

CONCORRÊNCIA DESLEAL E ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA POR INTERVENÇÃO NO ARESP 1.303.548/RN (CASO *CAMARÕES V. COCO BAMBU*)

João Costa-Neto

Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP). Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB), na graduação e na pós-graduação (mestrado e doutorado). Doutor e Mestre em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília (UnB). Doutorando em Direito Público pela Humboldt-Universität zu Berlin. Mestre em Direito Romano pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Bacharel e Licenciado em Filosofia pela Universidade de Brasília (UnB). Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Brasília (UCB). Foi Juiz Auxiliar em gabinete de Ministro do Supremo Tribunal Federal. Foi também Advogado, Parecerista e Procurador Federal. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-7701-9995> E-mail: joaocostaneto@outlook.com

Elias Cândido da Nóbrega Neto

Graduado em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Mestre e Doutorando em Transformações na Ordem Social e Econômica e Regulação pela Universidade de Brasília (UNB). Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-0270-9884> E-mail: enobraganeto@gmail.com

Sumário: Introdução – I O caso – I.I Primeiro Grau – I.II Segundo Grau – I.III Superior Tribunal de Justiça – II A concorrência desleal parasitária – III A pretensão restitutória como resposta às situações de intervenção – Conclusão – Referências

Introdução

Havia grande expectativa em relação ao julgamento do Agravo em Recurso Especial nº 1.303.548/RN (“AREsp 1.303.548”) por parte do Superior Tribunal de Justiça (“STJ”).¹ O caso ficou conhecido como *Camarões v. Coco Bambu*, na medida em que contrapõe as redes de restaurantes potiguar e cearense, respectivamente.

¹ STJ, AREsp 1.303.548/RN, rel. Min. Raul Araújo, DJe 6.3.2024.

O *Camarões* ajuizou ação com fundamento no controverso art. 210, II, da LPI. Alegou que o *Coco Bambu* violou seu *trade dress* e pugnou por receber aquilo que este ganhou à custa da exploração desautorizada.

Paulo Burnier da Silveira apresentou o litígio como relevante exemplo de hipótese de concorrência desleal na forma de violação ao *trade dress*, após destacar a necessidade de o STJ de traçar balizas mais seguras para a configuração desse fenômeno.²

João Costa-Neto e Carlos E. Elias de Oliveira, por sua vez, trataram o caso como paradigma da confusão institucionalizada existente no Brasil quanto à diferença entre as pretensões indenizatória e restitutória. Destacaram, pois, que “[r]ejeitar o direito restitutivo nesse caso contrariaria os preceitos mais básicos de enriquecimento sem causa. Trata-se de resultado juridicamente indesejável, que, a nosso ver, jamais seria admitido em países como Portugal ou Alemanha”.³

Até o momento, houve alteração do dispositivo do julgamento em todas as instâncias recursais. O Juízo de Primeiro Grau julgou improcedentes os pedidos. O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte (“TJRN”) deu provimento à apelação do *Camarões* para julgar procedente a demanda. O Ministro Raul Araújo, relator do AREsp 1.303.548, proveu monocraticamente o recurso especial do *Coco Bambu* para reformar o acórdão recorrido e restabelecer a sentença de improcedência. Agora, está pendente de julgamento o agravo interno interposto pelo *Camarões*, o qual será apreciado pela Terceira Turma do STJ.

O caso traz consigo duas relevantes discussões no âmbito do Direito Civil a serem abordadas neste comentário de jurisprudência: (a) há necessidade de competição de mercado para a configuração de concorrência desleal? e (b) quais são as diferenças entre as pretensões indenizatória e restitutória?

Assim, o texto está dividido em três partes, além desta introdução e de uma breve conclusão. No primeiro, apresentaram-se o caso e os provimentos jurisdicionais (de primeiro e segundo graus e do STJ). No segundo, tratou-se da concorrência desleal na sua modalidade parasitária, como forma de enriquecimento sem causa por intervenção. No terceiro, abordou-se a necessidade de solucionar situações de intervenção a partir da pretensão restitutória.

² SILVEIRA, Paulo Burnier da. Direito da concorrência. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 132.

³ OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de; COSTA-NETO, João. Direito civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Método, 2024. p. 764.

I O caso

I.1 Primeiro grau

O restaurante *Camarões*⁴ ajuizou ação em que pleiteou indenização, fundamentada no art. 210, II, da LPI, diante dos supostos atos de concorrência desleal praticados pelo então restaurante *Camarões Beira-Mar*. O autor alegou, entre outras coisas, que o réu promoveu (i) “imitação flagrante e indisfarçável do seu conjunto imagem ou *trade dress*”;⁵ e (ii) “aliciamento dos seus empregados e colaboradores”.⁶ Juntou farta documentação para corroborar suas alegações. Mencionou o “‘burburinho’ de que a Ré t[inha] intenção de abrir filiais em outros estados, inclusive tendo a possibilidade de abrir um [sic] em Natal”.⁷ No mérito, requereu indenização por lucros cessantes, cujo “*quantum* deverá ser apurado em liquidação de sentença, segundo, os critérios estabelecidos nos artigos 208, 209 e 210, inciso II, da Lei 9.279/96”.⁸

Em sede de contestação, o *Coco Bambu* alegou, em síntese, que não imitou o *trade dress* do autor. Ao assim fazer, refutou os elementos supostamente *copiados* que foram listados na inicial, também por meio de farta documentação. Defendeu que a marca do autor é fraca; que não aliciou empregados; e que os restaurantes da rede autora estavam separados do *Camarões Beira-Mar* por centenas de quilômetros. Na sua perspectiva, esse fato impediria a ocorrência de qualquer dano.

No curso do litígio, foi proferida decisão em sede de agravo de instrumento, por meio da qual foi determinada a cessação da utilização da marca e do nome de estabelecimento por parte do réu. Esse foi o momento da transformação de *Camarões Beira-Mar* para *Coco Bambu*.

O Juízo da 1ª Vara Cível de Natal julgou improcedente o pedido. Entendeu que os elementos apontados pelo autor como componentes do *trade dress* não tinham registro. Deu destaque à fragilidade da marca mista, que não seria capaz de conferir direito de exclusividade de uso sobre seus elementos, notadamente o nome ‘camarões’ e a figura de um camarão. Considerou, ainda, que a distância entre as redes impediria a configuração de concorrência desleal.

⁴ Quando se fala em Camarões, está-se a referir aos cinco restaurantes que compõem a rede autora da ação. Ao tempo do ajuizamento da ação, eram três unidades: *Camarões Restaurante*, *Camarões Express* e *Camarões Potiguar*. Já na petição inicial, foi informada a iminente abertura da quarta unidade: *Camarões Midway Mall*. Anos depois, no curso do litígio, foi inaugurado o primeiro restaurante fora da cidade de Natal/RN: o *Camarões São Paulo*, localizado na capital paulista.

⁵ STJ, AREsp 1.303.548/RN, e-STJ fl. 2.

⁶ *Ibid.*

⁷ *Ibid.*, e-STJ fl. 28.

⁸ *Ibid.*, e-STJ fl. 28.

I.II Segundo grau

Entretanto, a apelação do *Camarões* foi provida pela 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte (“TJRN”). O julgamento deu-se por maioria: três votos a dois. O voto condutor do acórdão, proferido pelo Desembargador Cláudio Santos, relator, partiu da premissa de que houve violação ao *trade dress* da rede autora. Considerou a semelhança entre os conjuntos-imagem do autor e do réu. Concluiu que o objetivo da ré foi aproveitar-se da boa-fama do autor, sem que se tenha celebrado um contrato para autorizar a conduta.

A Desembargadora Judite Nunes acompanhou o relator. Argumentou que, da mesma forma que ocorre em relação aos conflitos marcários, também na violação de *trade dress*, não há a necessidade de disputa de mercado. Consignou também que a proteção ao *trade dress* é devida mesmo quando se está diante de elementos que, individualmente, não são suscetíveis de registro ou de uso exclusivo.

