressarcir do prejuízo sofrido” (Brasil, 2002).

outras jurisdições, o Ministro destacou a necessidade de analisar eventual mérito (contribuição) do interventor e seu grau de culpabilidade, além de, em consonância com a jurisdição brasileira, serem considerados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Tudo isso para que não se deixasse ao arbítrio do julgador fixar um percentual aleatório a título de lucro da intervenção, assim como feito pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Dessa forma, para a adequada apuração, foi fixado o entendimento de que os detalhes atinentes devem ser apurados em fase de liquidação de sentença e observando os seguintes critérios:

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

6 APLICAÇÕES NO DIREITO BRASILEIRO

O caso relacionado ao uso indevido da imagem da atriz Giovanna Antonelli marcou a primeira ocasião em que o lucro da intervenção foi mencionado expressamente por um julgado brasileiro. Desde então, o tema tem ganhado robustez em nosso país e tem sido recorrentemente pleiteado perante as cortes estaduais. Dentre as aplicações que podem ser observadas, destacam-se as ações relacionadas a direitos de propriedade e de imagem.

No que tange ao direito de imagem, a sua aplicação se fundamenta primariamente em função dos arts. 5º, inciso X, da Constituição Federal²⁰ e 20 do Código Civil²¹, que preveem a inviolabilidade do direito de imagem, proíbem sua utilização não-autorizada por terceiros e asseguram o direito à indenização. Além dessas previsões normativas, o Superior Tribunal de

²⁰“X - São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (Brasil, 1988).

²¹“Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais” (Brasil, 2002).

Justiça, por meio da edição da Súmula 403²², adicionou a esses direitos ao estabelecer que o uso não autorizado da imagem de pessoas com fins econômicos ou comerciais daria ensejo ao dever de reparação independentemente de prejuízo, ou seja, configuraria dano presumido, com verificação *in re ipsa*. No mesmo sentido, foi o entendimento firmado no Enunciado nº 587 na VII Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal²³.

Dessa forma, considerando (i) a vedação expressa de nosso ordenamento jurídico ao uso indevido de imagem alheia, inclusive assegurando o direito à reparação pelos danos ocasionados; e (ii) a impossibilidade de permitir que um indivíduo se beneficie indevidamente a partir da esfera de direitos de outrem, se torna evidente a aplicabilidade da restituição das quantias obtidas a título de lucro da intervenção em casos relacionados a direito de imagem, principalmente quando considerado seu enorme potencial lucrativo a depender da forma que é utilizado.

Neste condão, se torna importante trazer atenção ao julgado proferido no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, oportunidade em que a Desembargadora Relatora Lílian Macial, da 20ª Câmara Cível, reconheceu a necessidade de restituição do lucro da intervenção em lide promovida pela utilização indevida de imagem para fins comerciais após rescisão contratual e com a efetiva obtenção de lucros com a venda de produto (vinculado à imagem do autor) sem o repasse dos valores devidos (Minas Gerais, 2022).

No caso, o autor buscava a majoração da quantia fixada a título de danos morais para que ocorresse o efeito punitivo, entretanto, a Desembargadora Lílian Maciel, ressaltou que não se tratava efetivamente de responsabilidade civil no caso, mas de lucro da intervenção, isto tendo em vista que um dos eixos da responsabilidade civil é o princípio da reparação integral, limitando a reparação à extensão do dano. Assim, os *punitive damages* só poderiam ser utilizados de forma indireta e como reflexo da função precípua da responsabilidade civil (a compensatória), uma vez que o *quantum* indenizatório deve necessariamente refletir a extensão do dano sofrido pela vítima. Dessa forma, no caso concreto, seria devida a restituição dos lucros auferidos com fundamento na vedação ao enriquecimento sem causa:

²²“Independente de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais” (Brasil, 2009).

²³“O dano à imagem restará configurado quando presente a utilização indevida desse bem jurídico, independentemente da concomitante lesão a outro direito da personalidade, sendo dispensável a prova do prejuízo do lesado ou do lucro do ofensor para a caracterização do referido dano, por se tratar de modalidade de dano *in re ipsa*” (Brasil, 2016).

