

LUCRO DA INTERVENÇÃO: A DISCIPLINA E OS JULGAMENTOS PIONEIROS NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PROFIT OF INTERVENTION: THE DISCIPLINE AND THE PIONEER JUDGMENTS IN THE SUPERIOR COURT OF JUSTICE

Leonardo Fajngold

Mestrando em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Advogado.

Bernardo Salgado

Mestrando em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Advogado. *E-mail:* salgadobernardo@outlook.com.

Dan Guerchon

Mestrando em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Advogado.

Resumo: O artigo se dedica a analisar a figura do lucro da intervenção, examinando, em especial, seu conceito, o tratamento que deve ser conferido ao tema e os critérios utilizados na etapa de quantificar o montante a ser excluído do patrimônio do interventor. Ao longo do trabalho, são também comentados o Enunciado nº 620 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na VIII Jornada de Direito Civil, e os recursos especiais nº 1.552.434/GO e nº 1.698.701/RJ, julgados no segundo semestre de 2018 pelo Superior Tribunal de Justiça.

Palavras-chave: Enriquecimento sem causa. Responsabilidade civil. Lucro da intervenção.

Abstract: The article intends to analyze the idea of *profit of intervention*, examining specially, its concept, the legal treatment of the matter, and the parameters used to evaluate the amount to be excluded of the intervener's property. Along this paper, it will also be analyzed the *statement 620* issued by the Federal Justice Counsel and approved in the VIII *Jornada de Direito Civil*, besides the Special Appeal No. 1.552.434/GO and Special Appeal No. 1.698.701/RJ, recently decided by the Superior Court of Justice.

Keywords: Unjust enrichment. Civil liability. Lucro da intervenção.

Sumário: Introdução – **1** O que é lucro da intervenção e como abordar o tema? – **2** Um problema multiforme: as cinco manifestações do lucro da intervenção – **3** Quantificação do lucro – **4** Pontapés jurisprudenciais: o REsp nº 1.552.434/GO e o REsp nº 1.698.701/RJ – Conclusão

Introdução

Quem acompanhou com atenção a VIII Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal, observou, no enunciado que ganhou o número 620,¹ a menção a tema um tanto quanto desconhecido no ordenamento jurídico brasileiro: o lucro da intervenção.

Se o assunto já é pouco abordado mesmo no repertório atual dos civilistas, a noção era, até então, praticamente ignorada por juristas em geral. Não à toa, em obra pioneira sobre a matéria, publicada em 2012, Sérgio Savi descreveu o estado da arte anunciando que, naqueles tempos, não se tinha “notícia de qualquer decisão no Brasil que faça referência expressa ao lucro da intervenção, assim como não se conhec[ia] qualquer trabalho acadêmico exclusivamente dedicado ao tema”.² Precisamente por isso, pode-se dizer que a oportuna redação do Enunciado nº 620 do CJF tem como maior de seus méritos colocar holofotes sobre questão que, apesar de relevante, é ainda pouco explorada pela comunidade jurídica.

Sem prejuízo, outros dois pontos também foram exaltados pela doutrina especializada a respeito do enunciado: a importância de se haver definido ali o conceito de *lucro da intervenção* e a concomitante indicação da forma de disciplina,³ ao se explicitar que a obrigação de restituir o lucro da intervenção “fundamenta-se na vedação do enriquecimento sem causa”.

É dizer, mais que introjetar uma nova figura, o esforço doutrinário veio tentar resolver um problema técnico que passava despercebido até há pouco tempo no ordenamento brasileiro, consistente em tentar reconduzir, sem maiores considerações e rigor científico, qualquer ato contrário ao direito à disciplina da responsabilidade civil (lógica *reparatória*), relegando a sistemática do enriquecimento sem causa (lógica *restitutória*) a um sempre lugar cativo de *ultima ratio*.

A despeito dos aplausos, para os mais veteranos nesse assunto – se é que é possível assim dizer, considerando-se que os estudos mais antigos desenvolvidos no Brasil datam de menos de uma década – a verdade é que o enunciado se apresentou como ponto de partida para um importante debate no ordenamento jurídico

¹ Eis a íntegra do Enunciado nº 620 do CJF: “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” (CFJ. *Enunciado nº 620*. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/1169>. Acesso em: 23 jan. 2019).

² SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa: o lucro da intervenção*. São Paulo: Atlas, 2012.

³ SCHREIBER, Anderson. Uma nova jornada de direito civil. *Carta Forense*, 14 maio 2018. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/uma-nova-jornada-de-direito-civil/18198>. Acesso em: 22 jan. 2019.

brasileiro. Afinal, conforme se perceberá adiante, a escassa literatura jurídica a respeito do tema não condiz com seu alcance, que contempla uma quantidade de casos muito maior que aparenta.

Menos de dois meses depois da edição do enunciado, em junho de 2018 o assunto ecoou no Superior Tribunal de Justiça, a partir do julgamento do Recurso Especial Repetitivo nº 1.552.434/GO, em que o lucro da intervenção foi empregado como *razão de decidir*.⁴

Pouco após, em outubro de 2018, foi julgado no STJ o REsp nº 1.698.701/RJ. Dessa vez, o panorama fático da controvérsia trazia consigo uma das possíveis expressões da figura, circunstância que levou o Ministro Relator, Ricardo Villas Bôas Cueva, acompanhado à unanimidade pela Terceira Turma, a concentrar seus esforços na elaboração de balizas jurisprudenciais voltadas não somente a sistematizar o tema, quando abstratamente considerado, mas sobretudo a estabelecer parâmetros que devem ser observados em cada caso concreto.⁵

Daí se afirmar que, em cerca de seis meses, com os julgamentos realizados em junho e outubro de 2018 no Superior Tribunal de Justiça e, a partir da edição do Enunciado nº 620 na VIII Jornada de Direito Civil, o assunto deixou as sombras, saindo de um quase unânime desconhecimento entre os operadores de direito para se tornar objeto de debate no alto escalão doutrinário e jurisprudencial.

Diante desse cenário, então, na exposição a seguir se pretende traçar a adequada trajetória para compreensão da figura, iniciando pela sua formulação teórica e aportando, ao final, à aplicação prática. Como se verá, todo o caminho a ser percorrido nesse roteiro parece tortuoso: as reflexões quanto ao regime aplicável; as múltiplas manifestações, que colocam em dúvida a possibilidade de se cogitar de uma abordagem homogênea para os diversos casos; e a imensa dificuldade de definição, na hipótese concreta, da melhor medida para eliminar o lucro obtido pelo agente ofensor.

As intrincadas controvérsias, contudo, não podem afugentar o jurista dessa importante tarefa de análise, sob pena de se consentir com um cenário de loteria na jurisprudência, com risco de desfecho jurídico idêntico para hipóteses consideravelmente distintas entre si ou de conclusões conflitantes diante de um mesmo quadro fático.⁶ Ao contrário, as controvérsias conclamam forte empenho doutrinário e jurisprudencial em favor de uma construção conjunta dos parâmetros a serem utilizados pelo intérprete. Este trabalho se dedica, portanto, a contribuir para a pavimentação da longa estrada que já se enxerga à frente da figura do lucro da intervenção.

⁴ STJ, 2ª S. REsp nº 1.552.434/GO. Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 13.6.2018.

⁵ STJ, 3ª T. REsp nº 1.698.701/RJ. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 2.10.2018.

⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito (nota introdutória). *Revista dos Tribunais*, v. 888, p. 9-36, out. 2009.

1 O que é lucro da intervenção e como abordar o tema?

O recente enunciado aprovado na Jornada de Direito Civil, no intuito de fomentar a correta aplicação da teoria, consagrou o conceito do que seria o lucro da intervenção, definindo-o como a “vantagem patrimonial auferida a partir da exploração não autorizada de bem ou direito alheio”. O lucro da intervenção estará configurado, portanto, quando um indivíduo experimentar vantagem patrimonial a partir da interferência indevida em patrimônio alheio, independentemente de se verificar, ou não, a paralela ocorrência de um *dano* em desfavor do titular do patrimônio.

Para a regular apreensão da definição, uma observação preliminar é importante: a expressão “vantagem patrimonial”, que o Enunciado nº 620 utiliza, assume conotação técnica específica. Em rigor, a ideia de vantagem diz respeito a uma comparação entre o estado patrimonial em que o ofensor estava e aquele em que efetivamente estaria se não fosse o ato de intervenção praticado. Equivale, nesse sentido, a um balanço patrimonial do ofensor. Por isso, além do efetivo lucro (aumento de ativo), tem-se entendido que a vantagem patrimonial também abarca a diminuição de um passivo e a poupança de uma despesa.⁷

Suponha-se, na qualidade de primeiro exemplo, que determinado sujeito aufera exponenciais lucros mediante a realização de aplicações financeiras com dinheiro que não lhe pertence e sem a devida autorização do verdadeiro detentor dos recursos. O agente apropria-se de verbas que não são suas e, com elas, consegue multiplicar o valor investido. Sob os olhos do ordenamento jurídico, não parece razoável que, embora nenhum prejuízo tenha sido causado ao titular do patrimônio, todo o produto dessas operações seja destinado àquele que não era o proprietário dos bens que permitiram auferir a renda. Trata-se, noutras palavras, de situação em que se consegue vislumbrar o recebimento de vantagem patrimonial mediante a utilização não consentida de direito pertencente a terceiro, configurando-se, nessa hipótese, o *lucro da intervenção*, ou seja, a obtenção de vantagem patrimonial à custa da interferência em bem alheio.

Bem compreendido o conceito, a etapa seguinte consiste em examinar o correto enquadramento técnico dessa construção. Ainda que uma visão apressada possa levar à conclusão de que se cuida de *um instituto* próprio, parece mais adequado apresentar o lucro da intervenção como um “problema”, isto é, como desenho fático que se manifesta de maneira reiterada na sociedade, a ponto de justificar elaboração técnica específica para que seja disciplinado. Isso também

⁷ TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Considerações acerca da exclusão do lucro ilícito do patrimônio do agente ofensor. *Revista da Faculdade de Direito – RFD-UERJ*, Rio de Janeiro, n. 28, dez. 2015. p. 8.

se dá porque, como será detalhado a seguir, o problema da intervenção assume diferentes arranjos fáticos e demanda soluções jurídicas distintas a depender do específico caso em análise.

