

Liber Amicorum: Homenagem aos 13 anos de atuação do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva na Corte da Cidadania - Volume I
©Orgs. Ana Frazão, Eronides Aparecido Rodrigues dos Santos, Marcus Vinicius Kiyoshi Onodera, Oreste Nestor de Souza Laspro, Wilson Furtado Roberto
EDITORA MIZUNO 2025
Revisão: Orgs. Ana Frazão, Eronides Aparecido Rodrigues dos Santos, Marcus Vinicius Kiyoshi Onodera, Oreste Nestor de Souza Laspro, Wilson Furtado Roberto

Catálogo na publicação
Elaborada por Bibliotecária Janaina Ramos – CRB-8/9166

L695 Liber Amicorum: homenagem aos 13 anos de atuação do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva na Corte da Cidadania - Volume I / Organização de Ana Frazão, Eronides Aparecido Rodrigues dos Santos, Marcus Vinicius Kiyoshi Onodera, et al. – Leme-SP: Mizuno, 2025.

Outros organizadores: Oreste Nestor de Souza Laspro, Wilson Furtado Roberto.

981 p.; 17 X 24 cm

ISBN 978-85-7789-590-8

1. Magistratura. 2. Direito privado. 3. Responsabilidade civil. 4. Direito civil I. Frazão, Ana (Organizadora). II. Santos, Eronides Aparecido Rodrigues dos (Organizadora). III. Onodera, Marcus Vinicius Kiyoshi (Organizador). IV. Título.

CDD 347.01

Índice para catálogo sistemático

I. Magistratura

Nos termos da lei que resguarda os direitos autorais, é expressamente proibida a reprodução total ou parcial destes textos, inclusive a produção de apostilas, de qualquer forma ou por qualquer meio, eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, reprográficos, de fotocópia ou gravação.

Qualquer reprodução, mesmo que não idêntica a este material, mas que caracterize similaridade confirmada judicialmente, também sujeitará seu responsável às sanções da legislação em vigor.

A violação dos direitos autorais caracteriza-se como crime incurso no art. 184 do Código Penal, assim como na Lei n. 9.610, de 19.02.1998.

O conteúdo da obra é de responsabilidade dos autores. Desta forma, quaisquer medidas judiciais ou extrajudiciais concernentes ao conteúdo serão de inteira responsabilidade dos autores.

O material disponibilizado on-line, incluindo links, QR-codes, vídeos, petições, entre outros, estará acessível durante a vigência da edição atual do livro, podendo ser retirado após esse período, sem aviso prévio.

Todos os direitos desta edição reservados à
EDITORA MIZUNO

Rua Benedito Zacariotto, 172 - Parque Alto das Palmeiras, Leme - SP, 13614-460
Correspondência: Av. 29 de Agosto, nº 90, Caixa Postal 501 - Centro, Leme - SP, 13610-210
Fone/Fax: (0XX19) 3554-9820

Visite nosso site: www.editoramizuno.com.br
e-mail: atendimento@editoramizuno.com.br

Impresso no Brasil
Printed in Brazil

Apresentação

É com extrema felicidade que eu tenho a oportunidade de apresentar a obra que ora chega às mãos dos leitores, após ter a honra de ser uma de suas coordenadoras e coautoras. Afinal, a iniciativa tem por objetivo homenagear aquele que, sem qualquer dúvida, é uma das personalidades mais admiradas e queridas do meio jurídico: o Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva.

Parte da minha missão foi facilitada pelo notável prefácio escrito pelo professor Tércio Sampaio Ferraz Junior, que explora com maestria a riqueza da formação e da carreira do nosso homenageado, o que inclui o seu Mestrado por Harvard, o seu Doutorado pela Johann Wolfgang Goethe Universität de Frankfurt, a sua passagem marcante pela advocacia pública e privada, assim como seu mandato como Conselheiro do CADE, dentre inúmeras outras experiências e conquistas.

Essa excepcional trajetória confere ao nosso homenageado um brilho intelectual incomum, associado a uma sofisticada cultura - jurídica e não jurídica, que é permanentemente nutrida pelo seu desejo de conhecimento e pelo estudo constante sobre todos os principais assuntos relacionados ao direito, à política, à sociedade, à economia e à tecnologia.