Tem-se, contudo, a seguinte dicotomia: se o indivíduo que praticou o lucro da intervenção tiver de indenizar a vítima somente pelos prejuízos que ela efetivamente sofreu, ainda poderá lhe restar uma parcela do lucro auferido com o uso da imagem indevida - em violação ao princípio da vedação ao enriquecimento sem causa. Por outro lado, se a vítima receber uma reparação superior ao prejuízo efetivamente experimentado, será violado o princípio da reparação integral. A fim de dirimir tal conflito, pacificou-se na doutrina e jurisprudência ser **preferível dar primazia ao princípio da vedação ao enriquecimento sem causa, por meio da aplicação da teoria do lucro da intervenção**, que aplicar o princípio da reparação integral e, com isso, beneficiar o agente que praticou o ato ilícito.

(...)

Entende-se, portanto, que o disgorgement, ou dever de restituição do lucro da intervenção, surge como forma de preservar a livre disposição de direitos e, também, de inibição da 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. Pode-se concluir que o dever de restituição do lucro da intervenção possui duas funções precípua: (i) preservar a livre disposição de direitos (no caso, o autor não queria que sua imagem fosse vinculada ao produto "Peão Sonoro" sem sua autorização, mesmo tendo havido um contrato envolvendo as partes, há muitos anos); (ii) atuar como meio dissuasório da violação de direitos de terceiros (Minas Gerais, 2022) (grifo nosso).

O voto deixa claras as funções que podem ser exercidas pelo lucro da intervenção (i) ao preservar a livre disposição de direitos, considerando que houve uma prorrogação contratual forçada com a continuidade do uso da imagem mesmo após a rescisão; e (ii) como meio dissuasório de violação de direitos de terceiros, eis que a conduta contrária ao direito deixaria de ser mais vantajosa que a celebração efetiva do contrato, já que o violador, além de precisar indenizar todos os danos decorrentes da utilização indevida, não permaneceria com os lucros que foram obtidos a partir do direito alheio.

Entretanto, deve-se destacar que, para ser devida a restituição, não basta ser verificada a utilização indevida da imagem alheia e a obtenção de lucros pelo violador, mas deve haver uma conexão entre um e outro. A ingerência no direito alheio deve ser a razão determinante para o resultado proveitoso àquele que foi enriquecido e, caso haja a utilização, mas este não seja o principal fator para o lucro, não haverá o direito à restituição (São Paulo, 2021).

Ademais, quando verificada a aplicação na proteção ao direito de propriedade, há igualmente ampla proteção, sendo garantido pelos arts. 5º, XXII da Constituição Federal²⁴ e 1.228 e seguintes do Código Civil²⁵. Independentemente da limitação exercida pela função social da propriedade - que não será objeto do presente trabalho -, partindo da premissa de uma intromissão não autorizada no direito de propriedade alheio, tem sido igualmente aceito pela

²⁴“XXII - é garantido o direito de propriedade” (Brasil, 1988).

²⁵“Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha” (Brasil, 2002).

jurisprudência o direito ao ressarcimento do lucro da intervenção que foi indevidamente auferido pelo interventor.

Neste sentido, o Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso, em caso de relatoria do Desembargador Guiomar Teodoro Borges, da 4ª Câmara de Direito Privado, teve a oportunidade de analisar o cabimento da restituição do lucro da intervenção em situação em que houve a instalação de uma linha de transmissão de energia elétrica em uma propriedade rural (Mato Grosso, 2021).

Este caso ilustra a pertinência da matéria nas ocasiões em que inexistente ato ilícito, uma vez que ali havia o propósito de aumentar a prestação de energia elétrica, com a prestação de um serviço público e autorizada mediante decisão judicial. No entanto, não houve declaração de utilidade pública para a instalação, mas somente a obtenção de vultosos lucros a partir da usurpação de um direito alheio, demonstrando a necessidade de destinar as quantias obtidas ao seu titular legítimo.

Entretanto, apesar de ser reconhecido o direito ao lucro da intervenção, aqui houve o mesmo equívoco praticado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que, ao deferir a pretensão, fixou-a em um percentual aleatório de 5% sobre o valor total do lucro, ao invés de analisar as contribuições de cada parte para a obtenção daqueles valores e estabelecer os critérios para sua apuração em fase de liquidação de sentença.