Assim, tal como outros inúmeros transtornos no curso das interações sociais,⁸ a exemplos do atraso na entrega das chaves do imóvel comprado ainda em fase de construção, do extravio de bagagem em transporte aéreo e da inserção indevida em cadastro restritivo de crédito, o lucro da intervenção também atrai a atenção do direito e reclama a aplicação de um regime normativo à mesma moda de qualquer outro fenômeno fático que procura solução nos institutos já previstos no ordenamento jurídico. Aqui, têm lugar as palavras de Carlos Nelson Konder, quando pondera:

pele menos até o presente momento, não parece possível falar de um instituto do lucro da intervenção, se entendermos por instituto a “reunião de normas jurídicas afins, que rege um tipo de relação social ou interesse e que se identifica pelo fim que procura realizar”. O que existe é a situação de lucro da intervenção – o “problema” –, cabendo, a cada ordenamento, dentro da sua sistemática, estabelecer os parâmetros pelos quais vai lidar com ele.⁹

Muito embora encerre uma fotografia de certa dinâmica dos fatos, e não um instituto próprio, não se pode reduzir o seu papel. Conforme se tem referido, a construção em tudo se comunica ao projeto constitucional de se construir uma sociedade *livre, justa e solidária* (art. 3º, I, da CRFB/88).¹⁰ Do ponto de vista axiológico, o princípio da solidariedade é o fio condutor que orienta à necessidade de se expurgar o lucro havido mediante indevida intervenção na esfera jurídica alheia.¹¹

A missão de concretização do projeto constitucional, entretanto, se reduziria à verdadeira *tabula rasa* caso a disciplina da matéria fosse vacilante. E é aqui que se iniciam as controvérsias.

O Enunciado nº 620, é bem verdade, procurou resolver dois problemas de uma só vez, fazendo expressa menção à existência da figura no nosso ordenamento

⁸ A respeito, v. Pietro Perlingieri: “cada fato da realidade social, mesmo aquele mais simples e aparentemente insignificante, tem juridicidade” (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 639).

⁹ KONDER, Carlos Nelson. Dificuldades de uma abordagem unitária do lucro da intervenção. *Revista dos Tribunais*, v. 13, out./dez. 2017.

¹⁰ “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; [...]”.

¹¹ SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa: o lucro da intervenção*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 111.

e, no mesmo ato, discriminando o regime aplicável (“fundamenta-se na vedação do enriquecimento sem causa”), de modo a evitar embates sobre o tratamento a ser dispensado no caso concreto. Ao que se verifica, buscou-se driblar um entrave histórico, visualizado no fato de a cultura jurídica brasileira estar apegada sobremaneira aos remédios da responsabilidade civil e muitas vezes relegar o enriquecimento sem causa a um segundo plano.

É possível mencionar três razões de ordens distintas aptas, cada qual, a justificar esse panorama. A uma, a reponsabilidade civil costumeiramente serviu, ao longo do tempo, à apresentação de rápidas soluções para problemas novos ou ainda mal examinados.¹² A duas, em algumas hipóteses o lucro obtido realmente vem atrelado à causação de um dano,¹³ proporcionando a imediata associação da figura com o direito reparatório. A três, o recurso corriqueiro aos remédios da responsabilidade civil se deve não só à circunstância de inexistir, até a codificação civil de 2002, um tratamento geral do enriquecimento sem causa, mas também à constatação de que, mesmo após a sua promulgação, a legislação lhe reservou caráter subsidiário (art. 886).¹⁴

Então, para entender a opção realizada pela doutrina ao editar o enunciado e eleger o enriquecimento sem causa como terreno em que o lucro da intervenção deve ser abordado, revela-se imprescindível ter em conta os principais regimes obrigacionais existentes, em uma perspectiva funcional. São eles os regimes negocial, reparatório e restitutivo. Em linhas gerais, o primeiro deriva de um negócio jurídico; o segundo, da ocorrência de um dano injusto; e o terceiro, de um enriquecimento sem causa.¹⁵

Para efeito do enquadramento do lucro da intervenção, a hipótese negocial é facilmente descartada. Dado que se cuida de uma intervenção *não autorizada* na esfera alheia, naturalmente não se pode referir a negócio jurídico. O problema somente surge justamente porque as partes nada convencionaram sobre aquela intervenção, sem que exista, pois, regime negocial previamente estabelecido para tutelar a situação.¹⁶

¹² É o que conclui Sérgio Savi ao citar a célebre entrevista concedida por Stefano Rodotà à *Revista Trimestral de Direito Civil*: “Conforme destacado por Stefano Rodotà, ‘a disciplina da responsabilidade civil é uma disciplina que se presta muito a seguir as novas tendências determinadas em uma organização social, e que oferece a elas uma primeira forma de tutela quando as outras formas de tutela, que demandariam uma intervenção do legislador, ainda não estão maduras e percebidas pela sociedade e pelos parlamentos’” (SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa: o lucro da intervenção*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 23).

¹³ SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa: o lucro da intervenção*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 23.

¹⁴ KONDER, Carlos Nelson. Enriquecimento sem causa e pagamento indevido (arts. 876 a 886). In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 379.

¹⁵ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 417-424.

¹⁶ KONDER, Carlos Nelson. Dificuldades de uma abordagem unitária do lucro da intervenção. *Revista dos Tribunais*, v. 13, out./dez. 2017.

Semelhantemente, a propósito da possibilidade de utilização dos remédios da responsabilidade civil, um problema, em especial, já salta à vista logo em um primeiro momento: a dificuldade de disciplinar, no terreno do direito reparatório, a hipótese em que o lucro do interventor se mostra superior ao dano causado à vítima (dano que, em verdade, pode nem mesmo se fazer presente, como se aprofundará no próximo item). Tendo em vista o exposto teor do *caput* do art. 944 do Código Civil, no sentido de que “a indenização mede-se pela extensão do dano”, nada que superaria o dano seria indenizável.¹⁷

Mesmo assim, apesar dos obstáculos, duas teriam sido as tentativas de acomodar o tema do lucro da intervenção, de forma apriorística, no campo da responsabilidade civil.

A primeira delas envolvia considerar a vantagem auferida como uma espécie de lucro cessante presumido. A lógica, segundo alguns alegam, estaria alinhada à disposição do art. 210 da Lei de Propriedade Industrial,¹⁸ que prevê ao prejudicado três caminhos de cálculo dos lucros cessantes em razão da violação do seu direito (“tríplice método”), figurando entre eles “os benefícios que foram auferidos pelo autor da violação do direito” (inc. II).¹⁹

É preciso considerar, no entanto, que, além de a disposição do inc. II remeter à hipótese peculiar: (i) em boa parte dos casos em que se configura o lucro da intervenção, para além de a vítima não possuir qualquer expectativa de lucrar, o ganho advém da atuação exclusiva do ofensor;²⁰ e (ii) o raciocínio de que os lucros deveriam ser considerados no momento de apuração dos danos contraria a noção segundo a qual, “em sede de responsabilidade civil, os ganhos do lesante são irrelevantes”.²¹

A segunda tentativa de se valer de institutos tradicionais da responsabilidade civil para acomodar o lucro da intervenção consistiria, por sua vez, em remover o lucro indevidamente auferido pelo ofensor por intermédio da teoria do *punitive damages* (danos punitivos).²²

¹⁷ LINS, Thiago Drummond de Paula. *O lucro da intervenção e o direito à imagem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 32.

¹⁸ “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”.

¹⁹ LINS, Thiago Drummond de Paula. *O lucro da intervenção e o direito à imagem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 25.

²⁰ KONDER, Carlos Nelson. Dificuldades de uma abordagem unitária do lucro da intervenção. *Revista dos Tribunais*, v. 13, out./dez. 2017.

²¹ SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa: o lucro da intervenção*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 86.

²² Nessa linha, confira-se o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça: “[...] Na fixação de indenização por danos morais, são levadas em consideração as peculiaridades da causa. Nessas circunstâncias,

Por meio desse raciocínio, a intenção seria a de se descolar da literalidade do art. 944 do Código Civil e permitir que a indenização eventualmente superasse o dano efetivamente experimentado pelo titular do patrimônio, alocando-se o excedente na categoria do dano punitivo. A sistemática, todavia, é criticada doutrinariamente por uma diversidade de fatores, que assim podem ser resumidos:

Os problemas das indenizações punitivas, tal como atualmente aplicadas no Brasil, foram muito bem explicitados pela Profa. Maria Celina Bodin de Moraes e podem ser assim resumidos: (i) uma vez que não prevista em lei, a indenização punitiva implicaria em punição sem prévia cominação legal, conferindo um cheque em branco para o juiz cível ferir o princípio da tipicidade (*nullum crimen, nulla poena sine lege*); (ii) vários atos geradores de dano moral também são crimes, o que acarretaria um *bis in idem*, especialmente com a previsão de sanção pecuniária no direito penal (Lei nº 9.714/98); (iii) tramitando na vara cível, a ação segue os mecanismos processuais/recursais do direito processual civil, sem as garantias típicas do procedimento penal; (iv) o efeito punitivo é mitigado no âmbito civil porque nem sempre o responsável é o culpado (como nos casos de seguro de dano) e, nestes casos, o verdadeiro culpado não será punido.²³

Esclarecidos os obstáculos de se eleger a via da reparação civil para disciplinar o lucro da intervenção, em especial pela sua inaptidão para retirar os lucros do patrimônio do ofensor,²⁴ passa-se, então, a analisar a possibilidade de que o enriquecimento sem causa venha a ocupar esse lugar.

Como é sabido, a responsabilidade civil e o enriquecimento sem causa operam em lógicas substancialmente distintas.²⁵ Enquanto a responsabilidade

considerando a gravidade do ato, o potencial econômico do ofensor, o caráter punitivo-compensatório da indenização e os parâmetros adotados em casos semelhantes [...]” (STJ, 4ª T. AgRg no AREsp nº 633.251/SP. Rel. Min. Raul Araújo, j. 5.5.2015).