Com base no meu convívio com ele há tantos anos, posso atestar que não há um assunto relacionado a tais temas sobre o qual o nosso homenageado não tenha visões fundamentadas, informadas e atualizadas. Suas opiniões e argumentos, tanto nos seus votos como nos seus artigos doutrinários e palestras, são sempre reflexo de sua incrível capacidade de estudo e leitura associada à sua sagacidade e a seu refinado viés crítico, qualidades sempre muito bem dosadas com seu cavalheirismo e gentileza nos modos e nas palavras.

DIREITO E ECONOMIA DAS GARANTIAS: UMA LEITURA DO RESP 1.838.837	96
Amanda Flávio de Oliveira César Mattos	96
1 Introdução. O REsp 1.838.837	99
2 <i>Law and Economics</i> : contribuições ao enfrentamento judicial dos casos	103
3 Uma reflexão sobre AED das garantias e o caso concreto	110
4 Conclusões	111
5 Referências	
ADOÇÃO PÓSTUMA POST MORTEM E O PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE	112
Ana Carla Harmatiuk Matos Matheus Ideta Bergamo	112
1 Introdução	113
2 Breves considerações acerca da adoção póstuma	116
3 A afetividade como princípio do direito das famílias	121
4 A adoção póstuma como reveladora da socioafetividade nas decisões nacionais	127
5 A relevante contribuição do ministro Ricardo Villas Bôas Cueva à temática	131
6 Conclusão	132
7 Referências	
PACTUM DE NON PETENDO: A PROMESSA DE NÃO PROCESSAR NO DIREITO BRASILEIRO	134
Antonio do Passo Cabral	134
1 Introdução	137
2 Objeto do <i>pactum de non petendo</i> . Natureza processual ou material?	141
3 Promessa de não processar como convenção <i>ad tempus</i> . Inadmissibilidade do <i>pactum in perpetuum</i> ou por período maior que o prazo de prescrição	142
4 Efeitos. Limitação à cobrança judicial. Criação de um impedimento processual temporário ou condicionado	144
5 Formas de implementação da promessa de não processar	145
6 O <i>pactum de non petendo</i> no direito brasileiro	148
6.1 Convenções atípicas. <i>Pactum de non exequendo</i>	145
6.2 O acordo de não persecução penal	148
6.3 Promessa de não processar na improbidade administrativa: acordo de não persecução cível	150
7 Promessa de não postular: <i>pactum de non petendo</i> parcial	154
7.1 Objeto: o direito de alegar em juízo	154
7.2 Notas de direito estrangeiro: cláusulas de garantia autônoma e de não contestação. A cláusula <i>solve et repete</i> como negócio processual	155
7.3 Promessas de não postular típicas no direito brasileiro	159

8 O anteprojeto de revisão do Código Civil e a ampliação do negócio de certificação.	160
9 Conclusão	161
10 Referências	162

A RENOVAÇÃO NOS CONTRATOS AGRÁRIOS: UMA ANÁLISE DOS RECURSOS ESPECIAIS Nº 1.277.085/AL E 1.447.082/TO E OS NOVOS PARADIGMAS	167
Antonio Carmelo Zanette	167
1 Introdução	168
2 A natureza do contrato de arrendamento rural e as obrigações dos contratantes	169
3 O direito de preferência no contrato de arrendamento rural	171
4 A crise dos contratos agrários	175
5 Novos paradigmas dos contratos agrários	179
6 Considerações finais	184
7 Referências	185

PERSPECTIVAS SOBRE O CHAMADO "LUCRO DA INTERVENÇÃO": REFLEXÕES A PARTIR DO RESP 1698701/RJ	188
Carlos Nelson Konder	188
1 Introdução	188
2 O caso: a utilização indevida de imagem de atriz para publicidade de produto farmacêutico	189
3 O problema passado: como proceder quando o lucro obtido pelo ofensor é maior do que o dano sofrido pela vítima?	190
4 O desafio atual: critérios para a quantificação do enriquecimento por intervenção a ser restituído	194
5 Perspectivas futuras: utilização do lucro da intervenção frente a condutas abusivas nas redes sociais	196
6 Considerações finais	198
7 Referências	199

A MALVA DE ILHÉUS NO PLANALTO CENTRAL	202
Ministra Daniela Teixeira	202
1 Introdução	202
2 Saúde e Judiciário: Uma visão totalizante	203
3 Um Recurso Especial	206
4 Conclusão	218