A visualização em casos relacionados a direito de imagem e de propriedade é relativamente simples, porém a situação se torna complexa quando vislumbradas as previsões legais e jurisprudências relacionadas à propriedade industrial, que merecerá um tópico específico para sua abordagem.

7 LEI DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL

Em que pese inexistir no ordenamento jurídico brasileiro uma menção expressa à possibilidade de a vítima de uma intervenção indevida em direitos obter a restituição dos valores indevidamente obtidos pelo violador (lucro da intervenção), a possibilidade de reparação da vítima com base nos lucros que foram indevidamente auferidos pelo violador do direito não é uma hipótese desconhecida, mas que já é prevista há anos no âmbito da Lei de Propriedade Industrial (Lei nº 9.279/96).

Nesta legislação, em seu art. 210, que versa sobre os critérios de apuração dos lucros cessantes, a seguinte previsão pode ser encontrada:

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 (Brasil, 1996).

Como se observa, enquanto no primeiro inciso é possível encontrar um critério efetivamente relacionado à definição de lucros cessantes (“os benefícios que o prejudicado teria auferido se a violação não tivesse ocorrido”), no inciso subsequente encontra-se uma previsão efetivamente relacionada a enriquecimento sem causa – especificamente na modalidade de enriquecimento por intervenção – ao constar como critério “os benefícios que foram auferidos pelo autor da violação do direito”. No entanto, como já demonstrado anteriormente, o fundamento para o lucro da intervenção não encontra respaldo na responsabilidade civil, tampouco se confunde com os lucros cessantes.

A diferença entre os institutos é vital, principalmente quando considerada a subsidiariedade da cláusula geral de vedação ao enriquecimento sem causa (art. 884 e 886 do Código Civil) e o fato de que se for entendida pela aplicação do lucro da intervenção no âmbito da responsabilidade civil, não será possível a cumulação do pleito com outro relacionado a lucros cessantes, sob pena de incidência de inequívoco *bis in idem*, esvaziando eventual pedido de restituição do lucro da intervenção e resultando na impossibilidade do pleno reestabelecimento do *status quo* prévio às violações.

Dessa forma, compreendendo que os lucros cessantes são a “frustração da expectativa de lucro” ou “a perda de um ganho esperado” (Gonçalves, 2019b, p. 387), fica claro que em nada se confundem com o lucro da intervenção, o qual não depende de um empobrecimento do titular do direito e não foca na reparação de seu patrimônio, mas sim em impedir que o infrator obtenha e permaneça com as vantagens obtidas a partir da ingerência na esfera de direitos do titular. Portanto, “quando uma determinada situação fática preencher simultaneamente os pressupostos do enriquecimento sem causa e da responsabilidade civil, diversas - e cumuláveis, porque autônomas - haverão de ser as pretensões relacionadas” (Silva, 2022, p. 371) e não haverá que se falar em eventual exclusão de pretensões.

Neste sentido, com a diferenciação do que seria efetivamente “lucros cessantes” e o que seria “lucro da intervenção”, se torna possível defender a aplicabilidade de ambos no âmbito de infrações a direitos de propriedade industrial, a depender das circunstâncias fáticas do caso concreto e relevância do direito envolvido.

Assim, na prática, verifica-se que os critérios de aferição do art. 210 da LPI são sempre definidos conforme seu benefício à vítima, ou seja, em um caso que os lucros auferidos pelo infrator sejam superiores aos danos efetivamente causados, esse será o critério utilizado para apurar os lucros cessantes. No entanto, ao considerar que o lucro da intervenção está desassociado da responsabilidade civil, verifica-se que a apuração dos lucros cessantes, caso existentes, deveria ser realizada pelo inciso I do artigo 210 (hipótese clássica de lucros cessantes e considerando a igual inadequabilidade constitucional do inciso III ao forçar um contrato não desejado pela apuração conforme o valor de mercado de uma licença) e, caso existentes quantias remanescentes e excedentes aos danos, deveria ser apurado – cumulativamente - o lucro da intervenção. Neste sentido, a pretensão relacionada a danos materiais e a relativa ao enriquecimento por intervenção sempre poderão coexistir quando “houver dano injusto a indenizar e enriquecimento injusto a restituir” (Silva, 2022, p. 363).