²³ SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa: o lucro da intervenção*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 82. Ainda sobre o tema, v. BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2017. p. 193-264.

²⁴ “Chega-se, assim, à inafastável conclusão de que a responsabilidade civil não soluciona o problema dos lucros auferidos por meio de conduta lesiva a direitos. O instituto, voltado para a proteção da vítima, permite que o ofensor conserve em seu patrimônio os benefícios obtidos, sempre que o dano patrimonial se revelar menor do que o proveito embolsado” (TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Considerações acerca da exclusão do lucro ilícito do patrimônio do agente ofensor. *Revista da Faculdade de Direito – RFD-UERJ*, Rio de Janeiro, n. 28, dez. 2015. p. 6).

²⁵ “É clara a distinção entre a responsabilidade civil e o enriquecimento sem causa: enquanto a primeira confere uma proteção dinâmica ao patrimônio a partir do princípio do *neminem laedere* e visa ao ressarcimento integral do dano sofrido pela vítima, o segundo oferece apenas uma proteção estática ao patrimônio que, posto menos intensa, abrange casos não cobertos pela responsabilidade civil, como quando não há

civil está centrada na teoria da deslocação patrimonial, voltada à reparação do dano injusto, o enriquecimento sem causa tem amparo na teoria do conteúdo da destinação jurídica dos bens, visando à restituição, ao titular do patrimônio, das vantagens produzidas a partir da exploração dos bens que o integram.²⁶ Recorde-se, ainda, que, à vista do particular objetivo da disciplina do enriquecimento sem causa, são tradicionalmente exigidos três requisitos cumulativos para a sua configuração, bem estampados no *caput* do art. 884 do Código Civil de 2002: (i) a existência de um efetivo enriquecimento; (ii) a circunstância de esse enriquecimento ocorrer à custa de outrem; e (iii) a ausência de legítima causa jurídica para a percepção da vantagem patrimonial.²⁷

Todos esses três requisitos aparecem preenchidos, de forma bastante clara, quando se cogita da figura do lucro da intervenção. Rigorosamente, são extraídos do próprio conceito estampado no enunciado recém-aprovado na VIII Jornada de Direito Civil: “vantagem patrimonial auferida [enriquecimento] a partir da exploração não autorizada [sem causa] de bem ou direito alheio [à custa de outrem]”. Como se vê, os pressupostos para a caracterização do lucro da intervenção coincidem com os requisitos para a incidência da normativa do enriquecimento sem causa.

A partir dessa identidade, parte da doutrina chega, inclusive, à conclusão de que o lucro da intervenção exprimiria “modalidade de enriquecimento sem causa”.²⁸ No entanto, conquanto se compreenda o raciocínio, a razão parece estar com aqueles que percebem a teoria como expressão de um “problema”, ou como uma “figura”, conforme se apontou acima – *figura* essa que pode inclusive atrair, dentro do mesmo cenário, em hipóteses particulares, a simultânea aplicação dos mecanismos do enriquecimento sem causa e da responsabilidade civil.

ilicitude ou dano. Na aplicação do instituto do enriquecimento sem causa o objetivo não é reparar o dano, mas forçar o beneficiado a restituir o indevidamente locupletado” (TEPEDINO, Gustavo *et al.* *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. v. 2. p. 754-755).

²⁶ “Em suma, o ordenamento jurídico não admite o acréscimo de patrimônio de uma pessoa em detrimento da perda do patrimônio de outra, sem que ocorra uma causa jurídica que explique esse deslocamento econômico” (NEVES, José Roberto de Castro. O enriquecimento sem causa: dimensão atual do princípio do direito civil. *In*: BODIN DE MORAES, Maria Celina (Coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 189). No mesmo sentido: “A teoria adotada, portanto, não é a da deslocação patrimonial, mas a do conteúdo da destinação jurídica dos bens, segundo a qual “tudo quanto estes bens sejam capazes de render ou produzir pertence, em princípio, de acordo com o conteúdo da destinação ou afectação de tais direitos, ao respectivo titular. A pessoa que, intrometendo-se nos bens jurídicos alheios, consegue uma vantagem patrimonial, obtém-na à custa do titular do respectivo direito, mesmo que este não estivesse disposto a praticar os actos donde a vantagem procede” (ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das obrigações em geral*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2005. v. 1. p. 492-493).

²⁷ “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”.

²⁸ SCHREIBER, Anderson; SILVA, Rodrigo da Guia. Aspectos relevantes para a sistematização do lucro da intervenção no direito brasileiro. *Revista Pensar*, v. 23, n. 4, 2018. Disponível em: <http://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/7815/pdf>.

Faz-se necessário, a essa altura, desempenhar análise mais apurada dos três pressupostos mencionados acima a respeito do enriquecimento sem causa, como medida para destrinchar todo o alcance da figura do lucro da intervenção.

Em primeiro lugar, é de se enfatizar que o conceito de “enriquecimento” contempla duas perspectivas distintas: a de enriquecimento *real* e a de enriquecimento *patrimonial*.²⁹ A primeira repousa o olhar sobre o objeto do enriquecimento, mediante a avaliação da expressão pecuniária da vantagem alcançada (utilizando-se de parâmetros de mercado), enquanto a segunda traduz balanço do estado patrimonial do ofensor, com a apuração da diferença entre o que existia antes e o que passa a existir após a intervenção.³⁰

Sobre o segundo requisito, a exigência de o enriquecimento se operar “à custa de outrem” aponta que o enriquecimento experimentado pelo ofensor tem como suporte fático o patrimônio alheio, independentemente de um correlato empobrecimento da vítima. Em outras palavras, conforme dito anteriormente, o simples fato de não ter havido qualquer empobrecimento em nada impede a configuração do lucro da intervenção. A harmonia doutrinária em torno desse entendimento foi inclusive refletida, em passado mais distante, no Enunciado nº 35 da I Jornada de Direito Civil, em que se lê: “A expressão ‘se enriquecer à custa de outrem’ do art. 886 do novo Código Civil não significa, necessariamente, que deverá haver empobrecimento”.³¹

Por fim, com a expressão “sem causa”, indica-se que o ofensor age sem amparo no ordenamento jurídico ou não ostenta *justo título* apto a tornar legítima

²⁹ Há, todavia, quem considere incorreta essa divisão: “A classificação tradicional incorre, pelo menos, em duas ordens de vícios – uma impropriedade terminológica e uma inadequação de conteúdo. No que tange à terminologia adotada, deve-se destacar a impropriedade na enunciação dos atributos ‘patrimonial’ e ‘real’ [...]. Como se sabe, o atributo da patrimonialidade se opõe ao da extrapatrimonialidade [...], ao passo que o atributo da realidade [...] parece contrapor ao da virtualidade [...] Percebe-se, com isso, a inadequação de conteúdo da classificação tradicional: admitindo-se que todas as hipóteses até o momento levantadas dizem respeito a atribuições de caráter patrimonial, a questão verdadeiramente relevante na presente matéria consiste na investigação da relevância ou irrelevância do enriquecimento virtual” entendido como a “vantagem patrimonial que o enriquecido hipoteticamente poderia vir a auferir [...]” (SILVA, Rodrigo da Guia. *Enriquecimento sem causa: as obrigações restitutórias no direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 151-152).

³⁰ SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa: o lucro da intervenção*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 58-59. Em sentido muito similar, confira-se a definição de Aline de Miranda Valverde Terra e Gisela Sampaio da Cruz, para quem são identificáveis “duas formas de avaliação do enriquecimento: o enriquecimento real, que se vincula ao objeto do enriquecimento, e consiste na quantificação objetiva do valor de uso do bem ou direito, ou da vantagem adquirida; e o enriquecimento patrimonial, ligado ao sujeito enriquecido, e relativo à diferença entre a situação real e a hipotética, considerando-se hipotética a situação em que o agente se encontraria caso o fato gerador do enriquecimento não tivesse ocorrido” (TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Considerações acerca da exclusão do lucro ilícito do patrimônio do agente ofensor*. *Revista da Faculdade de Direito – RFD-UERJ*, Rio de Janeiro, n. 28, dez. 2015. p. 7).

³¹ CJF. *Enunciado nº 35*. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/689>. Acesso em: 20 set. 2018.

a intervenção na esfera alheia.³² Nesse ponto, cabe a ressalva de que novas visões teóricas, fundadas em análise funcionalizada do direito civil, têm surgido para trazer renovados parâmetros de interpretação, ressignificando tradicionais concepções jurídicas à luz dos comandos constitucionais.³³ É o que ocorre em relação à concepção de justo título, com a mitigação da compreensão tradicional na hipótese de se confirmar que o ato praticado pelo enriquecido promove os valores fundantes do sistema.³⁴

Um último comentário a respeito do enriquecimento sem causa, para desfazer qualquer possível confusão conceitual, diz respeito à subsidiariedade do instituto, extraída do art. 886 do Código Civil.³⁵ Com efeito, a subsidiariedade precisa ser entendida como a imposição de que se recorra prioritariamente a outros meios, distintos do enriquecimento sem causa, quando também se prestarem, *com a mesma efetividade*, a atender aos objetivos em cena.³⁶ Não é o que ocorre aqui. No caso do lucro da intervenção, não existem outros meios igualmente efetivos. A responsabilidade civil não só deixa, do ponto de vista prático, de propor soluções a contento (relembre-se o exemplo em que o lucro é superior ao dano), como, do ponto de vista teórico, não se ajusta, por sua própria natureza, ao mecanismo de remeter à esfera jurídica da vítima as vantagens obtidas com o uso dos seus bens se nenhum dano lhe foi causado.³⁷ Assim, não se intenciona afastar em absoluto a previsão normativa da subsidiariedade, mas tão somente conferir a adequada interpretação diante do feixe de interesses de que se está diante.

³² LINS, Thiago Drummond de Paula. *O lucro da intervenção e o direito à imagem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 80.