PERSPECTIVAS SOBRE O CHAMADO "LUCRO DA INTERVENÇÃO" REFLEXÕES A PARTIR DO RESP 169870/13

Carlos Nelson Konde

*"O que há de melhor numa coisa nova é aquilo
que satisfaz um desejo antigo"*

Paul Valéry

1 Introdução

A admissão de nova categoria no ordenamento jurídico é sempre operação delicada. É fundamental não se deslumbrar com institutos estrangeiros, que muitas vezes se vinculam a peculiaridades de seu ordenamento de origem e não se casam adequadamente com as características normativas ou mesmo culturais de nosso sistema. Entretanto, deve-se reconhecer que uma nova categoria pode servir a abordar de forma mais clara e eficiente um problema atual, para o qual as soluções normativas até então existentes deixavam a desejar. Impõe-se sempre adotar perspectiva funcional, de modo a identificar os efeitos que o instituto deve desempenhar no sistema, resguardando sua premissa fundamental de unidade e coerência.²

Esse é o caso do chamado "lucro da intervenção". A figura, que vinha sendo considerada de forma incipiente em doutrina, ganhou destaque graças a julgado pioneiro do Superior Tribunal de Justiça,

¹ Professor Titular do Departamento de Direito Civil da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor do Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Doutor e mestre em direito civil pela UERJ. Especialista em direito civil pela Universidade de Camerino (Itália). Parecerista e árbitro.

² Sobre essas premissas metodológicas, v. PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 642-643, e, entre nós, TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a função social dos contratos. In TEPEDINO, G.; FACHIN, L. E. (coord.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 405.

que, sob relatoria do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, pela primeira vez expressamente condenou o ofensor a restituir o lucro que obtivera graças à intervenção indevida no direito de imagem alheio. O presente artigo, diante disso, volta o olhar a essa inovação, abordando inicialmente o caso e o problema preexistente que o julgado enfrenta (o lucro do ofensor que ultrapassa o dano sofrido pela vítima), bem como o desafio contemporâneo que ele corajosamente encara, consistente na forma de quantificar o valor a ser restituído. Por fim, trata ainda, a título ilustrativo, de algumas das diversas possibilidades que se abrem para a aplicação do lucro da intervenção entre nós, lidando com intrincados problemas jurídicos, tais como as condutas abusivas nas redes sociais.

2 O caso: a utilização indevida de imagem de atriz para publicidade de produto farmacêutico

No início de 2014, a atriz Giovanna Antonelli ajuizou ação em face de Dermo Formulações Farmácia de Manipulação Ltda. pleiteando ressarcimento em razão do uso não autorizado de sua imagem para a campanha publicitária do produto "Detox". Decretada a revelia da parte ré, a sentença a condenou a realizar ampla retratação pública, a indenizar os danos materiais sofridos, com o valor que se obteria pela utilização autorizada da sua imagem, a ser apurado em sede de liquidação de sentença, e, ainda, à indenização dos danos morais, fixados em trinta mil reais.

Isso, contudo, não foi suficiente para a autora, que interpôs recurso de apelação, requerendo a reforma da sentença para que os benefícios econômicos que a ré obteve na venda de seus produtos com a utilização indevida da sua imagem integrem o cálculo do valor a ser restituído. O recurso indicava que esse valor deveria ser calculado partindo do enriquecimento patrimonial da Apelada e do grau de contribuição da imagem da Apelante para a obtenção daquele enriquecimento, a ser apurado em liquidação de sentença. Tratava-se do chamado *lucro da intervenção*.

O recurso de apelação foi provido para, além de majorar os danos morais para cinquenta mil reais, condenar a ré ao pagamento de valor fixado em cinco por cento sobre o volume de vendas do produto "Detox", baseado no seu preço de comercialização, no período compreendido entre

o início da lesão (associação do referido produto à imagem da demandante) e a cessação da circulação da propaganda indevida, tudo a ser apurado em fase de liquidação de sentença.³

Ainda insatisfeita, a autora interpôs recurso especial, autuado sob o n. 1698701, pretendendo a reforma do acórdão quanto ao cálculo do valor a ser restituído com base em percentual arbitrado aleatoriamente sobre o volume de vendas do produto. Relatado pelo Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, o acórdão deu provimento ao Recurso Especial, para determinar que o valor a ser restituído, em adição à indenização por danos morais, fosse calculado levando em conta o lucro patrimonial obtido, o período da publicidade não autorizada e o grau de contribuição de cada uma das partes para obtenção desse lucro, de modo a distribuir o lucro obtido com a intervenção proporcionalmente à contribuição de cada partícipe da relação jurídica.⁴

Trata-se de julgado pioneiro, não somente porque foi a primeira vez que o Superior Tribunal de Justiça se utilizou da categoria do “lucro da intervenção”, mas também – e ainda mais – porque efetivamente examinou com rigor a controvérsia acerca dos critérios de quantificação dessa verba, como se passa a expor.