Tal possibilidade foi aventada por Menezes de Leitão, ao defender a aplicabilidade da matéria no âmbito de ações de propriedade industrial e de concorrência desleal, quando existirem “atos susceptíveis de criar confusão com o estabelecimento ou os produtos concorrentes, as falsas afirmações realizadas com o fim de desacreditar um concorrente, ou a utilização de segredos comerciais alheios” (Leitão, 2004).

No mesmo sentido, João Carlos Velloso e Flávio Jardim (2021) brevemente abordam a questão no âmbito da proteção patentária no Brasil e no interregno entre o depósito de uma patente e a sua concessão pelo INPI (Instituto Nacional de Propriedade Industrial), defendendo, em razão da grande relevância das patentes para um país (intimamente ligadas à inovação e ao desenvolvimento), a aplicação de sanções “ultra compensatórias” àqueles que se utilizam indevidamente destes direitos, inclusive com o reconhecimento do lucro da intervenção.

Ressalta-se que o tema também já foi abordado pela jurisprudência em casos relacionados a infrações de menor monta, em que houve o seu estudo sob a denominação de ilícito lucrativo. Em uma das ocasiões, em que se estudou a violação de direitos autorais e marcários relacionados aos desenhos “Peppa Pig” e “PJ Masks”, houve a aplicação como critério de quantificação dos danos morais e concretização dos danos punitivos, ante a

reprovabilidade da conduta e como forma de proteção ao titular de marca e de se evitar a degradação de seus registros indevidamente utilizados por terceiros (São Paulo, 2023).

Em outra demanda, versando sobre o uso indevido da marca “Aspen” - que denomina copos e utensílios – por um hipermercado para a denominação de produtos similares, a matéria também foi abordada e utilizada como critério de majoração do *quantum* indenizatório, com a finalidade de repressão do ilícito lucrativo (São Paulo, 2021).

Entretanto, apesar de nas situações supramencionadas este critério ter sido suficiente para a restauração do *status quo ante* e também evitar o enriquecimento indevido do titular do direito, podem existir ocasiões em que a aplicação dos danos morais punitivos pode não ser suficiente ao problema, conforme explica Vivane Girardi (2019, p. 129-130), sob a orientação da Dra. Teresa Ancona Lopez:

Ocorre que essa solução é, também, de certo modo, insuficiente, porque ela somente atrai para dentro da indenização - como critério da quantificação do "dano" - o problema dos lucros produzidos a partir da lesão e não enfrenta a necessidade de remoção das indevidas vantagens do patrimônio do agente, tampouco o problema dos lucros ilícitos ou dos proveitos econômicos do agressor é analisado sob a perspectiva de uma consequência autônoma da lesão.

O lucro da intervenção visa remover as vantagens obtidas à custa dos bens alheios, seja por meio de ato ilícito ou não. E os danos punitivos visam sancionar profundamente o agressor com o fim último de não se repetir a conduta lesiva por ele, ou de modo exemplar, por outro possível agente ofensor. Lá se quer remover os lucros obtidos com o uso, lesão ou apropriação dos bens alheios, aqui se quer evitar novas vítimas de danos graves.

Dessa forma, quando aplicado com base no enriquecimento sem causa, não somente seria possível a sua cumulação com pleitos de reparação por danos patrimoniais e morais, como seria possível uma quantificação precisa, voltada especificamente ao patrimônio do enriquecido e não à esfera da vítima e aos prejuízos ocasionados. Neste sentido, há julgado que reconhece a sua aplicação em casos de propriedade industrial e com base na vedação ao enriquecimento sem causa em uma lide relacionada à infração de nome empresarial. Na hipótese, ventilou-se sobre a restituição do lucro da intervenção, porém não houve a sua concessão ante à ausência de pedido expresso e de comprovação de obtenção de vantagens pela contrafação (São Paulo, 2021).