³³ TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a função social dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 404-405.

³⁴ “A noção de título jurídico idôneo, de fato, serve como valioso parâmetro interpretativo, mas não parece recomendável que o intérprete resuma a análise à presença ou não de justo título tal como tradicionalmente concebido. Em vez disso, afigura-se mais razoável entender que o enriquecimento somente poderá ser considerado sem causa quando sobre ele incorrer juízo de reprovabilidade à luz da tábua axiológica constitucional. Desse modo, ainda que careça de justo título em sentido estrito, a situação jurídica do enriquecido pode vir a ser resguardada caso se conclua, diante das circunstâncias do caso concreto, que satisfatoriamente promove os princípios e valores do ordenamento” (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*, Rio de Janeiro, ano 5, n. 2, 2016. Disponível em: <http://civilistica.com/contornos-do-enriquecimento-sem-causa/>. Acesso em: 24 jan. 2019).

³⁵ “Art. 886. Não caberá a restituição por enriquecimento, se a lei conferir ao lesado outros meios para se ressarcir do prejuízo sofrido”.

³⁶ TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Considerações acerca da exclusão do lucro ilícito do patrimônio do agente ofensor. *Revista da Faculdade de Direito – RFD-UERJ*, Rio de Janeiro, n. 28, dez. 2015. p. 9.

³⁷ SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa: o lucro da intervenção*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 119.

Por fim, se é verdade que o lucro da intervenção bem se acomoda à sistemática do enriquecimento sem causa, isso não impede, contudo, que a sua ocorrência também possa atrair a incidência dos remédios afeitos à responsabilidade civil. Nesse ponto, cumpre reforçar uma nota fundamental: a quantia a ser restituída em razão do lucro indevido (pretensão restitutória) não se confunde com a eventual necessidade de reparar danos ocasionados dentro daquele mesmo contexto fático (pretensão reparatória). Não se identifica qualquer *bis in idem* nessa postura.³⁸

Postas tais noções sobre o lucro da intervenção, é possível dar o passo seguinte nesse estudo, voltado a analisar a possibilidade de uma abordagem unitária da figura e como se dará a quantificação do lucro auferido.

2 Um problema multiforme: as cinco manifestações do lucro da intervenção

No capítulo anterior se anunciou que o lucro da intervenção encerra mais um dos muitos e possíveis incidentes a que um indivíduo se sujeita na vida em sociedade, e deve ser resolvido mediante os mecanismos da responsabilidade civil, do enriquecimento sem causa, e, em ocasiões específicas, pelos dois em conjunto. Portanto, em alguma medida, desde já a conclusão desse tópico se mostra evidente: não é possível tratar o *problema* do lucro da intervenção de forma única, como se houvesse somente uma diretriz aplicável a todos os casos em que se apresenta. Cada manifestação possui peculiaridades próprias, impondo-se ao intérprete escolher cuidadosamente, diante da hipótese concreta, o instrumento de tutela adequado.

Em trabalho específico sobre a matéria, Carlos Nelson Konder, após anunciar que o lucro da intervenção “não é apenas um problema, mas um conjunto de problemas, que podem ocorrer em circunstâncias bastante distintas”, enumera quatro hipóteses de configuração. São elas: (i) a prática de ato ilícito que causa dano maior que o lucro; (ii) a prática de ato ilícito causador de lucro maior que o dano; (iii) a violação de direito causadora apenas de lucro; e (iv) o uso, de boa-fé, de direito alheio.³⁹ A esse rol, a seguir destrinchado, parece ser o caso de se adicionar, ainda, uma quinta hipótese, como melhor medida para evitar eventual

³⁸ SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa: o lucro da intervenção*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 121.

³⁹ KONDER, Carlos Nelson. *Dificuldades de uma abordagem unitária do lucro da intervenção*. *Revista dos Tribunais*, v. 13, out./dez. 2017.

confusão técnica na apreciação da temática: aquela em que a intervenção gera dano e lucro *com suportes fáticos distintos*.

Como se disse, o primeiro dos cinco grupamentos de manifestações envolve situações em que o dano gerado pela conduta é superior ao lucro obtido. Seria o caso, por exemplo, de indevida utilização da imagem de um artista para uma campanha comercial que, ao final, se revela um fiasco, com resultados financeiros que não fazem frente ao cachê da vítima. Como o dano material sofrido (*não pagamento do cachê*) supera o lucro do ofensor com a interferência indevida em bem alheio, incide na espécie o princípio da subsidiariedade: “não caberá a restituição por enriquecimento, se a lei conferir ao lesado outros meios para se ressarcir do prejuízo sofrido” (art. 886 do Código Civil). Logo, a solução é de ordem simples e reclama apenas o recurso à responsabilidade civil, indenizando-se a vítima no limite do dano sofrido, porque inexistente lucro proporcionado ao ofensor que justifique alcançar solução distinta.

Um segundo e mais delicado conjunto de expressões do lucro da intervenção envolve os casos em que o lucro obtido com a intervenção indevida no patrimônio alheio ultrapassa o valor do dano causado. Imagine-se a mesma ilustração narrada no parágrafo anterior, mas, dessa vez, suponha-se que os ganhos percebidos com a utilização indevida da imagem da atriz foram superiores aos prejuízos gerados à vítima. É o que ocorreu, por exemplo, com a famosa cantora Bette Midler, que ajuizou ação em face da Ford Motor Company após descobrir que, mesmo com a sua recusa em participar de um comercial da companhia, a sociedade havia lucrado consideravelmente com a contratação de uma sócia.⁴⁰ Diante de conjuntura como essa,

⁴⁰ “A agência de publicidade da Ford Motor Company pediu para Midler aparecer em um comercial. Midler, que não faz comerciais, recusou. Assim, a agência, que ‘tinha pago uma quantia substancial para o proprietário dos direitos autorais’ para uma das músicas da Midler, contratou uma cantora que ‘cantava como Midler,’ e divulgou o anúncio. Midler entrou com um processo. O tribunal rejeitou sua alegação de concorrência desleal tendo em vista que Midler, que não fazia comerciais, não atuava no negócio de propaganda e [portanto] o anúncio não lhe prejudicava em seu mercado de atuação. Em vez disso, o tribunal considerou o som da sua voz como um atributo da sua identidade e concluiu, portanto, que ‘imitar sua voz era piratear sua identidade’. O tribunal arguiu que ‘quando uma voz distintiva de uma cantora profissional é amplamente conhecida e é deliberadamente imitada para vender um produto, os vendedores se apropriaram do que não é deles e cometeram um delito na Califórnia.’ (tradução livre). No original: “The advertising company agency for Ford Motor Company asked Midler to appear in a commercial. Midler, who did not do commercials, refused. So the agency, which ‘had paid a very substantial sum to the copyright proprietor’ for one of Midler’s songs, hired a singer who ‘sounded like Midler,’ and ran the ad. Midler sued. The court rejected her claim of unfair competition because Midler who, after all, did not do commercials, was not in the business of advertising and the ad did not curtail the Market she was in. Instead, the court characterized the sound of her voice as na attribute of her identity and concluded, therefore, that to ‘impersonate her voice is to pirate her identity’. The court held that ‘when a distinctive voice of a professional singer is widely known and is deliberately imitated in order to sell a product, the sellers have appropriated what is not theirs and have committed a tort in California” (CARBONE, June. Back to the future: intellectual property and the redicover of property ridgts – and wrongs. *St. Louis University Law Journal*, v. 46, 2002. p. 643. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1314825>. Acesso em: 20 out. 2018).

ignorar as vantagens auferidas pelo interventor, restringindo-se a indenização às perdas e danos decorrentes da responsabilidade civil, equivaleria a conceder uma verdadeira *carta branca* para que qualquer pessoa, física ou jurídica, avaliasse a conveniência de violar um direito alheio de acordo com as suas perspectivas de perdas e ganhos futuros.⁴¹ Por isso, faz-se necessário conferir um duplo tratamento ao problema do lucro da intervenção em situação dessa espécie:⁴² o instrumental da responsabilidade civil será utilizado para reparar a vítima, no limite do dano ocorrido (*in casu*, o cachê da cantora), enquanto os mecanismos do enriquecimento sem causa se prestarão à restituição do lucro remanescente (o que não impedirá uma avaliação do grau de contribuição dos envolvidos para a obtenção daquele lucro, conforme será visto no próximo item).

O terceiro quadro também envolve a má-fé de uma das partes, mas provoca resultado diverso do caso anterior, pela ausência de dano à vítima. Como exemplo, imagine-se que um jóquei é responsável por cuidar de cavalos de diversos indivíduos, tendo liberdade para inscrevê-los em corridas durante o ano. Um desses proprietários, contudo, com receio de que o seu cavalo possa sofrer lesão durante alguma prova, proíbe qualquer competição com o animal. Apesar disso, o jóquei desafia a vontade do dono e, sem autorização, disputa e vence a corrida, conquistando determinado prêmio em dinheiro. Aqui, para se avaliar a resposta que o ordenamento tem de conferir ao lucro indevidamente experimentado pelo jóquei, é importante ter em conta a teoria do conteúdo da destinação jurídica dos bens. Mesmo diante da ausência de dano provocado ao dono do cavalo, será preciso considerar que, via de regra, todas as vantagens advindas do uso de um bem – tal como o prêmio arrecadado a partir da utilização do animal alheio – deverão ser destinadas ao seu ao proprietário (sem se descuidar, novamente, do grau de contribuição causal do interventor).⁴³

O quarto grupo é substancialmente diverso dos três anteriores. Nesse, diferentemente do que se passa nos outros, não se faz presente a má-fé do ofensor (entendida em viés subjetivo, ou seja, como estado psicológico).⁴⁴ A doutrina

⁴¹ SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa: o lucro da intervenção*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 111.

⁴² KONDER, Carlos Nelson. Dificuldades de uma abordagem unitária do lucro da intervenção. *Revista dos Tribunais*, v. 13, out./dez. 2017. p. 231-248.