3 O problema passado: como proceder quando o lucro obtido pelo ofensor é maior do que o dano sofrido pela vítima?

A grande maioria dos ilícitos costuma ser lucrativa para o ofensor, pois é essa obtenção indevida de uma vantagem o impulso mais comum para a violação do direito de outrem. Diante disso, na esfera cível, o ordenamento sanciona o ofensor, obrigando-o a indenizar a vítima, de modo a colocá-la na situação que estaria se não houvesse sofrido o dano. A *responsabilidade civil* costuma ser instrumento suficiente

³ TJRJ, 13ª C.C., Ap. Cível n. 0008927-17.2014.8.19.0209, Rel. Des. Fernando Fernandy Fernandes, julg. 26/10/2016: “Apelação cível. Responsabilidade civil. Uso indevido de imagem em propaganda de produto comercializado pela ré. Danos materiais comprovados. Lucros cessantes e enriquecimento sem causa (lucro da intervenção) pela violação ao direito da imagem da parte autora. Reforma da sentença para majorar a condenação a título de danos patrimoniais e extrapatrimoniais, considerando as particularidades do caso concreto e especialmente as condições da vítima e do ofensor. Recurso a que se dá provimento”.

⁴ STJ, 3ª T., REsp 1.698.701/RJ. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julg. 2.10.2018.

para desestimular condutas lesivas: aquele que furtou um bem acaba condenado a devolvê-lo, bem como a ressarcir a vítima por tudo que ela perdeu e deixou de ganhar porque privada daquele bem.

Entretanto, a responsabilidade civil pauta-se tradicionalmente pelo dano sofrido pela vítima: o princípio da reparação integral, ressalvadas exceções, impõe ressarcir-la por todo o dano, mas somente pelo dano.⁵ Nos termos do disposto no artigo 944 do Código Civil, a indenização mede-se pela extensão do dano, o que é um reflexo do giro conceitual pelo qual passou a responsabilidade civil: de punir o ofensor para ressarcir a vítima.⁶ Como proceder então quando o ofensor consegue auferir lucro superior ao que ele causou à vítima?

Na esfera internacional, o exemplo paradigmático, similar ao julgado relatado pelo Min. Cueva, é o caso da atriz Bette Midler, que, nos anos 1980, foi procurada pela Ford para cantar em um anúncio e, ante a recusa dela, contrataram uma imitadora, que tinha uma voz bem parecida, e o anúncio elevou as vendas de tal maneira que o lucro obtido superou, em muito, o que seria o custo do cachê da cantora verdadeira.⁷ Trata-se do problema dos chamados “ilícitos lucrativos”, ou seja, aqueles em que, mesmo após a indenização do dano sofrido pela vítima, o ofensor ainda fica em vantagem.⁸

O problema por vezes é abordado entre nós pela atribuição de *caráter punitivo* à indenização, reconhecendo-se à responsabilidade civil diversidade de funções.⁹ Disfarçada sob referências à função pedagógica, dissuasória, preventiva ou social, essa “indenização punitiva à brasileira”, frequente entre nós nos debates sobre dano moral, apresenta diversos

⁵ Sobre o tema, v. MONTEIRO FILHO, Carlos Edison. O princípio da reparação integral e sua exceção no direito brasileiro. *Rumos contemporâneos do direito civil: estudos em perspectiva civil-constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 101-135.

⁶ GOMES, Orlando. Tendências modernas na teoria da responsabilidade civil. In *Estudos em homenagem ao professor Sílvio Rodrigues*. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 296.

⁷ Disponível em <<https://cyber.harvard.edu/people/tfisher/1988%20Midler.pdf>>, acesso em 20/10/2016.

⁸ LEVY, Daniel de Andrade. *Responsabilidade civil: de um direito dos danos a um direito das condutas lesivas*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 115.