Portanto, a restituição do lucro da intervenção se mostra igualmente viável no âmbito de propriedade industrial, porém somente será aplicável quando as indenizações a serem pagas não excederem os lucros auferidos a partir da utilização indevida do direito, caso contrário,

serão esvaziados pelas reparações materiais e morais, cuja presença sempre será verificada nesta modalidade de infração, haja vista sua aferição *in re ipsa*²⁶.

8 MENSURAÇÃO

Um problema comum que tem se vislumbrado na concessão de pedidos de restituição do lucro da intervenção diz respeito à sua quantificação e os critérios que deveriam ser empregados pelos julgadores para sua correta apuração. Isto porque, o reconhecimento da ocorrência do enriquecimento por intervenção não necessariamente resultará no retorno da integralidade das quantias encontradas na esfera patrimonial do interventor à do titular do direito.

Neste sentido, para a correta aferição do valor a ser restituído, não bastaria a definição de uma porcentagem aleatória sobre os lucros obtidos com a intervenção sobre o direito durante uma janela temporal específica, mas seria necessária a análise dos critérios relacionados ao grau de contribuição de cada ator e à boa ou má-fé do agente interventor.

Rodrigo da Guia Silva (2022, p. 368-369) destaca que, para se iniciar a apuração, primeiramente deverão ser abatidas todas as despesas atinentes ao desenvolvimento da atividade objeto da demanda, bem como serem removidas as quantias a serem pagas a título de indenização ao titular do direito (em caso de intervenções que resultem em dano concomitante), uma vez que somente assim poderá se verificar a existência de efetivo lucro.

É evidente que o lucro eventualmente encontrado pode não resultar somente da intervenção indevida no direito alheio, mas também ser composto pelos próprios esforços e investimentos do interventor para a obtenção daquele resultado positivo. Por essa razão, é pacífico o entendimento pela necessidade de se realizar “uma divisão proporcional do benefício originado da intervenção, de acordo com a participação que o trabalho do interventor e o direito do titular tiveram no resultado obtido” (Moraes, 2021, p. 359).

Além da verificação do grau de contribuição para o resultado lucrativo, também se destaca a necessidade de se verificar a boa ou má-fé do agente no momento da intervenção como forma de limitar a quantia a ser restituída. Segundo Sérgio Savi (2012, p. 140), nas hipóteses em que houver a intervenção em direito alheio por uma ação de boa-fé (a exemplo do

²⁶“O dano moral por uso indevido da marca é aferível *in re ipsa*, ou seja, sua configuração decorre da mera comprovação da prática de conduta ilícita, revelando-se despicienda a demonstração de prejuízos concretos ou a comprovação probatória do efetivo abalo moral.” (Brasil, 2023).

agente acreditar que é seu próprio bem ou *res nullius*), o objeto da restituição deverá se limitar ao enriquecimento real. Isto é, “o valor objetivo do bem ou direito da intervenção” (Savi, 2012, p. 135), ao invés do enriquecimento patrimonial, que equivale a todos os benefícios obtidos com a intervenção e que é usado normalmente como critério para aferição. No entanto, em que pese a possibilidade de se utilizar esse critério, Rodrigo da Guia Silva ressalta a existência do risco de também se consagrar um propósito punitivo no âmbito do enriquecimento sem causa e também desvirtuar a sua função precípua, que é restitutória (Silva, 2022, p. 377).

Dessa forma, para a adequada quantificação do lucro da intervenção os seguintes passos podem ser elencados:

Verificado o enriquecimento patrimonial do interventor, o juiz deverá aferir o grau de contribuição de cada um dos partícipes da relação, titular do direito e interventor no resultado final e, com base nisso, partilhar proporcionalmente o lucro obtido com a intervenção, respeitando-se, sempre, a regra de que a restituição ao titular do direito jamais poderá ser inferior ao enriquecimento real do interventor. Esta regra geral somente poderá ser afastada quando restar comprovado nos autos que o interventor agiu de boa-fé, ou seja, quando for possível aferir-se que ele agiu com fundada crença de que estava atuando sobre seus próprios bens. Nesses casos, o objeto da restituição deverá limitar-se ao enriquecimento real (ou objetivo) do interventor (Savi, 2012, p. 146-147).