No mesmo sentido, o Desembargador Virgílio Macêdo Jr. qualificou a conduta do réu como “[...] uma estratégia mercadológica ilícita de usurpação dessa ‘roupagem única’ da rede de restaurantes *Camarões*, a ensejar a condenação na reparação pelos danos causados e o deferimento de tutela que faça cessar a referida prática”.⁹

A divergência, inaugurada pelo Desembargador Cornélio Alves, alicerçou-se sobre três principais teses.

A primeira foi a de que os elementos apontados como componentes do *trade dress* não eram suscetíveis de registro ou, quando o fossem, ainda assim não ensejariam direito de exclusividade. Era o caso da marca, reputada como *fraca*. A segunda foi a de que a similaridade alegada não existia. A terceira foi a de que, mesmo após a mudança para *Coco Bambu*, o réu apresentou vertiginoso crescimento, “ao passo que os apelantes, incontestavelmente, continuam como referência local e regional da culinária de frutos do mar, em especial do crustáceo ‘Camarão’”.

O Desembargador Ibanez Monteiro seguiu a divergência. Aduziu que a distância física entre os estabelecimentos impediria a consumação de dano. E o impedimento de dano, na sua perspectiva, impediria a configuração de concorrência desleal.

Assim, o TJRN, por maioria, deu provimento à apelação do restaurante *Camarões*, para determinar a cessação da prática de concorrência desleal. Houve ordem de abstenção da utilização de “qualquer marca, configuração ou estruturação similar à aparência dos estabelecimentos das autoras”.¹⁰ Condenou-se a parte ré a pagar indenização por lucros cessantes, a ser apurada em liquidação de sentença.

⁹ TJRN, ApCiv nº 2017.003523-2, rel. Des. Cláudio Santos, 1ª Câmara Cível, j. 14.12.2017, DJ 22.1.2018.

¹⁰ TJRN, ApCiv nº 2017.003523-2, rel. Des. Cláudio Santos, 1ª Câmara Cível, j. 14.12.2017, DJ 22.1.2018.

O *Coco Bambu* foi também condenado ao pagamento de R\$ 50 mil a título de danos morais.

Uma vez interposto recurso especial pelo *Coco Bambu*, foi concedida tutela de urgência por parte do Desembargador Federal convocado Lázaro Guimarães, para suspender o acórdão recorrido.

I.III Superior Tribunal de Justiça

O Ministro Raul Araújo proveu monocraticamente o recurso especial do *Coco Bambu*. A decisão partiu de três teses fundamentais.

A primeira foi a de que a marca do autor seria fraca e insuscetível de exclusividade. Na perspectiva do relator, duas marcas parecidas podem ter de conviver, em função da ausência de *distintividade*:

No caso em anunciação, deve-se destacar que a parte autora da ação, ora recorrida, almeja a exclusividade de uso de marca evocativa, porquanto, conforme consignado na r. sentença supra transcrita, os vocábulos 'RESTAURANTE' e 'CAMARÕES' possuem pouco ou nenhum grau de originalidade e distintividade, máxime na atividade empresarial explorada de fornecimento de serviço para consumo de refeições e bebidas no próprio estabelecimento, o que caracteriza a chamada marca fraca, ou seja, denominação que, embora registrável, admite mitigação da exclusividade de seu uso.¹¹

A segunda foi a de que a soma dos elementos apontados pelo acórdão recorrido como componentes do *trade dress* do autor não era dotada de originalidade. E, por isso mesmo, também verificou falta de *distintividade*:

Na hipótese, embora o v. acórdão, em divergência com a r. sentença, tenha consignado a existência de similitude entre estilos arquitetônicos, cardápios, pratos e vestimentas de funcionários, deixou de indicar originalidade dos mencionados itens, bem como no que estes se distinguiriam dos utilizados por outros concorrentes que exploram a mesma atividade empresarial, ou seja, cozinha típica regional e litorânea.¹²

¹¹ STJ, AREsp 1.303.548/RN, rel. Min. Raul Araújo, DJe 6.3.2024.

¹² *Ibid.*

A terceira, por fim, foi a de que não existe concorrência desleal quando não há competição direta de mercado. Sem competição mercadológica direta, não haveria possibilidade de desvio de clientela e, portanto, de dano:

De igual modo, conforme se depreende da moldura fática delineada pelo próprio acórdão recorrido, é possível verificar, sem embargo de entendimento contrário, a inexistência de concorrência desleal. Isso porque, embora autor e réu atuem no mesmo ramo de atividade, qual seja, fornecimento de refeições para consumo imediato e no próprio estabelecimento, esta se desenvolve em diferentes cidades e estados, buscando, por óbvio, a conquista de mercados consumidores distintos.¹³

Para este trabalho é, pois, o terceiro argumento que tem relevância. Entende-se que o primeiro não é central porque o conflito não é marcário, mas de violação a *trade dress*. No que tange ao segundo, isto é, à suposta *distintividade* do *trade dress* do autor, trata-se de discussão eminentemente fática, que é, inclusive, estranha à competência do STJ em sede de julgamento de recurso especial.¹⁴ Diante do óbice da Súmula nº 7, a alteração de conclusões *avaliativas*¹⁵ do acórdão recorrido sobre os fatos não é permitida.

Mas as intercorrências processuais do litígio não constituem o cerne deste trabalho, que visa ao exame de relevantes discussões de Direito Civil presentes no caso: (a) se há necessidade de competição de mercado para a configuração de concorrência desleal; e (b) se há diferenças entre as pretensões indenizatória e restitutória. Ambos os aspectos estão contidos no mencionado terceiro fundamento da decisão agravada, ainda que, sob um primeiro olhar, somente o debate sobre a concorrência desleal seja notado.

II A concorrência desleal parasitária

A concorrência desleal é matéria disciplinada pela Convenção de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial de 1883 (“Convenção de Paris”) e pela LPI.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. Recurso extraordinário e recurso especial. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. s.p.: “[o] que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça não podem é reexaminar a prova dos autos a fim de outorgar nova valoração probatória aos fatos, isto é, não podem proceder à nova valoração da prova. Vale dizer: como Cortes Supremas, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça devem receber a causa e julgá-la admitindo os fatos tal como estimados pela decisão recorrida”.

¹⁵ SCHAUER, Frederick. The proof: uses of evidence in law, politics, and everything else. Cambridge: Harvard University Press, 2022. p. 7-8.

Assim, não está contida, *a priori*, no âmbito do Direito da Concorrência, matéria de Direito Público.¹⁶ De modo diverso, habita primariamente o universo da propriedade industrial, de forma que representa objeto de estudo do Direito Privado.¹⁷

O art. 10 bis, §2º, da Convenção de Paris estabelece que “[c]onstitui ato de concorrência desleal todo ato de concorrência contrário às práticas honestas em matéria industrial ou comercial”. Já o §3º do mesmo dispositivo estabelece que deverão ser proibidos “todos e quaisquer fatos suscetíveis de criar confusão, qualquer que seja o meio empregado, com os produtos de um concorrente”.

O art. 2º da LPI traz previsão genérica de “repressão à concorrência desleal”, sem definir o que, exatamente, por isso se entende. Já o art. 195 do mesmo diploma normativo apresenta os crimes de concorrência desleal. São apresentadas quatorze condutas tipificadas criminalmente. O art. 209, por sua vez, prevê o direito ao pagamento de indenização:

Art. 209. Fica ressalvado ao prejudicado o direito de haver perdas e danos em ressarcimento de prejuízos causados por atos de violação de direitos de propriedade industrial e atos de concorrência desleal não previstos nesta Lei, tendentes a prejudicar a reputação ou os negócios alheios, a criar confusão entre estabelecimentos comerciais, industriais ou prestadores de serviço, ou entre os produtos e serviços postos no comércio.