⁹ ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 209. No mesmo sentido quanto às hipóteses de violação de direitos da personalidade, TEFFÉ, Chiara Antonia Spadaccini de. A restituição do lucro da intervenção nos casos de violação aos direitos da personalidade: uma questão entre o enriquecimento sem causa e a responsabilidade civil. In MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo (coord.). *Direito das relações patrimoniais: estrutura e função na contemporaneidade*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 35-68.

problemas.¹⁰ A majoração da indenização acima do dano sofrido pela vítima, levando em conta o grau de culpa ou poder econômico do agente – ou, neste caso, o lucro por ele obtido – gera diversos problemas sistêmáticos: uma vez não prevista em lei, a função punitiva significa punição sem prévia cominação, conferindo um cheque em branco para o juiz cível ferir o princípio criminal da tipicidade (*nullum crimen, nulla poena sine lege*); vários atos geradores também são crimes, o que acarretaria um *bis in idem*, especialmente com a previsão de sanção pecuniária no direito penal (L. 9.714/98); tramitando na vara cível, a ação segue os mecanismos processuais (recursais) do direito civil, sem as garantias típicas do procedimento penal; o efeito punitivo é mitigado no âmbito civil porque nem sempre o responsável direto é o culpado, como nos casos de seguro de dano; enfim, mistura-se reparação com punição, e enquanto a punição considera dano causado, a responsabilidade civil considera o dano sofrido.¹¹

Essas dificuldades se acentuam em outros cenários em que o problema do lucro da intervenção se coloca. Por exemplo, imagine-se o exemplo do proprietário de um cavalo que recusa que ele participe de uma corrida com receio de que se lesione, mas o jóquei desrespeita a orientação do dono e corre com o cavalo mesmo assim, sem, contudo, lhe causar qualquer lesão e conquistando um prêmio pela corrida: seria possível condenar o jóquei a pagar ao cavalo o lucro obtido, ainda sob a guarida da responsabilidade civil, quando sequer houve dano? E quando não houver *imputabilidade* do ofensor, como o proprietário de um terreno que transforma uma caverna nele existente em verdadeira atração turística, instalando inclusive um hotel no seu entorno, mas depois, de muito lucrar com a exploração da caverna, se constata que parte significativa dela já se encontrava no terreno do vizinho, que jamais autorizou as incursões dos turistas?¹² Nesses casos, além dos já citados problemas da indenização punitiva, faltarão requisitos básicos para se poder falar em responsabilização civil.¹³ Trata-se, portanto, de um problema que pode

¹⁰ MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva (*punitive damages* e o Direito brasileiro). *Revista CEJ*, 9(28), 2005, p. 15-32; MARTINS-COSTA, Judith. Dano moral à brasileira. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, ano 3, n. 9, Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2014, p. 7.073-7.122.

¹¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 258 e ss.

¹² Hipótese similar foi discutida no âmbito dos chamados *Great Onyx Cave Cases* (Edwards v. Sims (1929) e Edwards v. Lee's Administrator (1936)). Sobre os casos, v. ZIFF, Bruce. *The great onyx cave cases - a micro-history*. *Northern Kentucky Law Review*, vol. 40:1, 2013, p. 1-48.

¹³ Sobre a distinção funcional entre responsabilidade civil e enriquecimento sem causa, v. SILVA, Rodrigo da Guia. *Enriquecimento sem causa: as obrigações restitutórias no direito*

se colocar em cenários bastante heterogêneos entre si, para os quais os requisitos da responsabilidade civil não parecem dar conta.¹⁴

Diante disso, a doutrina vem acenando com outro caminho: recorrer ao *direito restitutivo*, por meio da vedação ao *enriquecimento sem causa*.¹⁵ Para o nascimento da obrigação de restituir o indevidamente auferido não é necessária a imputabilidade do enriquecido, tampouco dano daquele às custas de quem se enriqueceu: basta que haja transferência patrimonial ou aproveitamento de trabalho, direito ou vantagem alheia sem fato jurídico idôneo a justificar esse locupletamento, conforme a teoria da destinação dos bens.¹⁶ O fato de a *actio de in rem verso* ser subsidiária, nos termos do art. 886 do CC, vem sendo contornado pela doutrina em uma releitura dessa subsidiariedade,¹⁷ que não impediria a cumulação entre a pretensão restitutória e a pretensão indenizatória – já que desempenham funções e têm fundamentos diversos – contanto, que o enriquecimento a ser restituído já não estivesse totalmente abarcado pelo dano a ser indenizado.¹⁸