Esses critérios têm se mostrado mais adequados e, com o amadurecimento da matéria nas cortes brasileiras, têm sido recorrentemente aplicados em casos concretos, a se destacar o Recurso Especial nº 1.698.701/RJ e a Apelação Cível nº 1.0000.20.440302-6/004 do TJ-MG²⁷. Assim, com a determinação dessas premissas básicas e a remessa dos autos à apuração em liquidação de sentença – com a realização de prova pericial contábil – poderá ser obtido um resultado mais preciso e próximo à realidade, ao contrário dos casos em que porcentagens aleatórias foram fixadas sobre o faturamento e não houve como se garantir a restituição plena do *status quo ante*²⁸.

²⁷“Conforme decidido, a quantificação do lucro da intervenção deverá ser feita por meio de perícia realizada na fase de liquidação de sentença, devendo o perito observar os seguintes critérios: a) apuração do quantum debeatur com base no denominado lucro patrimonial; b) delimitação do cálculo ao período no qual se verificou a indevida intervenção no direito de imagem da autora; c) aferição do grau de contribuição de cada uma das partes e d) distribuição do lucro obtido com a intervenção proporcionalmente à contribuição de cada partícipe da relação jurídica” (Minas Gerais, 2022).

²⁸A exemplo: Processo nº 1006440-12.2021.8.26.0405, onde o lucro da intervenção foi fixado na porcentagem de 1% sobre os lucros obtidos durante o período de utilização indevida do direito, em razão de não ter sido possível verificar a exata influência dos direitos sobre os lucros obtidos.

9 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto, ao adotarmos a premissa da divisão do instituto do enriquecimento sem causa nas categorias inicialmente definidas por Wilburg e posteriormente aplicadas pela doutrina e jurisprudência nacional (enriquecimento por prestação e por intervenção), uma nova possibilidade se apresenta como forma de restituição plena do *status quo* prévio à infração de direitos.

A teoria do lucro da intervenção se demonstrou uma ferramenta viável a preservar a livre disposição de vontade daqueles que têm seus direitos usurpados por terceiros, evitando que sejam arrastados a um contrato não desejado ou que o interventor possa reter quantias que foram obtidas tão somente em decorrência de um direito cujo uso não foi autorizado por seu legítimo titular.

Além disso, na justificada ânsia de reprimir e desestimular condutas contrárias ao direito, os julgadores brasileiros por vezes têm aplicado os chamados danos punitivos, excedendo a quantia efetivamente devida à título de danos morais à vítima, para que o infrator seja sancionado e não mais volte a infringir as normas legais. No entanto, verificou-se o perigo existente com essa aplicação, podendo desvirtuar o instituto da responsabilidade civil, fugindo de suas funções precípua (preventiva e compensatória) e retornando a um caráter há muito superado pelo direito e pela constitucionalização do direito civil: a punição e a vingança.

Assim, o lucro da intervenção se apresentou como alternativa nas hipóteses em que a conduta violadora do agente é mais lucrativa que o contrato ou indenizações que seriam pagas. Essa alternativa se mostra adequada ao ter fundamento expresso na legislação, consubstanciada na vedação ao enriquecimento sem causa, disposta no art. 884 do Código Civil. Percebe-se ser uma alternativa aos danos punitivos ao complementar a responsabilidade civil – nas hipóteses causadoras de danos – e ao remover quaisquer vantagens conferidas pelo agente interventor, anulando sua conduta outrora lucrativa.

Sua viabilidade foi verificada em ações inibitórias que versem sobre a utilização indevida de direitos alheios e que não resultem em danos concretos ou que os lucros obtidos superem os danos causados e as respectivas indenizações. Na experiência nacional, verificou-se sua aplicação especialmente em casos relacionados a uso indevido de imagem para fins comerciais e em caso de intervenção indevida em direito de propriedade.

No que concerne à Propriedade Industrial, destacou-se o equívoco legislativo no enquadramento legislativo no âmbito da responsabilidade civil por meio da disposição do art.