⁴³ TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Considerações acerca da exclusão do lucro ilícito do patrimônio do agente ofensor. *Revista da Faculdade de Direito – RFD-UERJ*, Rio de Janeiro, n. 28, dez. 2015. p. 8.

⁴⁴ GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 43. No mesmo sentido: TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. Os efeitos da Constituição em relação à cláusula da boa-fé no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 23, 2003. p. 139. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23_139.pdf. Acesso em: 25 dez. 2018.

costuma exemplificar tal hipótese com a história de um sujeito que descobre, no subsolo de seu terreno, uma caverna repleta de características geológicas raras, e passa, então, a explorá-la comercialmente, oferecendo atrações turísticas pagas e locais de hospedagem para os visitantes.⁴⁵ Todavia, após certo período de investimento no potencial turístico do lugar, o proprietário do terreno vizinho se insurge, sob a afirmação de que uma parte da caverna se situa no subsolo da sua propriedade, o que lhe conferiria direito aos lucros alcançados, de acordo com o art. 1.229 do Código Civil.⁴⁶ Conforme se nota, o caso em exame realmente dá conta de um ganho parcialmente indevido, em função da exploração comercial da integralidade caverna, quando, em verdade, apenas parte da propriedade pertencia àquele sujeito que a explorava. Configura-se também aqui, portanto, o lucro da intervenção. Afinal, como será detalhado no capítulo seguinte, a circunstância de não se vislumbrar a má-fé do interventor não impede a configuração do lucro da intervenção, mas apenas repercute sobre a quantificação do valor a ser restituído. Para o presente momento, cumpre apenas esclarecer que, em situações desse gênero, a disciplina aplicável será aquela voltada ao enriquecimento sem causa, diante da inaptidão da responsabilidade civil para assumir tal lugar.

Todos esses quatro grupos apontados por Carlos Nelson Konder, com características próprias e disciplinas particulares, bem traduzem a heterogeneidade da figura do lucro da intervenção.

Entende-se, além do mais, que, ao lado desses quatro, há ainda um outro conjunto específico que precisa ser referido: o das hipóteses em que a intervenção indevida proporciona danos e lucros, paralelamente, *mas sob distintos suportes fáticos*. É o que se verifica, *v.g.*, quando um sujeito, além de utilizar sem autorização a propriedade alheia para a realização de evento lucrativo, também danifica pertences no interior do bem;⁴⁷ ou quando o interventor se aproveita da imagem alheia, sem consentimento, para angariar lucros e, no mesmo contexto da utilização não autorizada, também faz comentários ofensivos à honra da vítima.

A nota distintiva entre essa quinta categoria e as duas primeiras (nas quais também há dano e lucro) está justamente na existência de *suportes fáticos* distintos para o dano e para o lucro. Diferentemente dos dois primeiros grupos, aqui o lucro e o dano não são “dois lados de uma mesma moeda”, ou seja, não há

⁴⁵ KONDER, Carlos Nelson. Dificuldades de uma abordagem unitária do lucro da intervenção. *Revista dos Tribunais*, v. 13, out./dez. 2017. p. 231-248.

⁴⁶ “Art. 1.229. A propriedade do solo abrange a do espaço aéreo e subsolo correspondentes, em altura e profundidade úteis ao seu exercício, não podendo o proprietário opor-se a atividades que sejam realizadas, por terceiros, a uma altura ou profundidade tais, que não tenha ele interesse legítimo em impedi-las”.

⁴⁷ Embora esse exemplo seja referido no trabalho de Carlos Nelson Konder como integrante do primeiro conjunto, parece adequado tratá-lo em novo grupamento, à parte, já que atrai consequências jurídicas distintas daqueles casos em que o lucro e o dano se originam do mesmo substrato fático.

liame causal entre ambos, a justificar que se desenvolva avaliação autônoma que considere a influência de ambas as rubricas e suas respectivas origens.⁴⁸ De fato, a independência entre as condutas recomenda que se examine cada qual em sua individualidade, sem que haja interferência de uma avaliação em relação à outra. Ao final desse processo, haverá adequado prestígio ao princípio da reparação integral e à teoria do conteúdo da destinação dos bens, ao mesmo tempo que se terá respeitado a máxima de que não se pode “pedir duas vezes a mesma quantia, uma vez a título de dano sofrido e outra de enriquecimento obtido pelo autor da lesão”.⁴⁹

3 Quantificação do lucro

Para efeito de quantificação do lucro a ser eliminado do patrimônio do interventor, as principais dúvidas e controvérsias surgirão nas quatro últimas hipóteses mencionadas no capítulo anterior, já que o remédio ordinário da responsabilidade civil será suficiente para solucionar os casos do primeiro grupo, com a recondução da vítima ao *status quo ante*.

Na realidade, o principal desafio aparece com a necessidade de se examinar, com profundidade, *as condições* da obtenção do lucro,⁵⁰ a fim de que se possa repartir os ganhos de modo a assegurar, tanto quanto possível, os direitos e interesses de todos os envolvidos.⁵¹

A premissa inicial, destacada pela doutrina nacional especializada, consiste na adoção prioritária do parâmetro do enriquecimento patrimonial,⁵² em vez de o recurso ao enriquecimento real. Dessa forma, “serão computados (i) o valor transferido ou criado; (ii) as mais-valias que esse valor poderá originar no patrimônio

⁴⁸ A análise do liame causal tem sido referenciada em sede doutrinária como elemento determinante para um exame holístico da complexidade do dano patrimonial. Com isso, pretende-se ponderar a respeito de todas as consequências jurídicas que compõem o evento danoso. Nesse sentido, confira-se: SILVA, Rodrigo da Guia. *Compensatio lucri cum damno: problemas de quantificação à luz da unidade e complexidade do dano patrimonial*. *Revista de Direito Privado*, v. 90, p. 91-145, jun. 2018.

⁴⁹ SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa: o lucro da intervenção*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 121.

⁵⁰ Sérgio Savi afirma que a dificuldade “surge naquelas hipóteses em que não há correlação entre o empobrecimento e o enriquecimento” (SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa: o lucro da intervenção*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 127). Conquanto se compreenda o raciocínio, aplicável em boa medida, a complexidade, ao que parece, tende a residir nas hipóteses que desbordam da mera incidência da responsabilidade civil, exigindo uma percuciente avaliação das vantagens auferidas.

⁵¹ GALLO, Paolo. *Unjust enrichment: a comparative analysis*. *The American Journal of Comparative Law*, v. 40, 1992. p. 452.

⁵² Nesse sentido, ver SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa: o lucro da intervenção*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 140; e LINS, Thiago Drummond de Paula. *O lucro da intervenção e o direito à imagem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 189.

em questão; e (iii) os custos envolvidos na operação”.⁵³ Além de mais alinhada a uma visão moderna e funcionalizada dos instrumentos da responsabilidade civil e do enriquecimento sem causa (e, portanto, mais consentânea com os valores fundantes do sistema), a opção pela utilização prioritária do parâmetro do enriquecimento real impede que eventual prognóstico de lucros acima do valor de mercado de um bem sirva de incentivo à violação de direito alheio.⁵⁴ Como aponta Sérgio Savi, ao citar a ação movida por Caetano Veloso em face de sociedade do ramo cervejeiro por conta da associação indevida da sua imagem à publicidade veiculada pela segunda:⁵⁵

[...] ao impor ao enriquecido a obrigação de restituir apenas o enriquecimento objetivo [leia-se, real], o ordenamento jurídico estaria tutelando a celebração forçada de um contrato para o uso, consumo ou disposição de um bem ou direito, muitas vezes mesmo contra a vontade de seu titular.⁵⁶

A preocupação com a possibilidade de uma intervenção fundada em consciente *oportunisto* abre caminho para um segundo parâmetro a ser empregado no percurso de cálculo: a presença de boa-fé ou má-fé do interventor (em sentido subjetivo). Nesse particular, tem sido sustentado, na esteira de decisão do Supremo Tribunal Federal,⁵⁷ que “a consequência do ato vedado não pode ser a mesma do ato permitido”.⁵⁸ É o que ocorre, por exemplo, no direito norte-americano, com o *Restatement of the Law: Restitution and Unjust Enrichment (Third)*, em que se orienta que a restituição seja mensurada de acordo com a culpabilidade do interventor.⁵⁹

⁵³ COHEN, Fernanda; SAAB; Rachel. Parâmetros de quantificação do lucro da intervenção. In: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo (Org.). *Problemas de responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Revan, 2017.

⁵⁴ “[...] por vezes, será vantajoso ao sujeito intervir na esfera alheia, em exploração econômica do bem ou direito pertencente a outrem de forma desautorizada. Sempre que o valor do dano for inferior ao lucro obtido pelo interventor [...] a adoção do enriquecimento real permitiria a manutenção do lucro da intervenção na esfera do enriquecido, a estimular comportamentos desviantes, contrários aos valores em que se funda o ordenamento jurídico pátrio” (COHEN, Fernanda; SAAB; Rachel. Parâmetros de quantificação do lucro da intervenção. In: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo (Org.). *Problemas de responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Revan, 2017).

⁵⁵ Trata-se do Processo nº 0016149-74.1997.8.19.0001, que tramitou perante a 39ª Vara Cível da Comarca da Capital do Rio de Janeiro. As partes celebraram transação poucos meses após a propositura da ação.

⁵⁶ SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa: o lucro da intervenção*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 129.

⁵⁷ STF, 1ª T. RE nº 56.904/SP. Rel. Min. Victor Nunes, j. 6.12.1966.

⁵⁸ SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa: o lucro da intervenção*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 131.