Esse caminho adotado pelo julgado objeto de análise, consistente em condenar o ofensor ao pagamento de verba apartada da indenização a título restitutivo de lucro da intervenção, cumulando os dois regimes, é mais coerente, portanto, com a sistemática das fontes das obrigações

civil, 2. ed. São Paulo: Thompson Reuters, 2022, p. 101-107; KROETZ, Maria Candida do Amaral. *Enriquecimento sem causa no direito civil brasileiro contemporâneo e recomposição patrimonial*. Tese de doutoramento. Curitiba: UFPR, 2005, p. 74; e seja consentido remeter a KONDER, Carlos Nelson. Enriquecimento sem causa e pagamento indevido. In TEPEPINO, Gustavo (org.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 378-379.

¹⁴ KONDER, Carlos Nelson. Dificuldades de uma abordagem unitária do lucro da intervenção. *Revista de direito civil contemporâneo*, v.13. São Paulo, 2017, p. 231-248; 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*, 21(03). São Paulo: 2019, p. 163-189.

¹⁵ NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 206.

¹⁶ NORONHA, Fernando. Enriquecimento sem causa. *Revista de direito civil, imobiliário, agrário e empresarial*, v. 15, n. 56, abr./jun. 1991, p. 57.

¹⁷ Sobre o tema, v. VARELA, João de Matos Antunes. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 202; TRINDADE, Marcelo. Enriquecimento sem causa e repetição de indébito: observações à luz do Código Civil de 2002. *Revista trimestral de direito civil*. n. 18, abr./jun. 2004, p. 242.

¹⁸ SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 121. Sobre as distintas formas de interpretação da subsidiariedade, v. MICHELON JR., Claudio. *Direito restitutivo: enriquecimento sem causa, pagamento indevido, gestão de negócios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 257 e ss.

em nosso ordenamento e desbrava novo cenário com promissoras perspectivas. Entretanto, deve-se reconhecer que ainda há muitos desafios a serem enfrentados.

4 O desafio atual: critérios para a quantificação do enriquecimento por intervenção a ser restituído

A dificuldade de quantificação do valor a ser restituído pelo lucro da intervenção foi o que levou o caso em exame ao STJ. O TJRJ já havia condenado a ofensora a pagar um valor à vítima a título de lucro da intervenção, com base em cinco por cento das vendas durante o período de aproveitamento indevido da imagem. O STJ acolheu o inconformismo da vítima de que o valor a ser restituído não poderia ser arbitrado aleatoriamente sobre o volume de vendas do produto. Coloca-se, então, o desafio de estabelecer os critérios legítimos a serem levados em conta pelo intérprete na quantificação do lucro a ser restituído.

Já no âmbito da responsabilidade civil se constatou o grande conflito entre critérios para quantificação do dano, tomando como exemplo o dano moral: de um lado aqueles que focam no dano sofrido pela vítima, como a gravidade e as condições pessoais da vítima, e de outro lado aqueles voltados a punir o ofensor, como a sua capacidade econômica e o grau de sua culpa.¹⁹ Quando o debate do lucro da intervenção se transpõe para o âmbito do enriquecimento sem causa, a despeito das grandes vantagens já apresentadas, o desafio sobre os critérios de quantificação se repete, ainda que em termos um pouco diversos.

De início, a doutrina tradicionalmente ressalta que o enriquecimento por intervenção pode ser medido de suas formas: o *enriquecimento real*, calculado com base no valor de mercado da vantagem obtida, e o chamado *enriquecimento patrimonial*, aferido a partir do impacto no patrimônio do enriquecido, isto é, a diferença entre sua situação patrimonial após o enriquecimento indevidamente obtido

¹⁹ Em registro histórico do debate sobre o tema, v. SCHREIBER, Anderson. Arbitramento do dano moral no Código Civil. *Revista trimestral de direito civil*, n. 12. Rio de Janeiro, out./dez. 2002, p. 12; BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. *Dano moral: critérios de fixação de valor*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 170-171 e p. 182 e seja consentido remeter a KONDER, Carlos Nelson. Critérios para a reparação do dano moral. *Direito, Estado e Sociedade* - Revista do Departamento de Direito da PUC-Rio, n. 18. Rio de Janeiro: PUC-Rio, jan./jul. 2001, p. 47-58.

e a situação hipotética em que ele estaria, caso não tivesse fruído daquele enriquecimento.²⁰ No caso julgado, por exemplo, deveria a Dermo pagar a Giovanna Antonelli o valor de seu cachê no mercado ou a diferença entre o que lucrou e o que teria lucrado se não tivesse feito o anúncio com a imagem dela?