Em complemento, o art. 210 do mesmo diploma estabelece os parâmetros de apuração dos supostos *lucros cessantes* que serão devidos nos casos de concorrência desleal “tendentes a prejudicar a reputação ou os negócios alheios, a criar confusão entre estabelecimentos comerciais, industriais ou prestadores de serviço, ou entre os produtos e serviços postos no comércio”:

¹⁶ Com isso não se quer dizer que a concorrência desleal não é também objeto de estudo do Direito da Concorrência. Cf. SILVEIRA, 2021, p. 117: “[a] concorrência desleal não é um assunto tradicionalmente incluído no terreno da “defesa da concorrência”. Isso porque a defesa da concorrência transmite uma ideia geral de intervenção estatal, o que não ocorre em sede das regras de concorrência desleal, como se verá adiante. No Brasil, a defesa da concorrência abrange o combate das infrações à ordem econômica por via preventiva ou repressiva. As regras atinentes à concorrência desleal pertencem ao domínio da propriedade industrial, tanto no Brasil quanto na maioria dos outros países. De todo modo, a defesa da concorrência e as regras de concorrência desleal possuem diversos pontos de contato, de modo que se torna apropriado o seu estudo conjunto sob o guarda-chuva do “Direito da Concorrência”. O estudo conjunto minimiza também possíveis confusões entre as duas áreas do Direito da Concorrência”.

¹⁷ Quanto ao tema, Silveira, *ibid*, afirma que “[c]omo semelhanças, destaca-se que ambas as normas de infração à ordem econômica e as normas de concorrência desleal procuram regular o comportamento dos agentes de mercado no processo de concorrência. Entretanto, enquanto a defesa da concorrência busca garantir a liberdade de concorrência, as normas de concorrência desleal objetivam garantir a lealdade e a higidez do processo competitivo”.

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.

Conforme será demonstrado adiante, os incisos II e III não tratam de *lucros cessantes* e não têm natureza indenizatória, mas restitutória.¹⁸ Todavia, o que há de se perceber nesta altura é que a LPI, além dos tipos criminais previstos no art. 195, previu duas hipóteses de concorrência desleal de natureza privada, por assim dizer. São os atos: (a) de prejudicialidade a concorrente; e (b) de confusão. Trata-se das ditas hipóteses genéricas de concorrência desleal.¹⁹ A redação aproxima-se da Convenção de Paris, que também é marcada por uma espécie de cláusula geral, sem conteúdo pré-definido.²⁰ Assim, doutrina e jurisprudência, ao longo dos anos, trabalharam na construção de um rol de condutas qualificáveis como atos de concorrência desleal.

O primeiro acórdão do STJ a abordar a concorrência desleal sob a perspectiva privada é de 1990.²¹ Precede, portanto, a LPI e a internalização da Convenção de Paris. Tratava-se de conflito marcário. No caso, a concorrência desleal foi tratada como espécie de princípio geral do direito. O mesmo acontecia com a vedação ao enriquecimento sem causa,²² que só foi positivada no Código Civil de 2002, mas que foi mencionada no mesmo acórdão.

O STJ tem enquadrado como atos de concorrência desleal qualquer forma de violação à propriedade industrial voltada a gerar confusão no consumidor.²³ Assim, abrange conflitos relativos a marcas, a patentes e também a *trade dress*, mesmo que este último não tenha previsão normativa expressa.²⁴

¹⁸ COSTA-NETO, João; NÓBREGA NETO, Elias. *Enriquecimento sem causa por intervenção e disgorgement of profits*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2024a. p. 101-106.

¹⁹ SILVEIRA, 2021, p. 123-126.

²⁰ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 158.

²¹ REsp 3.230/DF, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4ª Turma, j. 4.9.1990, DJ 1.10.1990.

²² COSTA-NETO; NÓBREGA NETO, 2024a, p. 11-14.

²³ AgInt nos EDcl no REsp 1.636.038/SP, rel. Min. Marco Buzzi, 4ª Turma, j. 11.12.2023, DJe 15.12.2023.

²⁴ REsp 1.353.451/MG, rel. Min. Marco Aurelio Bellizze, 3ª Turma, j. 19.9.2017, DJe 28.9.2017.

Em relação à proteção do *trade dress* pelo Direito brasileiro, o STJ estabeleceu que “o conjunto-imagem de bens e produtos é passível de proteção judicial quando a utilização de conjunto similar resulte em ato de concorrência desleal, em razão de confusão ou associação com bens e produtos concorrentes”.²⁵

Ainda de acordo com o STJ, o conceito não abarca apenas produtos, mas também serviços: “constitui a soma de elementos visuais e sensitivos que traduzem uma forma peculiar e suficientemente distintiva, vinculando-se à sua identidade visual, de apresentação do produto ou serviço no mercado consumidor”.²⁶

Não há unanimidade acerca dos requisitos para a configuração da concorrência desleal.²⁷ Há quem defenda que é necessária a competição direta entre mercados para que esteja presente.²⁸ Neste trabalho, porém, defende-se que essa perspectiva está equivocada e que se relaciona a um apego excessivo à pretensão indenizatória e ao difundido desconhecimento da pretensão restitutória no Brasil.

Se o que se busca é evitar a confusão entre consumidores, não é a falta de disputa de mercado que irá afastá-la.²⁹ Imagine-se que uma rede paradigma tenha restaurantes em uma determinada cidade. Suponha-se, agora, que a boa-fama da referida rede extrapole os limites territoriais daquela cidade e alcance proporções regionais e/ou nacionais. Imagine-se, ainda, que um terceiro inaugure *cópia* da rede paradigma em uma cidade em que a rede não atuava, mas em local onde a boa-fama já era conhecida. Mesmo que não haja competição direta pelo mercado, o consumidor pode ser induzido a acreditar que, ao visitar a *cópia*, está a visitar o *paradigma*. É essa a hipótese do caso em comento, segundo o acórdão recorrido.

Logo, embora o titular da rede *paradigma* não sofra danos objetivamente mensuráveis³⁰ com a confusão efetivada no consumidor, o interventor estará a enriquecer-se injustificadamente, de forma parasitária, a partir da *cópia*. Trata-se de hipótese de enriquecimento sem causa por intervenção.³¹ É por isso que Camalier da Silva afirma que, para a configuração de concorrência desleal, não existe a necessidade de competição direta.³²

²⁵ *Ibid.*

²⁶ REsp n. 1.527.232/SP, rel. Min. Luis Felipe Salomão, 2ª Seção, j. 13.12.2017, DJe 5.2.2018.

²⁷ CAMALIER DA SILVA, Alberto Luís. Concorrência desleal: atos de confusão. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 53-63.

²⁸ BARBOSA, Denis Borges. Uma introdução à propriedade intelectual. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2010.

²⁹ CAMALIER DA SILVA, op. cit., p. 57-58.

³⁰ Ainda que se diga que a eventual falta de qualidade da cópia pode causar prejuízos à imagem do paradigma, é ônus do paradigma demonstrar que sofreu efetivo prejuízo, a exemplo da diminuição da clientela ou da diminuição do seu valor de mercado. A responsabilidade civil se presta à reparação de danos, não ao deferimento de indenizações especulativas.

³¹ Cf. COSTA-NETO; NÓBREGA NETO, 2024a, *passim*.

³² CAMALIER DA SILVA, 2013, p. 57-58.

Não se ignora que parte da doutrina defende,³³ para a qualificação de uma conduta como ato de concorrência desleal, que a concorrência deve ocorrer numa mesma base territorial.³⁴

Conforme se viu no capítulo anterior, esse requisito foi considerado pelo Ministro Raul Araújo no caso concreto para desconfigurar a prática de concorrência desleal pelo *Coco Bambu*. De acordo com o magistrado, como não havia competição direta de mercado pelas redes, não havia que se falar em concorrência desleal.