⁵⁹ “The measure of recovery depends on the blameworthiness of the defendant’s conduct. As a general rule: (a) A conscious wrongdoer, or one who acts despite a known risk that the conduct in question violates the

No ordenamento nacional, defende-se, embora de modo não unânime,⁶⁰ que a transferência de quantia somente terá por norte o enriquecimento patrimonial quando houver má-fé do ofensor.⁶¹ Segundo se tem alegado, ademais, nesses casos o enriquecimento real valerá como patamar mínimo aplicável, na medida em que não se poderia conceber que o indivíduo alcance ganhos mediante um comportamento ardiloso e sequer seja obrigado a restituir o valor de mercado do bem indevidamente utilizado. Já a conduta daquele que age de boa-fé, confiando na correção do seu comportamento, justificará a adoção de disciplina distinta, aí sim balizada pelo enriquecimento real, que servirá como limite da restituição.⁶²

O terceiro parâmetro comumente apontado é o da necessidade de aferição do grau de contribuição de cada uma das partes para o lucro obtido. Aqui, há certo consenso a propósito da inaplicabilidade ou, ao menos, mitigação da chamada “teoria do duplo limite”, segundo a qual o valor a ser restituído deverá ser o menor em uma comparação entre o “empobrecimento” e o “enriquecimento”,⁶³ dinâmica que se prestaria a evitar um locupletamento às avessas.⁶⁴ Já se assinalou, nesse sentido, que “a aplicação da teoria do duplo limite, além de não encontrar fundamento na legislação brasileira, impede a utilização do enriquecimento sem causa para retirar do patrimônio do ofensor o lucro por este obtido que superar os danos causados”.⁶⁵

Dessa forma, as construções doutrinárias nacionais em torno do cálculo do valor da restituição apontam, em uníssono, que a avaliação da contribuição causal de cada um dos envolvidos é indispensável e melhor atende aos interesses em disputa, sob uma correta perspectiva de justiça comutativa.⁶⁶ Faz-se mesmo necessário

rights of the claimant, will be required to disgorge all gains (including consequential gains) derived from the wrongful transaction. (b) A person whose conduct is innocent or merely negligent will be liable only for the direct benefit derived from the wrongful transaction. Direct benefit may be measured, where such a measurement is available and appropriate, by reasonable rental value or by the reasonable cost of a license” (*Restatement of the Law: Restitution and Unjust Enrichment (Third)*, tentative draft n. 4, 2005).

⁶⁰ Em posição diversa, Thiago Drummond de Paula Lins afirma que “mesmo estando o interventor de boa-fé, se for factível separar o grau de contribuição do lucro do interventor e do titular do direito, será possível a devolução do lucro excedente ao valor objetivo do bem ao titular do direito” (LINS, Thiago Drummond de Paula. *O lucro da intervenção e o direito à imagem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 169).

⁶¹ SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa: o lucro da intervenção*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 140.

⁶² SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa: o lucro da intervenção*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 140.

⁶³ LINS, Thiago Drummond de Paula. *O lucro da intervenção e o direito à imagem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 129.

⁶⁴ ALVIM, Agostinho. Do enriquecimento sem causa. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. *Doutrinas essenciais: obrigações e contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 1. p. 932.

⁶⁵ SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa: o lucro da intervenção*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 126.

⁶⁶ LINS, Thiago Drummond de Paula. *O lucro da intervenção e o direito à imagem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 190.

diferenciar o bem que, por seus próprios atributos, já seria capaz de gerar lucros daquele bem que é aperfeiçoado pelo interventor com vistas a se obter um resultado lucrativo.⁶⁷ É o que se visualiza no exemplo da caverna: pode-se imaginar, de um lado, uma caverna de fácil acesso, com propriedades naturais raras e piscinas de águas termais, e, de outro, uma caverna comum e sem iluminação solar. No primeiro caso, a caverna se apresenta como um ponto turístico por si só, sem necessidade de profundas intervenções; no segundo, somente um extraordinário empenho humano permitirá que a caverna dê margem ao sucesso comercial.

Por fim, para além desses três parâmetros ordinariamente referidos, vale mencionar a sistematização sugerida por Thiago Drummond de Paula Lins, que adota o enriquecimento patrimonial como norte e utiliza, ao seu lado, seis subcritérios: (i) aferição, no caso concreto, do grau de contribuição das partes para a produção do lucro; (ii) atenção à natureza da situação jurídica subjetiva no momento de realizar a quantificação; (iii) impossibilidade de que a equação leve ao agravamento da situação econômica do ofensor, colocando-o em situação pior do que estaria caso a intervenção não tivesse ocorrido; (iv) percepção de que as situações existenciais prevalecem sobre as patrimoniais; (v) cômputo, no cálculo da restituição, do *valor do desconto*, isto é, o custo suportado para a obtenção do lucro; (vi) utilização do lucro pretérito do interventor em situação análoga como parâmetro de aferição (ou a comparação com situação semelhante de que se tenha notícia, ainda que não relacionada ao interventor).⁶⁸

Apesar das controvérsias doutrinárias acerca dos critérios, fruto de rico debate instalado sobre os parâmetros de aplicação, entende-se que as orientações referidas acima são hábeis a auxiliar o intérprete na adequada rota de aplicação da teoria.

Espera-se, agora, que as contundentes lições demarcadas possam ser aprimoradas e replicadas nos litígios relacionados ao tema, tal como já se começou a visualizar nos julgados que serão comentados a seguir.

⁶⁷ “[...] no caso de má-fé do interventor [...] o enriquecimento real, isto é, o valor da vantagem obtida, deve ser o mínimo que o inventor deve dar ao titular do direito [...], impondo ao interventor a restituição da totalidade daquilo que, de má-fé, indevidamente conseguiu auferir à custa alheia. [...] Todavia, também aqui se deve abrir a possibilidade, de autorizar, excepcionalmente, que o interventor retenha parte da vantagem obtida quando comprovar que foi sua intervenção – e não o direito usurpado – que contribuiu para causar aquela parcela da vantagem, até o limite, contudo, do enriquecimento real, que sempre deve ser restituído” (KONDER, Carlos Nelson. Dificuldades de uma abordagem unitária do lucro da intervenção. *Revista dos Tribunais*, v. 13, out./dez. 2017).

⁶⁸ LINS, Thiago Drummond de Paula. *O lucro da intervenção e o direito à imagem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 188-197.

4 Pontapés jurisprudenciais: o REsp nº 1.552.434/GO e o REsp nº 1.698.701/RJ

Após trabalhos pioneiros em sede doutrinária,⁶⁹ o lucro da intervenção começa, enfim, a aparecer em terreno jurisprudencial. E o saldo, até o momento, se mostra positivo. Muito embora a pesquisa sobre a temática nos Tribunais locais conduza, na maior parte dos estados, a resultado zero, dois recentíssimos acórdãos do Superior Tribunal de Justiça, ambos de 2018, analisaram o assunto de maneira atenta, procurando estabelecer os contornos e repercussões da figura do lucro da intervenção.

O primeiro precedente, de junho de 2018, foi firmado pela Segunda Seção da Corte Superior, à unanimidade, nos autos do REsp nº 1.552.434/GO, submetido ao regime dos recursos repetitivos. Em síntese, a discussão consistia em examinar se as taxas de juros remuneratórios previstas em contrato de mútuo devem, necessariamente, ser incluídas no cálculo da restituição estabelecida em favor do mutuário, nas hipóteses em que a instituição financeira é condenada a repetir indébito cobrado.⁷⁰ Cuidava-se, vale dizer, de avaliar se a instituição financeira, quando condenada a restituir quantia cuja cobrança foi considerada indevida, deve ou não efetuar a devolução sob a incidência *da mesma taxa* de juros remuneratórios praticada nos empréstimos contratados com seus clientes.

Ainda que em um primeiro momento se pudesse cogitar da suficiência das regras da responsabilidade civil para resolver o conflito, o lucro da intervenção tem inteiro lugar na solução da controvérsia. Perceba-se: quando as instituições que disponibilizam recursos financeiros praticam cobranças não autorizadas pelo direito, utilizam-se dos valores ilegitimamente cobrados (aí incluídos os juros remuneratórios pagos pelos seus clientes) para disponibilizar créditos a outros mutuários

⁶⁹ Destaca-se, em especial, alguns daqueles já referidos ao longo do presente artigo: SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa: o lucro da intervenção*. São Paulo: Atlas, 2012; LINS, Thiago Drummond de Paula. *O lucro da intervenção e o direito à imagem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016; SCHREIBER, Anderson; SILVA, Rodrigo da Guia. Aspectos relevantes para a sistematização do lucro da intervenção no direito brasileiro. *Revista Pensar*, v. 23, n. 4, 2018. Disponível em: <http://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/7815/pdf>; KONDER, Carlos Nelson. Dificuldades de uma abordagem unitária do lucro da intervenção. *Revista dos Tribunais*, v. 13, out./dez. 2017; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Considerações acerca da exclusão do lucro ilícito do patrimônio do agente ofensor. *Revista da Faculdade de Direito – RFD-UERJ*, Rio de Janeiro, n. 28, dez. 2015; e COHEN, Fernanda; SAAB; Rachel. Parâmetros de quantificação do lucro da intervenção. In: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo (Org.). *Problemas de responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Revan, 2017.

⁷⁰ “Com base nessas considerações iniciais, propõe-se a delimitação da controvérsia tão somente à possibilidade de incidência de juros remuneratórios às mesmas taxas do contrato, na hipótese de repetição de indébito decorrente de contrato de mútuo feneratício celebrado com instituição financeira” (STJ, 2ª S. REsp nº 1.552.434/GO. Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 13.6.2018).

e, a partir desse fomento, ampliam a margem de lucro de seus negócios.⁷¹ Por sua vez, esse lucro obtido pela instituição a partir da arrecadação do indébito não é abarcado pela sua simples condenação à devolução da quantia indevidamente cobrada, na medida em que não integra o efetivo *dano* suportado pelo tomador do empréstimo.

A reflexão não passou despercebida pela Corte, destacando-se, no julgamento do REsp nº 1.552.434/GO:

o lucro da intervenção também pode ser vislumbrado na hipótese da presente afetação, pois, como os bancos praticam taxas de juros bem mais altas do que a taxa legal, a instituição financeira acaba auferindo vantagem dessa diferença de taxas, mesmo restituindo o indébito à taxa legal.

Em complemento, na decisão igualmente se alertou que “o problema se torna grave, do ponto de vista da equidade, quando o indébito decorre de má-fé do banco, pois este acaba auferindo lucro com base numa conduta deliberadamente ilícita”. Diante desse cenário, portanto, é que a figura do lucro da intervenção ganhou lugar e ingressou na discussão.