210, II da Lei de Propriedade Industrial. Mediante o entendimento adequado do instituto e quando a situação autorizar – com lucros muito superiores aos danos percebidos – defendeu-se a possibilidade de cumulação entre as pretensões, que encontram fundamentos diversos e não configuram *bis in idem*.

Frente ao problema da mensuração, defendeu-se a aplicação dos critérios definidos pela doutrina, considerando o nível de contribuição de cada ator para a obtenção do resultado positivo e a verificação da boa/má-fé do agente, e com a remessa dos autos à fase de liquidação de sentença, com a realização de prova pericial contábil, para a devida apuração dos valores a serem restituídos.

Dessa forma, conclui-se que o lucro da intervenção poderá ser uma opção viável para a restituição de quantias indevidamente auferidas a partir de direitos alheios e como uma forma de restaurar o *status quo ante* e desestimular condutas contrárias ao direito, sendo aplicável em diferentes categorias de ações inibitórias, inclusive relacionadas a direitos de propriedade industrial.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO FILHO, Raúl. **Punitive Damages e sua Aplicabilidade no Brasil**. Superior Tribunal de Justiça – Doutrina - Ed. Comemorativa 25 Anos. 2014. Disponível em: www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/Dout25anos/article/view/1117/1051. Acesso em: 13 out. 2023.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei n. 10.406, de 09 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 10 de janeiro de 2002, ano 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 24 set. 2023.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei n. 9.279, de 13 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. **Diário Oficial da União**, Brasília, 15 de maio de 1996, ano 1996. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19279.htm. Acesso em: 15 out. 2023.

BRASIL. Constituição Federal, de 04 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, 05 de outubro de 1988, ano 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 out. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 403. **Diário Oficial da União**, 24 de novembro de 2009, ano 2009. Disponível em: https://www.coad.com.br/busca/detalhe_16/2312/Sumulas_e_enunciados. Acesso em: 14 out. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. REsp n. 1.698.701/RJ. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgamento em 02 de outubro de 2018. Diário da Justiça Eletrônico, 08 de outubro de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. REsp n. 2.012.895/SP. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Julgamento em 08 de agosto de 2023. Diário da Justiça Eletrônico, 15 de agosto de 2023.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 16 ed. Barueri: Atlas, 2023.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Enunciado 587**. VII Jornada de Direito Civil. 2016. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/841>. Acesso em: 14 out. 2023.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Enunciado 620**. VIII Jornada de Direito Civil. 2018. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/1169>. Acesso em: 14 out. 2023.

GIRARDI, Viviane. **A problemática dos lucros ilícitos no sistema legal brasileiro: o lucro da intervenção**. São Paulo, 2019 Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: parte geral**. 17 ed. São Paulo: Saraiva Educação, v. 1, 2019a.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil**. 14 ed. São Paulo: Saraiva Educação, v. 4, 2019b.

LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes. O enriquecimento sem causa no novo código civil brasileiro. **Revista CEJ**, Brasília, n. 25, p. 24-33, abr./jun. 2004.

MATO GROSSO. Tribunal de Justiça. Quarta Câmara de Direito Privado. N.U n. 0008760-61.2010.8.11.0015. Relator: Des. Guiomar Teodoro Borges. Julgamento em 13 de outubro de 2021. Diário da Justiça Eletrônico, 15 de outubro de 2021.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. 20ª Câmara Cível. Apelação Cível n. 1.0000.20.440302-6/004. Relator: Des.(a) Lílian Maciel. Julgamento em 20 de abril de 2022. Diário da Justiça Eletrônico, 25 de abril de 2022.

MORAES, Renato Duarte Franco de. **Enriquecimento sem causa e o enriquecimento por intervenção**. 1 ed. São Paulo: Almedina, 2021.

NORONHA, Fernando. Enriquecimento sem causa: doutrinas essenciais, obrigações e contratos. **DTR\2012\1943**, v. 1, p. 1085-1122, jun. 2011.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Décima Terceira Câmara Cível. Apelação Cível n. 0008927-17.2014.8.19.0209. Relator: Des. Fernando Fernandy Fernandes. Julgamento em 26 de outubro de 2016. Diário da Justiça Eletrônico, 26 de outubro de 2016.