A divergência de Camelier da Silva acerca do requisito deriva da compreensão de que o termo *concorrência* também abarca “os atos de aproveitamento parasitário que geram, sem sombra de dúvida, enriquecimento sem causa aos seus agentes”.³⁵ No ponto, Camelier da Silva consigna que se deve mitigar a “‘necessidade de existência de clientela, mesmo em potencial’, pelo fato de que nem sempre nos encontramos defronte de uma relação de concorrência convencional, isto é, produto A do fabricante W versus produto A do fabricante Y”.³⁶

Ou seja: a ideia é a de que a concorrência desleal também se presta ao enfrentamento da exploração desautorizada de direito alheio que gera lucro ao interventor. E isso está previsto, ainda que mediante dispositivos atécnicos,³⁷ na LPI. O art. 210, II e III, da LPI estabeleceu que os ganhos obtidos pelo interventor ou um preço de licença (que corresponderia ao valor da regular contratação da exploração do direito alheio) serviriam como parâmetros de condenação por prática de concorrência desleal. Dessa forma, previu que a concorrência desleal se presta ao combate do enriquecimento sem causa.³⁸

³³ Denis Borges Barbosa, por exemplo, vê com bastante reserva a caracterização da concorrência desleal nesses casos. O autor defende que a aplicação da teoria com base no enriquecimento sem causa deve ser feita com parcimônia. Chefa a falar que a difusão da tese representaria *comunismo*: “[a] noção de que se deve uma proteção, no campo da propriedade intelectual, contra o chamado parasitismo data da primeira metade deste século Dar-se-ia a concorrência parasitária quando uma empresa, utilizando-se da boa fama de outra, consegue vantagem econômica para atuar num mercado ou segmento de mercado em que a detentora da boa fama não compete. [...] A prudência impõe exame muito cuidadoso dessa pretensão. Punir o enriquecimento sem causa, em todos casos, corresponderia a premiar a uma causa sem empobrecimento, impedindo a livre iniciativa. Tese difícil, esta, quando se nota que os sistemas constitucionais enfatizam a liberdade da concorrência, ou seja, que só em defesa desta mesma concorrência, ou do interesse geral, se pode empatar a livre iniciativa alheia. A teoria do parasitismo em estado puro, assim, é uma tese comunista, ou imponderada, ou intelectualmente desonesta” (BARBOSA, Denis Borges. Uma introdução à propriedade intelectual. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2010. p. 281-282).

³⁴ BITTAR, Carlos Alberto. Concorrência desleal: a imitação de marca (ou de seu componente) como forma de confusão entre produtos. Revista de Informação Legislativa, Ano 22, n. 85, jan./mar. 1985. p. 352-353.

³⁵ CAMALIER DA SILVA, 2013, p. 57.

³⁶ CAMALIER DA SILVA, *ibid.* p. 58.

³⁷ COSTA-NETO; NÓBREGA NETO, 2024a, p. 101-102.

³⁸ COSTA-NETO; NÓBREGA NETO, *ibid.*

Mas não daquele enriquecimento sem causa genérico, “protótipo da panaceia”, que “cura o incurável, concretiza o impossível e, para alguns, até traz a pessoa amada em três dias”.³⁹

Trata-se do enriquecimento sem causa por intervenção, instituto consagrado nos Direitos alemão e português e já reconhecido pelo STJ.⁴⁰ O enriquecimento sem causa por intervenção é pouco conhecido pelos operadores do direito que atuam no cotidiano da prática forense, o que se reflete no caso sob análise. Dessa forma, no próximo capítulo abordar-se-á: (i) o enriquecimento sem causa como fonte de obrigações; (ii) a pretensão restitutória, que está vinculada a formas de enriquecimento sem causa;⁴¹ e (iii) a dificuldade de os operadores do direito corretamente qualificarem as situações de intervenção sobre direitos alheios. As situações de intervenção sobre direitos alheios, mesmo a despeito da implicação de prejuízo ao titular, podem gerar lucro ao interventor,⁴² os chamados lucros da intervenção.⁴³ E isso será ilustrado com o caso *Camarões v. Coco Bambu*.

III A pretensão restitutória como resposta às situações de intervenção

Existe uma incompreensão quase que generalizada em relação ao enriquecimento sem causa no Brasil. E isso não se deve ao acaso. Pouco se estuda sobre esse ramo do Direito Civil que, para muitos, não goza de prestígio ou autonomia metodológica.⁴⁴ Na prática forense, o enriquecimento sem causa frequentemente é utilizado como simples argumento de reforço.⁴⁵ Ora serve para minorar condenações elevadas a título de danos morais, ora para ratificar condenações indenizatórias diante da necessidade de o agente causador de danos renunciar ao eventual lucro obtido com o ilícito praticado. Nunca, ou quase nunca, representa o pedido principal em uma demanda ou a principal razão para impor uma condenação.⁴⁶

³⁹ OLIVEIRA; COSTA-NETO, 2024, p. 745.

⁴⁰ REsp 1.698.701/RJ, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª Turma, j. 2/10/2018, DJe 8.10.2018.

⁴¹ COSTA-NETO; NÓBREGA NETO, op. cit. p. 15-20.

⁴² Sobre os diferentes cenários decorrentes de situações de intervenção, cf. KONDER, Carlos Nelson. Dificuldades de uma abordagem unitária do lucro da intervenção. Revista de Direito Civil Contemporâneo, São Paulo, v 13, p. 231-248, out./dez. 2017. p. 232-233.

⁴³ SAVI, Sergio. Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa: o lucro da intervenção. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2012, *passim*.

⁴⁴ COSTA-NETO; NÓBREGA NETO, 2024a, p. 97-100.

⁴⁵ COSTA-NETO; NÓBREGA NETO, *ibid*, p. 11-15.

⁴⁶ COSTA-NETO; NÓBREGA NETO, *ibid*.

Na Alemanha, por exemplo, há a mais de 100 anos uma cláusula geral de vedação ao enriquecimento sem causa.⁴⁷ Não por coincidência, o país é paradigma no estudo da matéria inclusive no mundo do *common law*⁴⁸ A relação entre o enriquecimento sem causa e a propriedade imaterial, inclusive marcas, patentes e concorrência desleal, tem sido pormenorizadamente estudada na Alemanha há mais de 100 anos. Um dos artigos seminais sobre o tema foi publicado em 1909 (!) pelo brilhante romanista alemão Fritz Schulz.⁴⁹

Aqui, previsão do enriquecimento sem causa em geral só foi instituída pelo Código Civil de 2002. Até então, o enriquecimento sem causa era invocado somente como um princípio geral do direito, na linha de fechamento de cadeias argumentativas. Também se mencionava o pagamento indevido, assim como faz até hoje o Código Civil francês.⁵⁰

O fato é que nos últimos anos a doutrina nacional se tem dedicado a alterar essa realidade. Foram produzidas dissertações de mestrado e teses de doutorado voltadas a corrigir, por assim dizer, a sua rota de aplicação.⁵¹ A despeito do esforço, a mudança tem sido lenta. E o ARESp 1.303.548/RN bem demonstra essa realidade.

Conforme defendido pela doutrina especializada majoritária, desde a adoção da cláusula geral de vedação ao enriquecimento sem causa, prevista no art. 884 do Código Civil, o Brasil aproximou-se de forma definitiva do modelo alemão.⁵² Na Alemanha, o enriquecimento sem causa é dividido entre os casos de enriquecimento sem causa por prestação (*Leistungskondiktion*) e os casos de enriquecimento sem causa por não prestação (*Nichtleistungskondiktion*).⁵³

⁴⁷ §812 do BGB.

⁴⁸ KREBS, Thomas. The fallacy of 'restitution for wrongs'. In: BURROWS, Andrew; RODGER, Alan. Mapping the law: essays in memory of Peter Birks. Oxford: Oxford University Press, 2006. p. 380-381; DANNEMANN, Gerhard. The German law of unjustified enrichment and restitution: a comparative introduction. 1. ed. Oxford: Oxford University Press, 2009; ZIMMERMANN, Reinhard. O Código Civil alemão e o desenvolvimento do direito privado na Alemanha. Revista de Direito Civil Contemporâneo, São Paulo, v. 12, p. 317-318, jul./set. 2017; JOHNSTON, David; ZIMMERMANN, Reinhard. Unjustified enrichment: surveying the landscape. In: JOHNSTON, David; ZIMMERMANN, Reinhard. Unjustified enrichment: key issues in comparative. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

⁴⁹ SCHULZ, Fritz. System der Rechte auf den Eingriffserwerb. Archiv für die civilistische Praxis. v. 105, p. 1-488, 1909.

⁵⁰ COSTA-NETO; NÓBREGA NETO, op. cit. p. 11-15.

⁵¹ Por todas, cf. MORAES, Renato Duarte Franco de. Enriquecimento sem causa e enriquecimento por intervenção. São Paulo: Almedina, 2021.