As noções teóricas acerca da figura foram bem aplicadas pelo STJ na ocasião. Afirma-se na decisão, *e.g.*, que o lucro da intervenção: (i) possui sistemática que se distingue da indenização estabelecida em favor da vítima, considerando-se que a indenização, diferentemente do lucro, se mede de acordo com a extensão

⁷¹ Essa foi a lógica que orientou o julgamento do REsp nº 453.464/MG, ainda em 2003: “O montante do indébito a ser restituído deverá ser composto não apenas pelo valor cobrado indevidamente (principal), mas também por encargos que venham a remunerar o indébito à mesma taxa praticada pela instituição financeira no empréstimo pactuado (acessório). Assim, o autor não tem direito somente à devolução do que pagou indevidamente ao réu, mas, também, dos rendimentos advindos a este com a livre disposição do patrimônio usurpado. Ensina Pontes de Miranda, que ‘o que se presta, em caso de repetição por enriquecimento injustificado, não é o valor do bem ao tempo em que se deu o enriquecimento, é o valor tal qual enriquece o demandado no momento em que se exerce a pretensão. Se o bem, ficando com o demandante, valeria a, mas com o demandado passou a valer a + x, é a + x que se há de prestar, [...]’ (‘Tratado de Direito Privado’, Parte Especial, Tomo XXVI, 3ª ed., 1971, p. 167). Além disso, dar a alguém a oportunidade de obter lucro, como é o caso, por meio da prática de ilícito, afronta à própria noção de equidade, pelo que deve ser afastada, ao máximo, qualquer solução jurídica que venha a acolher o enriquecimento ilícito. Deve-se, ao contrário, obrigar a instituição financeira a devolver não só as quantias que indevidamente reteve do correntista, mas também a efetiva remuneração que auferiu com tal procedimento. Para isso, é razoável presumir que o banco obteve rendimentos, no mínimo, iguais às taxas e juros que pactuou com a correntista, ora recorrida, pois o destino usual da remuneração obtida pela instituição financeira é a concessão de novos créditos a clientes, mediante contratos que prevêem encargos semelhantes. Se, em contrato de cheque especial pactuado à taxa de 11% ao mês, a instituição financeira cobrou valor de seu correntista indevidamente, deverá restituí-lo acrescido da mesma taxa, isto é, 11% ao mês” (STJ, 3ª T. REsp nº 453.464/MG. Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito. Rel. p/ acórdão Min. Nancy Andrighi, j. 2.9.2003).

do dano (art. 944, *caput*, do Código Civil);⁷² (ii) não se confunde com a lógica dos chamados *punitives damages*, que independem da análise do lucro ou da exata medida do dano;⁷³ (iii) “é apenas um problema jurídico, não uma proposta de solução”; e, por fim, (iv) encontra referências normativas, seja, analogicamente, no art. 210, II, da Lei de Propriedade Industrial, seja nos dispositivos relacionados ao instituto do enriquecimento sem causa.⁷⁴

No entanto, a despeito de todo o prestígio conferido à figura na fundamentação do julgado, optou-se por consagrar no dispositivo do acórdão “uma tese menos abrangente, apenas para eliminar a possibilidade de se determinar a repetição com base nos mesmos encargos praticados pela instituição financeira”, justificando-se que tais encargos “não correspondem ao dano experimentado pela vítima, tampouco ao lucro auferido pelo ofensor”. Segundo se compreendeu, uma boa parte dos valores cobrados, ainda que indevidamente, é também utilizada para pagamento de despesas operacionais da instituição financeira, de modo que, em caso de repetição do indébito de acordo *com as mesmas taxas* de juros remuneratórios, certa parcela do reembolso não corresponderia nem ao dano, nem ao lucro. Em razão disso, a Corte preferiu apenas estabelecer, ao final do acórdão, o “*descabimento* da repetição do indébito com os mesmos encargos praticados pela instituição financeira”.

Ao que se verifica, a tese eleita, por enfatizar o descabimento da incidência das mesmas taxas praticadas pelas instituições financeiras, traz consigo o perigo do reducionismo. Quando interpretada pelas lentes das premissas expostas ao longo da fundamentação, fica evidente que não se desejava transmitir a orientação

⁷² “é um *plus* em relação à indenização, no sentido de que esta encontra limite na extensão dos danos experimentadas pela vítima (função indenitária do princípio da reparação integral), ao passo que o lucro da intervenção pode extrapolar esse limite” (STJ, 2ª S. REsp nº 1.552.434/GO. Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 13.6.2018).

⁷³ “Por outro lado, o lucro da intervenção é um *minus* em relação ao *punitive damage*, uma vez que este, tendo simultaneamente funções punitiva e preventiva, não está limitado ao lucro ou ao dano” (STJ, 2ª S. REsp nº 1.552.434/GO. Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 13.6.2018).

⁷⁴ “Sob a ótica do ordenamento jurídico brasileiro, a doutrina menciona como hipótese específica de restituição do lucro da intervenção aquela prevista no art. 210, inciso II, da Lei de Propriedade Industrial (Lei 9.279/1996), abaixo transcrita: [...] Ao se estabelecer, nesse enunciado normativo, que os lucros cessantes serão equivalentes aos benefícios auferidos pelo autor da violação, determina-se a restituição do lucro da intervenção, embora sob a rubrica dos ‘lucros cessantes’. Afora essa hipótese específica, a doutrina especializada vislumbra uma norma sobre lucro da intervenção na disciplina geral do enriquecimento sem causa. [...] Apesar dessa subsidiariedade, os autores que defendem a restituição do lucro da intervenção sustentam que a norma do art. 886 vedaria tão somente o uso da ação de enriquecimento em fraude à lei ou em *bis in idem*, não estando vedada uma pretensão legítima de restituição do lucro da intervenção, ainda que o autor disponha de uma pretensão indenizatória. Nesse entendimento, confira-se a doutrina de SÉRGIO SAVI, *verbis*: [...] Na linha desse entendimento doutrinário, a VIII Jornada de Direito Civil, ocorrida neste ano, aprovou o seguinte enunciado: [...]” (STJ, 2ª S. REsp nº 1.552.434/GO. Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 13.6.2018).

para que os juros remuneratórios fossem excluídos *por completo* do indébito a ser restituído. Afinal, o acórdão se guia justamente pelo lucro da intervenção, jogando luzes sobre a necessidade de eliminar do patrimônio do ofensor os frutos obtidos por meio de cobranças indevidas. Entretanto, a leitura desavisada apenas do enunciado (“descabimento da repetição do indébito com os mesmos encargos praticados pela instituição financeira”) poderá proporcionar o entendimento de que o Superior Tribunal de Justiça decidiu por excluir integralmente os juros remuneratórios do cálculo da restituição.

Talvez fosse mais recomendável, em linha com as reflexões que constam na fundamentação do acórdão, pontuar expressamente que a repetição do indébito, embora não possa ser acrescida *dos mesmos encargos* praticados pelas financeiras, tampouco pode ser reduzida, aprioristicamente, aos juros moratórios. Formulação dessa espécie realçaria a necessidade de cada órgão julgador definir, em adequada análise do caso concreto,⁷⁵ qual é o montante de restituição apto a eliminar os frutos proporcionados pela cobrança indevida, sem, contudo, entregar ao mutuário mais do que a instituição financeira veio a lucrar.

Sem prejuízo, cabe reconhecer a importância da análise da figura pela Corte nesse momento inicial, e com elevado grau de rigor científico – até porque, ao que parece, esse cenário foi imprescindível para permitir novas avaliações jurisprudenciais que vieram na sequência.

O REsp nº 1.698.701/RJ, provido à unanimidade pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça em outubro de 2018, poucos meses depois do primeiro julgamento, instaurou debate ainda mais categórico a respeito das noções fundamentais do lucro da intervenção e, sobretudo, das repercussões jurídicas que advêm da sua configuração.

A ação foi movida, na origem, pela atriz Giovana Antonelli em face de sociedade atuante no ramo farmacêutico, sob a alegação de indevida utilização da sua imagem para aumento de margem de lucro com a venda de produtos. Em síntese, a demandante reivindicava, além de retratação pública e reparação dos danos morais e materiais gerados, a *restituição de todos os benefícios econômicos obtidos pela ré*.

Em primeira instância, à exceção do pleito restitutivo, as pretensões da autora foram acolhidas. Devolvida a matéria ao Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, a apelação interposta pela atriz foi provida tanto para majorar a reparação por danos morais, quanto para “condenar a ré a restituir à autora o montante correspondente ao lucro da intervenção, este fixado no percentual que ora se arbitra

⁷⁵ Para melhor exame dos parâmetros interpretativos a serem considerados pelo julgador, ver SOUZA, Eduardo Nunes de. Merecimento de tutela: a nova fronteira da legalidade no direito civil. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 58, p. 75-107, abr./jun. 2014.

em 5% (cinco por cento) sobre o volume de vendas do produto DETOX”. Recorreu-se, então, à via especial, defendendo-se a *necessidade de restituição integral do acréscimo patrimonial às custas da indevida utilização da imagem, sem nenhuma limitação*. Logo, a tarefa da Corte Superior consistia em analisar a possibilidade de que o lucro obtido por um interventor seja não só retirado do seu patrimônio, como transferido integralmente à vítima.

Ao se deparar com a matéria, o Superior Tribunal de Justiça, após apontar que o caso envolvia a inviolabilidade do direito à imagem e reclamava, por isso, a aplicação do seu Enunciado Sumular nº 403,⁷⁶ iniciou adequada trajetória de análise dos pontos principais relativos à figura do lucro da intervenção.

A uma, o acórdão lavrado pela Terceira Turma mencionou a insuficiência da responsabilidade civil para solucionar todas as controvérsias nesse particular e a relevância da incidência do instituto do enriquecimento sem causa, tal como referido no recém-aprovado Enunciado nº 620 da VIII Jornada de Direito Civil.⁷⁷ A duas, nele também se destaca a perfeita compatibilidade do disposto no art. 886 do Código Civil com a lógica do lucro da intervenção, inclusive por meio da conjugação dos instrumentos da responsabilidade civil e do enriquecimento sem causa.⁷⁸ A três, o julgado assentou que a caracterização do enriquecimento independe de correspondente empobrecimento.⁷⁹

⁷⁶ Súmula nº 403 do STJ: “Independente de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais”.