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

SCHNEIBER, Anderson; SILVA, Rodrigo da Guia. Aspectos Relevantes para a Sistematização do lucro da intervenção no direito brasileiro. **Revista Pensar**, Fortaleza, v. 23, n. 4, p. 1-15, out./dez. 2018.

SILVA, Rodrigo da Guia. Contornos do enriquecimento sem causa e da responsabilidade civil: estudo a partir da diferença entre lucro da intervenção e lucros cessantes. **Civilistica.com**, n. 2, 2016. a. 5.

SILVA, Rodrigo da Guia. **Enriquecimento sem causa**: as obrigações restitutórias no direito civil. 2 ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2022.

SILVA, Sabrina Jiukoski da; SILVA, Rafael Peteffi da. As soluções traçadas no Ordenamento Jurídico Português para o problema do lucro da intervenção. **Sequência Estudos Jurídicos e Políticos**. [S. l.], v. 41, n. 86, p. 222–250, 2021. DOI: 10.5007/2177-7055.2020v41n86p222. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/65533>. Acesso em: 14 set. 2023

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. 10ª Câmara de Direito Privado. Apelação Cível n. 1003551-61.2020.8.26.0004. Relator: Des. Jair de Souza. Julgamento em 28 de setembro de 2021. Diário da Justiça Eletrônico, 28 de setembro de 2021.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. ApCiv n. 1001580-15.2021.8.26.0260. Relator: Des. Fortes Barbosa. Julgamento em 12 de setembro de 2023. Diário da Justiça Eletrônico, 12 de setembro de 2023.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. 4ª Câmara de Direito Privado. Apelação Cível n. 1006440-12.2021.8.26.0405. Relator: Des. Marcia Dalla Déa Barone. Julgamento em 05 de maio de 2022. Diário da Justiça Eletrônico, 05 de maio de 2022.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. ApCiv n. 1115534-05.2019.8.26.0100. Relator: Des. Cesar Ciampolini. Julgamento em 16 de junho de 2021. Diário da Justiça Eletrônico, 21 de junho de 2021.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. 1ª Vara de Peruíbe. Processo n. 1078867-83.2020.8.26.0100. Julgador: Juiz João Costa Neto. Julgamento em 29 de novembro de 2021. Diário da Justiça Eletrônico, 29 de novembro de 2021.

TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade Civil**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Dano moral**. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

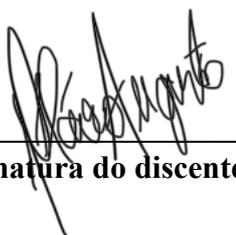
VELLOSO, João Carlos; JARDIM, Flávio. **O lucro da Intervenção e a proteção patentária no Brasil: uma análise do artigo 44 da Lei de Propriedade Industrial (LPI)**. Jota. 2021. Disponível em: www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/propriedade-intelectual-protecao-patentaria-24022021. Acesso em: 13 set. 2023.

TERMO DE AUTENTICIDADE DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Eu, **FLÁVIO AUGUSTO MENDES DOURADO**, discente regularmente matriculado(a) na disciplina TCC II, da 10ª etapa do curso de Direito, matrícula nº **31914160**, período **NOTURNO**, turma U, tendo realizado o TCC com o título: **O LUCRO DA INTERVENÇÃO EM AÇÕES INIBITÓRIAS**, sob a orientação do(a) Professor(a) **MARCELO FORTES BARBOSA FILHO** declaro para os devidos fins que tenho pleno conhecimento das regras metodológicas para confecção do Trabalho de Conclusão de Curso (TCC), informando que o realizei sem plágio de obras literárias ou a utilização de qualquer meio irregular.

Declaro ainda que, estou ciente que caso sejam detectadas irregularidades referentes às citações das fontes e/ou desrespeito às normas técnicas próprias relativas aos direitos autorais de obras utilizadas na confecção do trabalho, serão aplicáveis as sanções legais de natureza civil, penal e administrativa, além da reprovação automática, impedindo a conclusão do curso.

São Paulo, 9 de novembro de 2023.



Assinatura do discente