⁵² MICHELON JR. Claudio. Native sources and comparative resources: unjustified enrichment in Brazil after the 2002 civil Code. Revista de Direito Civil Contemporâneo, v. 9, p. 243-276, out./dez. 2016. p. 251.

⁵³ ZIMMERMANN, Reinhard. The law of obligations: roman foundations of the civilian tradition. 1. ed. Cape Town: Juta & Co., 1992. p. 889.

Entre os casos de enriquecimento sem causa por não prestação, destaca-se o enriquecimento sem causa por intervenção (*Eingriffskondiktion*).⁵⁴ O enriquecimento sem causa por prestação é caracterizado por uma conduta ativa da vítima do empobrecimento. É o caso de uma pessoa que efetua um pix por engano, transferindo o valor para a pessoa errada. Se a pessoa a quem foi transferido o valor não o devolve, aceitando passiva o benefício (ou enriquecimento), nasce uma pretensão restitutória.⁵⁵ Trata-se, pois, frequentemente, de um pagamento ou transferência indevidos. Embora o Código Civil brasileiro distinga o pagamento indevido do enriquecimento sem causa, aquele nada mais é do que uma clássica hipótese de manifestação deste.⁵⁶

O enriquecimento sem causa por intervenção, por sua vez, diz respeito a outra situação bastante comum na vida em sociedade. Imagine-se que o cliente de uma oficina tenha deixado seu carro lá por alguns dias, para ser consertado. Em uma das noites em que seu carro estava lá, o mecânico pega o carro e dá uma volta nele. Aproveita a noite; sai com pessoas; usa o carro que não lhe pertence.

Nesse caso, alguém, sem pedir autorização, passa a explorar bem ou direito alheio com o objetivo de auferir vantagem. O benefício é obtido às custas do patrimônio ou dos direitos de um titular cuja posição é usurpada. Pode-se considerar que as pessoas, intuitivamente, mesmo que à margem do universo jurídico, presuponham que essa conduta não está em conformidade com o direito.

Entretanto – e essa assertiva é menos óbvia –, apenas a ilicitude de uma conduta não gera o dever de indenizar.⁵⁷ Diante disso, imagine-se que a referida exploração desautorizada de direito alheio não cause qualquer prejuízo ao seu titular, mas apenas lucro ao interventor. O carro não perdeu valor de mercado. A quilometragem a mais é insignificante. Prejuízo não houve. Mas houve enriquecimento às custas do proprietário do automóvel.

O que fazer nessas situações? Ora, os atos ilícitos, enquanto fonte de obrigações, normalmente fazem surgir pretensão apenas indenizatória: a reparação da vítima na exata extensão do dano sofrido.⁵⁸ Aplica-se o paradigma da reparação integral, ficção jurídica que representa uma das bases filosóficas da responsabilidade civil,⁵⁹ a partir dos postulados de justiça corretiva⁶⁰ de Aristóteles.⁶¹ Não

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ COSTA NETO, João; NÓBREGA NETO, Elias. Enriquecimento sem causa e justiça corretiva na perspectiva de Ernest Weinrib. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n.1065, jul. 2024. p. 2.

⁵⁶ OLIVEIRA; COSTA-NETO. 2024, p. 745.

⁵⁷ COSTA-NETO; NÓBREGA NETO, 2024b. p. 2.

⁵⁸ SANSEVERINO, Paulo de Tarso. *Princípio da reparação integral: indenização no Código civil*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 48.

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ WEINRIB, E. J. *The Idea of Private Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 56.

⁶¹ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. São Paulo: Madamu, 2020.

existe responsabilidade civil sem dano. Desse modo, os atos ilícitos indenizativos não são capazes de oferecer uma resposta adequada para esse tipo de situação, ainda que a conduta discutida seja ilícita.⁶²

Já os atos de vontade são igualmente inaplicáveis. Os atos de vontade são a base dos contratos.⁶³ Entretanto, no caso da exploração desautorizada de direito alheio, está-se diante exatamente da falta de um contrato. Júlio Gomes fala no *curto-circuito* do contrato,⁶⁴ já que os interventores, muitas vezes, optam por deliberadamente prosseguir sem a autorização do titular. Afinal de contas, no pior dos cenários, ao se analisar o caso sob uma perspectiva indenizatória – o que, defende-se, não é adequado – o interventor terá de pagar a título de reparação o preço de mercado da contratação. Essa contratação, todavia, não ocorreu. Ou seja: no pior dos cenários, o interventor terá o mesmo dispêndio de dinheiro que teria caso obtivesse a regular autorização do titular do direito explorado. Assim, além de não existir contrato, o ato ilícito, que muitas vezes não gera dano, paga a si mesmo.

Basta pensar-se no caso da atriz Giovanna Antonelli, que teve sua imagem usada por uma farmácia sem a sua autorização. O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro queria inicialmente condenar a farmácia a pagar um valor baixo e a título de danos morais. Mas o argumento da atriz — acolhido pelo STJ — foi o seguinte: a farmácia usar seu nome não gera somente um dano psicológico (se é que gera).⁶⁵

O que efetivamente nasce é um enriquecimento indevido às custas do prestígio que a atriz construiu ao longo de sua carreira. Se a farmácia queria usar esse prestígio, deveria ter pago o respectivo cachê publicitário. Logo, o principal é fazer a farmácia devolver todo o lucro que obteve pelo uso indevido da imagem da atriz. Todavia, se a farmácia apenas pagasse o cachê normal da atriz, receberia um incentivo imenso para usar imagens de famosos sem autorização, porque, no fim das contas, “pior do que está não fica”.⁶⁶

Se pagasse só o cachê ou *reasonable fee*, mesmo após todo o processo, a farmácia só teria de pagar o mesmo valor que já estava obrigada por lei a pagar. Praticando ou não o ilícito, o valor a ser pago seria o mesmo. Haveria um forte incentivo a descumprir a lei. A solução aqui, portanto, é o chamado *disgorgement*

⁶² COSTA-NETO; NÓBREGA NETO, op. cit. p. 2.

⁶³ COSTA-NETO; NÓBREGA NETO, 2024a, p. 21-26.

⁶⁴ VIEIRA GOMES, Júlio Manuel. O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1998. p. 782-783.

⁶⁵ COSTA-NETO, João. The Sad Future of Unjustified Enrichment in Brazil: Criticising the Brazilian Civil Code Reform. Oxford University Comparative Law Forum. vol. 2, 2024, no prelo.

⁶⁶ *Ibid.*

of profits. A farmácia tem que pagar cada centavo do que enriqueceu às custas da imagem da atriz. O cachê padrão de uma campanha publicitária funciona como piso restitutivo. Mas a atriz tem direito a pegar de volta cada centavo do que a farmácia obteve ilegalmente por causa de sua imagem.⁶⁷ Não é fácil calcular esse valor. Por isso, o STJ devolveu o caso para liquidação por arbitramento (perícia).⁶⁸ A diferença entre *reasonable fee* e *disgorgement of profits* será retomada adiante.

Dessa forma, a fonte de obrigações capaz de fazer surgir uma pretensão que possa de alguma maneira condenar o interventor é o enriquecimento sem causa.⁶⁹ O enriquecimento sem causa acontece quando alguém tem um incremento patrimonial que não tem justificativa jurídica para integrar seu patrimônio.⁷⁰

Assim, tanto quando alguém faz um pix por engano para outrem quanto quando alguém se enriquece explorando direito alheio, mesmo que lhe sem causar prejuízo, não há causa jurídica idônea a justificar a manutenção daquele valor com o enriquecido.⁷¹

No caso do pix por engano (enriquecimento sem causa por prestação), há empobrecimento, mas não há ato ilícito praticado pelo enriquecido. É a conduta ativa da vítima que acarreta a atribuição patrimonial em favor do enriquecido. A falta de causa jurídica para o enriquecimento, ainda que o enriquecido não tenha praticado nenhuma ilicitude, obriga-o a restituir o valor do enriquecimento.⁷²

Já no caso da exploração desautorizada de direito alheio (enriquecimento sem causa por intervenção), existe ato ilícito. Mas não existe dano. Uma vez que os atos ilícitos estão associados somente à pretensão indenizatória, não podem ser utilizados como fundamento para que o interventor seja condenado. Aqui, entram em cena o enriquecimento sem causa e a pretensão restitutória.