⁷⁷ Fez-se alusão, inclusive, à circunstância de a adoção do mecanismo do enriquecimento sem causa cooperar na prevenção de novos atos ilícitos: “o dever de restituir o indevidamente auferido às custas de outrem também atua como meio dissuasório nos casos em que a usurpação de direitos torna-se lucrativa ou mais vantajosa para o usurpador, mesmo quando este é condenado a indenizar os correspondentes danos de ordem moral e patrimonial” (STJ, 3ª T. REsp nº 1.698.701/RJ. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 2.10.2018).

⁷⁸ “A subsidiariedade, portanto, não impede que se promova a cumulação de ações, cada qual disciplinada por um instituto específico do Direito Civil, sendo perfeitamente plausível a formulação de pedido de reparação dos danos mediante aplicação das regras próprias da responsabilidade civil, limitado ao efetivo prejuízo suportado pela vítima, cumulado com o pleito de restituição do indevidamente auferido, sem justa causa, às custas do demandante [...] Pelos fundamentos apresentados, chega-se à conclusão de que a conjugação dos dois institutos, na espécie, em que se busca a reparação dos danos morais e patrimoniais pelo uso não autorizado da imagem de pessoa para fins comerciais, além da restituição do que o réu lucrou ao associar a imagem da autora ao produto por ele comercializado, é plenamente admitida, não sendo obstada pela subsidiariedade da ação de enriquecimento sem causa. Isso porque a responsabilidade civil não tutela nada além dos prejuízos efetivamente sofridos pela vítima do evento danoso, enquanto que o enriquecimento ilícito se encarrega apenas de devolver o lucro obtido em decorrência da indevida intervenção no direito de imagem de outrem ao seu verdadeiro titular” (STJ, 3ª T. REsp nº 1.698.701/RJ. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 2.10.2018).

⁷⁹ “Para a configuração do enriquecimento sem causa por intervenção, portanto, não se faz imprescindível a existência de deslocamento patrimonial, com o empobrecimento do titular do direito violado, bastando a demonstração de que houve enriquecimento do interventor” (STJ, 3ª T. REsp nº 1.698.701/RJ. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 2.10.2018).

A partir de então – e esse é o principal traço distintivo em relação ao primeiro acórdão sobre o assunto –, a Corte passou a averiguar os critérios para a liquidação do *quantum* a ser restituído, destacando a dificuldade da incumbência: nas palavras do ministro relator, “[t]arefa muito mais complexa do que reconhecer o dever de restituição dos lucros auferidos por meio da indevida intervenção no direito alheio é a quantificação do numerário a ser devolvido”.

Sobre essa etapa da análise, portanto, o voto inicialmente destaca, de maneira acertada, a diferença entre a escolha do *lucro real* e do *lucro patrimonial* como parâmetro para o estudo, e anuncia que a opção naquela hipótese concreta deveria ser pelo segundo, pois “não se pode limitar a pretensão daquele que teve o seu direito de imagem violado ao valor que a ele seria devido em uma regular contratação”.

Na sequência, a Corte também assinalou, de um lado, que somente poderá ser restituído o proveito obtido realmente *à custa de outrem*, e, de outro, que não há como se ignorar o mérito do próprio interventor nesse exame. Com amparo nas lições de Sérgio Savi, entendeu, então, que seria o caso de investigar concretamente o grau de contribuição de cada um dos partícipes da relação, para que se pudesse partilhar os lucros obtidos.⁸⁰ Afastou-se, assim, a possibilidade de estabelecimento de um percentual arbitrário⁸¹ e se ordenou que a apuração do montante ocorresse em fase de liquidação de sentença, com a colaboração de um profissional com capacidade técnica e isenção necessárias para estipular a forma de distribuição do lucro. Para não deixar margem a dúvidas, a metodologia a ser trilhada pelo perito foi explicitamente prefixada no acórdão, sob os seguintes dizeres:

De todo modo, diante das peculiaridades do caso em análise, caberá ao perito, na condição de auxiliar da Justiça, a tarefa de encontrar o melhor método de quantificação do que foi auferido, sem justa causa, às custas do uso não autorizado da imagem da autora em campanha

⁸⁰ “Sérgio Savi tenta traçar uma regra geral para a determinação do objeto da restituição. Em respeito ao seu excelente estudo, de enorme importância para melhor compreender o instituto do enriquecimento sem causa e sua relação com o lucro da intervenção, não se poderia deixar de aqui reproduzir suas conclusões a respeito do assunto: [...] A regra geral sugerida por Sérgio Savi, na prática, mostra-se ainda um tanto genérica, visto que a maior dificuldade está justamente na aferição do grau de contribuição de cada um dos partícipes da relação, titular do direito e interventor, no resultado final, para que se possa partilhar proporcionalmente o lucro obtido com a intervenção” (STJ, 3ª T. REsp nº 1.698.701/RJ. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 2.10.2018).

⁸¹ “Todavia, não é razoável deixar ao arbítrio do julgador a fixação de um percentual aleatório a título de lucro da intervenção, mesmo porque tal providência, na espécie, escapa às regras de experiência comum do magistrado, exigindo, pois, conhecimentos técnicos específicos [...] Se a destinação de um percentual aleatório do volume de vendas do produto ao titular do direito violado ainda for economicamente interessante para o interventor, pouco ou nenhum efeito terá o provimento jurisdicional” (STJ, 3ª T. REsp nº 1.698.701/RJ. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 2.10.2018).

publicitária, observados os seguintes critérios: a) apuração do quantum debeatum 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.

O voto é digno de elogios. Em última análise, para além de confirmar as adequadas noções do lucro da intervenção que já haviam sido referidas no acórdão da Segunda Seção, colaborando para a uniformização do posicionamento a respeito dos registros fundamentais acerca da matéria, a Terceira Turma não deixou de explorar os seus mais complexos contornos. Foi além da abordagem do perfil geral do instituto e avançou sobre a quantificação da cifra a ser restituída, estabelecendo orientações objetivas para a aferição no caso concreto.

Ressalva-se, contudo, que os critérios elencados pelo Superior Tribunal de Justiça, conquanto relevantes para auxiliar na definição de controvérsias, não parecem suficientes para a tomada de decisão em todos os casos, considerando-se a variedade de manifestações da figura do lucro da intervenção. Novos critérios, como os referidos no item 3 deste trabalho, precisarão, de uma forma ou de outra, vir ao socorro do intérprete, a confirmar que há ainda um longo caminho a ser percorrido.

De toda sorte, não há razão para pessimismo: foi possível assistir, em poucos meses, a um expressivo e cuidadoso tratamento da figura em âmbito jurisprudencial, que se soma à edição do Enunciado nº 620 da VIII Jornada de Direito Civil. Reunindo-se ambas as iniciativas, parece possível afirmar que, enquanto o REsp nº 1.552.434/GO e o REsp nº 1.698.701/RJ assumem as vezes de importantes pontapés jurisprudenciais, o Enunciado nº 620 desempenha similar função no terreno doutrinário, sintetizando, em boa medida, as orientações presentes nos trabalhos produzidos sobre a matéria.

Conclusão

Em sua essência, este trabalho está assentado em cinco eixos centrais: (i) a apresentação do conceito de lucro da intervenção; (ii) a explicação da forma de tratar o assunto a partir do recurso a institutos já presentes no ordenamento

jurídico brasileiro; (iii) a demonstração de que não é recomendável conferir tratamento unitário ao tema, tal como se faz quando se elege a opção de simplesmente enquadrá-lo sob a disciplina do direito reparatório ou, em vez disso, do direito restitutivo; (iv) o estabelecimento de parâmetros para a quantificação do montante que deve ser restituído à vítima; e, por último, (v) a menção a marcos jurisprudenciais que, alinhados aos esforços doutrinários, buscaram conferir efetiva projeção à figura.

Sem a pretensão de retomar nesta sede as formulações conceituais dissecadas ao longo do texto acerca de cada um desses eixos, há duas conclusões que, diante de todo o exposto, chamam especial atenção.

A primeira delas retrata, em certa medida, um espanto. As ideias subjacentes ao lucro da intervenção lhe conferem potencial para alcançar um sem-número de situações, não abarcadas pela lógica tradicional da responsabilidade civil e tampouco pelas noções mais clássicas de enriquecimento sem causa. Mesmo assim, o desenvolvimento do tema é ainda muito recente, e são pouquíssimas as decisões judiciais que contemplaram o assunto. Até aqui, casos que seriam melhor resolvidos com o apelo ao lucro da intervenção foram abordados, em doutrina e jurisprudência, sob a perspectiva de institutos tomados por empréstimo.

Uma segunda observação, que também salta aos olhos, diz respeito à dificuldade de quantificar o montante a ser restituído à vítima da intervenção. Muito embora já tenham sido elaborados critérios qualitativos por parte da doutrina e da jurisprudência, acredita-se que novos parâmetros ainda precisarão ser consolidados para conferir adequado tratamento às variadas hipóteses passíveis de configuração.

É de se enfatizar, porém, que o atual cenário se apresenta promissor. Diante da aprovação do Enunciado nº 620 na VIII Jornada de Direito Civil e das decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça, no REsp nº 1.552.434/GO e no REsp nº 1.698.701/RJ, abre-se terreno para que o lucro da intervenção passe a ser melhor apreciado de agora em diante. Em doutrina e jurisprudência, importantes passos foram dados. Mas, como tudo, ou quase tudo, no direito, há ainda considerável estrada a caminhar.

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

FAJNGOLD, Leonardo; SALGADO, Bernardo; GUERCHON, Dan. Lucro da intervenção: a disciplina e os julgamentos pioneiros no Superior Tribunal de Justiça. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 21, p. 163-189, jul./set. 2019.