Para que fique claro: enquanto a pretensão indenizatória se associa aos atos ilícitos para reparar os danos sofridos pela vítima, a pretensão restitutória vincula-se ao enriquecimento sem causa, que serve para restituir ganhos obtidos por alguém que se enriqueceu injustificadamente às custas de direito ou bem alheio.⁷³ A pretensão indenizatória relaciona-se aos danos sofridos por uma vítima. A pretensão restitutória, a seu tempo, busca desfazer ganhos obtidos por enriquecidos que não têm justificativa jurídica para manter no seu patrimônio o referido

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ REsp 1.698.701/RJ, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª Turma, j. 2/10/2018, DJe 8.10.2018.

⁶⁹ COSTA-NETO; NÓBREGA NETO, 2024a, p. 106-112.

⁷⁰ COSTA-NETO; NÓBREGA NETO, 2024a, p. 106-112.

⁷¹ COSTA-NETO; NÓBREGA NETO, 2024b, p. 2-3.

⁷² WEINRIB, Ernest. *Corrective Justice*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 190.

⁷³ COSTA-NETO; NÓBREGA NETO, 2024a, p. 15-20.

acréscimo. A pretensão restitutória pode surgir tanto de conduta ativa quanto de conduta passiva dos enriquecidos.⁷⁴

O que se tem, portanto, é que o fato jurídico enriquecimento sem causa associa-se à restituição de ganhos. Contudo, a comunidade jurídica nacional parece obcecada pela pretensão jurídica indenizatória, ao mesmo tempo em que ignora a pretensão jurídica restitutória.

Isso fez com que situações de intervenção desautorizada que geram lucro ao interventor, mas sem causar dano ao respectivo titular sejam tratadas sob a perspectiva da pretensão indenizatória.⁷⁵ Tal percepção representa equívoco conceitual que não deveria ocorrer e que impede a adequada aplicação do direito a esses litígios.

O STJ, em 2018, pela primeira e única vez, resolveu uma situação de intervenção, em julgamento colegiado, com fundamento no enriquecimento sem causa, e não exclusivamente nos atos ilícitos. Trata-se do já mencionado AREsp 1.698.701/RJ, relatado pelo Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva.⁷⁶ Na oportunidade, a atriz Giovanna Antonelli foi vítima da exploração desautorizada da sua imagem por uma farmácia. Conforme indicado acima, pediu não apenas a reparação pelos danos sofridos, mas a restituição do lucro obtido pela empresa interventora com a exploração desautorizada de sua imagem, o que foi acolhido pelo STJ:

4. De acordo com a maioria da doutrina, o dever de restituição do denominado lucro da intervenção encontra fundamento no instituto do enriquecimento sem causa, atualmente positivado no art. 884 do Código Civil.

5. O dever de restituição daquilo que é auferido mediante indevida interferência nos direitos ou bens jurídicos de outra pessoa tem a função de preservar a livre disposição de direitos, nos quais estão inseridos os direitos da personalidade, e de inibir a prática de atos contrários ao ordenamento jurídico.⁷⁷

Impõe-se notar que houve confusões conceituais no caso. Na petição inicial do caso, a atriz pediu, além da restituição do enriquecimento por intervenção, a condenação da empresa interventora “ao pagamento de indenização à [sic] título

⁷⁴ COSTA-NETO; NÓBREGA NETO, 2024a, p. 15-20.

⁷⁵ A título exemplificativo, veja-se o REsp n. 1.335.624/RJ, (rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª Turma, j. 5.12.2013, DJe 18.3.2014. Cf. COSTA-NETO, João; NÓBREGA NETO, Elias. Enriquecimento sem Causa por Intervenção e Disgorgement of Profits. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2024. p. 106-112.

⁷⁶ REsp 1.698.701/RJ, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª Turma, j. 2/10/2018, DJe 8.10.2018.

⁷⁷ REsp 1.698.701/RJ, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª Turma, j. 2/10/2018, DJe 8.10.2018.

de danos materiais consistentes na remuneração devida à Autora, pelo uso indevido da sua imagem, tendo como base de cálculo remuneratório trabalhos semelhantes já realizados pela Autora”.⁷⁸

O pedido foi acolhido no acórdão, no qual se concluiu que “uma vez constatado o uso não autorizado do nome e da imagem da autora em campanha publicitária veiculada pela parte ré, com fins eminentemente comerciais, é devida a reparação integral dos danos morais e patrimoniais daí decorrentes”.⁷⁹

O pedido de condenação ao pagamento de uma espécie de *royalties*, de uma *reasonable fee*⁸⁰ em decorrência da exploração desautorizada de um direito não tem natureza indenizatória, mas restitutória.⁸¹ Afinal de contas, se não tivesse ocorrido a exploração desautorizada, a atriz não teria concreta expectativa de ganhar nada, uma vez que não havia contrato. Se não havia expectativa concreta de ganhar nada, não se pode falar em lucros cessantes.⁸²

Há de se diferenciarem os lucros cessantes (em que existe uma concreta expectativa de recebimento frustrada pela ação de terceiro), da poupança de despesas (em que alguém se enriquece a partir da exploração do direito alheio porque simplesmente não pagou o preço devido pela exploração do direito).⁸³

Cláudio Michelin Jr. discorreu sobre o tema:

O valor total da restituição devida nesses casos é normalmente quantificado pelos tribunais como sendo o valor daquilo que o intervenor-enriquecido deveria ter despendido para obter a autorização que tornaria a intervenção legítima (com causa). Essa forma de quantificação tem a vantagem de ser mais fácil de aferir em casos concretos. Em que pese essa vantagem, a jurisprudência não vai bem ao utilizar esse critério, uma vez que o enriquecimento sem causa não é uma forma de ressarcir lucros cessantes, mas sim uma forma de restituir ao dono da imagem os lucros que foram obtidos a partir da sua imagem. [...] a forma de quantificação do enriquecimento não deve tomar

⁷⁸ *Ibid*, e-STJ fl. 30-31.

⁷⁹ *Ibid*.

⁸⁰ WATTERSON, Stephen. Gain-based remedies for civil wrongs in England and Wales. In: HONDIUS, Ewoud; JANSSEN, Andre. *Disgorgement of profits: gain-based remedies throughout the world*. 1. ed. London: Springer, 2015. p. 29-70. p. 38.

⁸¹ COSTA-NETO; NÓBREGA NETO, 2024a, p. 149-150.

⁸² Aqui não se está a considerar a hipótese em que se demonstra, objetivamente, a diminuição do valor comercial da imagem após a exploração desautorizada. Se for ajuizada ação com essa finalidade e em que haja a comprovação da alegação, o pleito deve prosperar. Ademais, há de ser levado em conta os casos em que a vítima não tem intenção de celebrar o contrato. Se não há intenção de celebrar o contrato não é possível falar em danos pela não contratação, já que ela não ocorreria por um ato de vontade da vítima. Nesta hipótese, está a se falar que não cabem danos materiais. Não se afasta a possibilidade de ocorrência de danos morais.

⁸³ MORAES, 2021. p. 369.

em conta aquilo que o “empobrecido” deixou de ganhar, mas sim o que o enriquecido lucrou a partir da imagem de outrem.⁸⁴

Não obstante a ressalva, seria possível imaginar, a partir da prolação desse acórdão, que os operadores do direito, de advogados a juízes, passariam a corrigir o rumo da aplicação do direito nas situações de intervenção. O que se viu, porém, é que, passados quase 6 anos, o STJ não voltou a aplicar o entendimento – ao menos em acórdãos. Assim, situações de intervenção continuam a ser analisadas sob a perspectiva da reparação de danos. É o que ocorreu no AREsp 1.303.548/RN desde a petição inicial. Acredita-se que, em parte, essa confusão decorra de equívocos conceituais contidos na própria LPI.

A doutrina especializada converge na direção de que o art. 210 da LPI, que complementa o art. 209, é atécnico. Já se disse que é no art. 209 da LPI que estão previstas as hipóteses genéricas de concorrência desleal por atos de prejudicialidade e de confusão. E mais: consta do dispositivo que os prejudicados por esses atos têm “o direito de haver perdas e danos em ressarcimento de prejuízos”.

O art. 210 complementa o art. 209 porque estabelece os parâmetros de quantificação da suposta *indenização*. Todavia, os incisos II e III do dispositivo não tratam de formas de *indenização*, mas de *restituição*.

O inciso II traz como parâmetro “os benefícios que foram auferidos pelo autor da violação do direito”. A pretensão não visa a reparar danos, mas a restituir ganhos. Defende-se que este dispositivo corresponde à pretensão restitutória *disgorgement of profits*,⁸⁵ que pode ser definida como “a pretensão por meio da qual a vítima clama pela restituição de todos os ganhos auferidos pelo interventor a partir da intervenção”.^{86 87}

Já o inciso III, consoante previamente destacado, corresponde “à remuneração que o autor da violação teria pagado ao titular do direito violado pela concessão de uma licença que lhe permitisse legalmente explorar o bem”. No direito inglês, esta pretensão é qualificada como *reasonable fee*.⁸⁸ Renato Moraes, por sua vez, chama-a de *poupança de despesas*, na medida em que diz respeito não ao que o titular perdeu, uma vez que não havia contrato ou expectativa concreta de contratação; mas ao que o interventor deixou de pagar.⁸⁹

⁸⁴ MICHELON JR., C. Direito restitutivo: enriquecimento sem causa, pagamento indevido, gestão de negócios. In: REALE, M.; MARTINS-COSTA, J. Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (Coleção Biblioteca de Direito Civil). p. 202-203.

⁸⁵ COSTA-NETO; NÓBREGA NETO, 2024a, p. 146-163.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 7.

⁸⁷ Não há consenso sobre o conceito de *disgorgement*. Cf. COSTA-NETO; NÓBREGA NETO, 2024a, p. 150-153.

⁸⁸ Também não há unanimidade quanto à nomenclatura atribuída à pretensão. Cf. WATTERSON, 2015, p. 39.

⁸⁹ MORAES, 2021, p. 370.

Essa confusão conceitual implica um substancial problema no mundo concreto, que se manifesta de forma muito clara no ARESp 1.303.548/RN. Diante da percepção de que estava a ser vítima de concorrência desleal, uma empresa decidiu ajuizar ação para que a prática fosse cessada. Ao analisar a LPI, verificou que tem direito a uma “indenização”, mesmo que não tivesse sofrido dano objetivamente mensurável. Assim, ajuizou uma ação e que pede indenização pelos danos sofridos, com parâmetro no lucro obtido pelo interventor.

As premissas – indenização, porém pautada em ganhos – não se conectam.⁹⁰ Mas está na lei. Diante disso, os tribunais, a partir da orientação do STJ, passaram a falar em *dano presumido* nas hipóteses de concorrência desleal.⁹¹ Foi a solução encontrada para dar vazão às pretensões fadadas ao fracasso, já que, para que algo seja reparado, tem de haver dano.

Constou do acórdão recorrido do caso ora analisado, após menção ao art. 209 da LPI, que ele “autoriza a reparação material, pela ocorrência do ato de concorrência desleal, dispensando a comprovação do dano, o qual é presumido, e decorre da dúvida que é imposta aos consumidores pela confusão entre empreendimentos/estabelecimentos”.⁹²

Já na decisão monocrática proferida no STJ, com base na premissa de que não há competição de mercado, entendeu-se que não houve concorrência desleal no caso concreto. O entendimento deriva da premissa de que, se não há desvio de clientela, não há concorrência desleal. Essa premissa, por sua vez, revela o apego à necessidade de dano; à pretensão indenizatória, portanto. Isso ocorre mesmo quando o art. 210, II, da LPI, citado pelo autor no pedido da petição inicial, estabeleça que a condenação será pautada por ganhos.

Na decisão monocrática pela qual se deu provimento ao recurso especial do *Coco Bambu*, em contrariedade às conclusões fáticas da corrente vencedora do acórdão recorrido, afirma-se que não houve “concorrência parasitária, sendo de rigor o julgamento de improcedência da pretensão indenizatória”.⁹³ A expressão “improcedência da pretensão indenizatória” foi grafada em negrito.

⁹⁰ Cf. MICHELON JR. Claudio. Native sources and comparative resources: “unjustified enrichment in Brazil after the 2002 civil Code. Revista de Direito Civil Contemporâneo, v. 9, p. 243-276, out./dez. 2016, p. 254: “[t]he absence of a general clause and the absence of a clear locus in the Code for those enrichment institutions had a negative impact on the development of a structured body of judicial decisions on the matter. [...] Another coping mechanism was to introduce, often by legislative creation, enrichment rules by another name. Thus, Art. 210 of the Law n. 9.279/96 introduced the duty to return the profits obtained as a result of violation of certain kinds of intellectual property rights belonging to another as a sub-species of profit loss, which flies in the face of the traditional account of profit loss in Brazilian law”.

⁹¹ REsp 1.174.098/MG, rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. 4.8.2011, DJe 15.8.2011.

⁹² TJRN. ApCiv nº 2017.003523-2, rel. Des. Cláudio Santos, 1ª Câmara Cível, j. 14.12.2017, DJ 22.1.2018.

⁹³ STJ, ARESp 1.303.548/RN, rel. Min. Raul Araújo, DJe 6.3.2024.

É certo que o autor poderia, desde a petição inicial, não ter apenas suscitado o art. 210, II, da LPI – o que foi feito –, mas fundamentado sua pretensão na vedação ao enriquecimento sem causa por intervenção. Entretanto, à época dos fatos, quase não se falava sobre o tema no Brasil⁹⁴ e os casos de intervenção eram enxergados pela equivocada perspectiva da reparação de danos, ainda que dano não houvesse. Criou-se até mesmo a tese dos *danos presumidos* para, de alguma forma, conter o ímpeto dos interventores e legitimar as pretensões das vítimas.

De acordo com Renato Moraes, “[e]ventuais normas que definam lucros cessantes a partir dos “benefícios que foram auferidos pelo autor da violação ao direito, como se verifica no art. 210 da Lei n. 9.279/1996, refletem técnica legislativa equivocada, embora confirmem fundamento para as decisões judiciais que as utilizem”.⁹⁵

No caso dos autos, porém, a partir da decisão monocrática no AREsp 1.303.548/RN, a tradição foi rompida. Diante da ideia subliminar de que o autor não sofreu dano, já que não disputava mercado com o réu, a ação foi julgada improcedente no STJ. Não se examinou a possibilidade de concorrência desleal mediante parasitismo.⁹⁶ Apenas se concluiu que não houve parasitismo, mesmo que o acórdão recorrido tenha afirmado, na corrente vencedora, que ocorreu. Igualmente, não houve o enquadramento da situação de intervenção sob a perspectiva do enriquecimento sem causa por intervenção, contrariando o decidido no paradigmático AREsp 1.698.701/RJ.

Ainda assim, pende o julgamento do agravo interno interposto pelo autor. A despeito do enquadramento jurídico atécnico conduzido até o momento, entende-se

⁹⁴ Cf. MICHELON JR. Claudio. Native sources and comparative resources: “unjustified enrichment in Brazil after the 2002 civil Code. Revista de Direito Civil Contemporâneo, v. 9, p. 243-276, out./dez. 2016, p. 251: “[e]nrichment by intervention is a relatively new concept in Brazilian law and its study was in no small measure triggered by the new CC. Before 2002, mistaken payment had expanded to cover a wide range of cases, but it did not lend itself to expansion beyond situations of enrichment caused by transfer. Some cases of enrichment by intervention were specifically introduced by legislation. However, the absence of a general provision regarding unjust enrichment in Brazilian law made it difficult to find an autonomous legal ground to justify the disgorgement of an enrichment by intervention. In concrete cases it often happened that delictual rules concurrently applied to cases of enrichment by intervention (although that is, of course, not necessarily the case). Brazilian courts would then frequently utilise delictual grounds to produce non-delictual results. Delictual obligations and obligations resulting from enrichment by intervention have very different consequences in Brazilian law, even before the coming into force of the current CC. Delictual rules can only generate a right to damages, but there has never been an express general provision providing for “restitution for wrongs” in the Brazilian Law. However, what the conflation missed was the fact that, in situations where both regimes apply concurrently, the value of the enrichment to be disgorged might be greater than the value of the indemnification”.

⁹⁵ MORAES, 2021, p. 54.

⁹⁶ O que se quer dizer aqui é que não consta da decisão uma análise da concorrência desleal na forma da concorrência parasitária, pautada na vedação ao enriquecimento sem causas e que dispensa a concorrência de mercado. A menção à ausência de parasitismo foi feita de forma desconexa à modalidade de concorrência desleal parasitária. Simplesmente se falou que não houve comportamento parasitário.

que não é possível punir a parte autora por equívocos conceituais constantes da legislação e da jurisprudência. Foram esses equívocos conceituais que induziram o autor em erro quando do ajuizamento da ação.

O STJ pode, ao mesmo tempo, reconhecer o equívoco conceitual até então vigente no litígio e, ainda assim, preservar o direito do autor de obter êxito em sua pretensão contra o comportamento parasitário reconhecido pelo acórdão recorrido. Pode fazê-lo, inclusive, com base em sua própria jurisprudência, segundo a qual a parte que escolher o critério de quantificação da *indenização* por concorrência desleal na petição inicial não poderá alterá-lo.⁹⁷

Uma vez que o autor escolheu o inciso II do art. 210 da LPI, isto é, os ganhos obtidos pelo réu, o recurso especial deverá ser desprovido quando do julgamento do agravo interno, para ratificar o acórdão recorrido não na sua fundamentação, mas no seu direcionamento: o réu deverá ser condenado a pagar pela sua conduta parasitária. E esse pagamento será apurado em liquidação de sentença, com fundamento: (i) no art. 209 da LPI, constante do dispositivo do acórdão recorrido; e (ii) no inciso II do art. 210 da LPI, eleito pelo autor na petição inicial como parâmetro de apuração do valor devido.

Conclusão

O ARESp 1.303.548/RN é um caso que preenche os requisitos para ser qualificado como paradigma na jurisprudência do STJ. Mas, para que isso de fato ocorra, a Quarta Turma do tribunal deverá enfrentar as discussões de direito ora abordadas, que, como visto, estão intimamente relacionadas: (a) há necessidade de competição de mercado para a configuração de concorrência desleal? e (b) quais as diferenças entre as pretensões indenizatória e restitutória?

O presente comentário situa-se em um momento oportuno: entre o julgamento monocrático pelo Ministro relator e o julgamento colegiado pela Turma. Diante disso, mais do que um comentário do julgador, é possível apresentar sugestões de julgamento.

⁹⁷ REsp 1.730.067/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. 15.12.2020, DJe 18.12.2020: “[d]a leitura da petição inicial e do correlato aditamento acostado a fls. 208/210 (e-STJ) destes autos, constata-se que o pedido indenizatório foi formulado pela autora da ação nos seguintes termos: [...]. Verifica-se, assim, a formulação de pedido certo e determinado, consistente na aplicação, como critério de apuração da pretensão indenizatória da autora da ação, do quanto estabelecido no inciso III do art. 210 da Lei 9.279/96[...]. Dessa forma, e como consequência do que foi até aqui exposto, impõe-se a conclusão de que os juízos de origem – ao decidirem adotar como alicerce para o arbitramento da indenização devida critério diverso daquele eleito pela parte autora – extrapolaram os limites fixados na petição inicial. Ao assim agirem, incidiram em afronta aos arts. 141 e 492 do CPC/15”.

Assim, a conclusão deste trabalho, a partir das mencionadas premissas teóricas e da moldura fática do acórdão recorrido, é a de que o STJ deve fixar a seguinte tese jurídica: diante da previsão normativa da pretensão de restituição do enriquecimento sem causa por intervenção constante do art. 210, II, da LPI, não há necessidade de concorrência direta de mercados para que se configure a concorrência desleal. A concorrência desleal manifesta-se também pelo comportamento parasitário de um interventor, o qual se enriquece de forma injustificada e parasitária a partir da exploração desautorizada de direito alheio.

Referências

- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. São Paulo: Madamu, 2020.
- BARBOSA, Denis Borges. *Uma introdução à propriedade intelectual*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- BITTAR, Carlos Alberto. Concorrência desleal: a imitação de marca (ou de seu componente) como forma de confusão entre produtos. *Revista de Informação Legislativa*, Ano 22, n. 85, jan./mar. 1985.
- CAMALIER DA SILVA, Alberto Luís. *Concorrência desleal: atos de confusão*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- COSTA-NETO, João; NÓBREGA NETO, Elias. *Enriquecimento sem Causa por Intervenção e Disgorgement of Profits*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2024.
- COSTA NETO, João; NÓBREGA NETO, Elias. *Enriquecimento sem causa e justiça corretiva na perspectiva de Ernest Weinrib*. Revista dos Tribunais, São Paulo, n.1065, jul. 2024.
- COSTA-NETO, João. *The Sad Future of Unjustified Enrichment in Brazil: Criticising the Brazilian Civil Code Reform*. Oxford University Comparative Law Forum. vol. 2, 2024, no prelo.
- DANNEMANN, Gerhard. *The German law of unjustified enrichment and restitution: a comparative introduction*. 1. ed. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- JOHNSTON, David; ZIMMERMANN, Reinhard. Unjustified enrichment: surveying the landscape. In: JOHNSTON, David.; ZIMMERMANN, Reinhard. *Unjustified enrichment: key issues in comparative*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.
- KONDER, Carlos Nelson. Dificuldades de uma abordagem unitária do lucro da intervenção. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, v 13, p. 231-248, out./dez. 2017.
- KREBS, Thomas. The fallacy of 'restitution for wrongs'. In: BURROWS, Andrew; RODGER, Alan. *Mapping the law: essays in memory of Peter Birks*. Oxford: Oxford University Press, 2006. p. 380-381.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.
- MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 158.

MICHELON JR. Claudio. *Native sources and comparative resources: “unjustified enrichment in Brazil after the 2002 civil Code.* Revista de Direito Civil Contemporâneo, v. 9, p. 243-276, out./dez. 2016.

MICHELON JR., Claudio. Direito restitutivo: enriquecimento sem causa, pagamento indevido, gestão de negócios. In: REALE, M.; MARTINS-COSTA, J. *Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

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

OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de Oliveira; COSTA-NETO, João. *Direito civil.* 3. ed. Rio de Janeiro: Método, 2024.

SAVI, Sergio. *Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa: o lucro da intervenção.* 1. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

SCHAUER, Frederick. *The proof: uses of evidence in law, politics, and everything else.* Cambridge: Harvard University Press, 2022.

SCHULZ, Fritz. *System der Rechte auf den Eingriffserwerb.* Archiv für die civilistische Praxis. v. 105, p. 1-488, 1909.

SILVEIRA, Paulo Burnier da. *Direito da concorrência.* Rio de Janeiro: Forense, 2021.

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

WATTERSON, Stephen. Gain-based remedies for civil wrongs in England and Wales. In: HONDIUS, Ewoud.; JANSSEN, Andre. *Disgorgement of profits: gain-based remedies throughout the world.* 1. ed. London: Springer, 2015.

WEINRIB, Ernest. *Corrective Justice.* Oxford: Oxford University Press, 2012.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso. *Princípio da reparação integral: indenização no Código civil.* 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ZIMMERMANN, Reinhard. *The law of obligations: roman foundations of the civilian tradition.* 1. ed. Cape Town: Juta & Co., 1992.

ZIMMERMANN, Reinhard. *O Código Civil alemão e o desenvolvimento do direito privado na Alemanha.* Revista de Direito Civil Contemporâneo, São Paulo, v. 12, p. 317-318, jul./set. 2017.

Recebido em: 09.09.2024

Aprovado em: 03.02.2025

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

COSTA-NETO, João; NÓBREGA NETO, Elias Cândido da. Concorrência desleal e enriquecimento sem causa por intervenção no ARESP 1.303.548/m (caso *Camarões v. Coco Bambu*). *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 34, n. 3, p. 207-229, jul./set. 2025. DOI: 10.33242/rbdc.2025.03.009.