Ademais, a doutrina discute se a boa-fé ou má-fé do interventor deve ser levada em consideração na quantificação do valor a ser ressarcido. Em diversos casos de enriquecimento por intervenção regulados de forma específica pelo legislador, esse critério é relevante: por exemplo ao tratar de benfeitorias (CC, arts. 1219-1220), de frutos (CC, arts. 1214-1216), da plantação ou construção com sementes ou materiais alheios (CC, arts. 1254-1256) e de aparência de direito (representante aparente, credor aparente, proprietário aparente e herdeiro aparente - CC, arts. 686, 309, 1268, 1828). Enquanto alguns entendem que a analogia é inevitável,²¹ outros entendem que são situações excepcionais que não podem ser tomadas como regra geral.²²

O critério que parece mais pacífico - e expressamente utilizado pelo julgado em questão - é a avaliação do grau de contribuição causal de cada um para o surgimento do lucro.²³ Assim, cabe avaliar o quanto da obtenção do prêmio foi causada pela habilidade do jóquei e quanto pela qualidade do cavalo e, naturalmente, o quanto das vendas do produto foram causadas pela sua qualidade e iniciativas da vendedora e quanto se deveu à utilização indevida da imagem alheia.

²⁰ COELHO, Francisco Manuel Pereira. *O enriquecimento e o dano*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 24. A chamada "teoria do duplo limite", segundo a qual o objeto da restituição nos casos de enriquecimento sem causa não pode ultrapassar nenhuma dessas duas formas de quantificação, limitada sempre à menor, sempre foi bastante controversa. Sobre o tema, v., a favor, ALVIM, Agostinho. Do enriquecimento sem causa. *Revista dos tribunais*, v. 46, n. 259. Rio de Janeiro: maio 1957, e contra CAMPOS, Diogo de Leite. Enriquecimento sem causa, responsabilidade civil e nulidade. *Revista dos Tribunais*, v. 71, n. 560, jun. 1982, p. 261.

²¹ SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 140.

²² LINS, Thiago. *O lucro da intervenção e o direito à imagem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 166-172. SCHREIBER, Anderson; SILVA, Rodrigo da Guia. Aspectos relevantes para a sistematização do lucro da intervenção no direito brasileiro. *Pensar*, v. 23, n. 4. Fortaleza, out./dez. 2018, p. 1-15.

²³ SILVA, Rodrigo da Guia. *Enriquecimento sem causa: as obrigações restitutórias no direito civil*, 2. ed. São Paulo: Thompson Reuters, 2022, p. 373-374.

DIR
1.8

Ama
1 Int
2 La
3 Ur
4 Co
5 R

AD

Ana
1 In
2 B
3 A
4 A
5 A
6 C
7 F

PA

DI

An
1 I
2 I
3

4

5

6

7

5 Perspectivas futuras: utilização do lucro da intervenção frente a condutas abusivas nas redes sociais

As possibilidades de aplicação do lucro da intervenção são diversas. Destaca-se a aplicabilidade à violação do direito de propriedade e de obrigações contratuais ("inadimplemento eficiente"), bem como dos direitos da personalidade em geral.²⁴ Nesta esfera, até mesmo no âmbito do novel direito à proteção de dados pessoais a intervenção pode ensejar lucro restituível.²⁵ Uma delas, em particular, merece atenção especial: a atuação junto a condutas abusivas praticadas em redes sociais.

As redes sociais trouxeram novas formas de enriquecimento por intervenção não autorizada em direitos alheios. Nas redes, as informações a serem transmitidas são selecionadas de forma personalizada para cada usuário com base em seu histórico de atividade – o chamado "filtro-bolha" –, que, de plano, limita seu acesso a outras abordagens do mesmo tema e estimula a manutenção e o crescimento de preconceitos.²⁶ A difusão de notícias, dessa forma, se guia exclusivamente pelo objetivo de propiciar a interatividade e conquistar a atenção do usuário, de modo a tornar mais eficiente os anúncios publicitários que financiam a rede: a palavra de ordem é *engajamento*.²⁷

²⁴ 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. 1-24.

²⁵ Sobre o tema, v. SILVA, Sabrina Jiukoski da. O tratamento de dados pessoais no Brasil: uma análise da possibilidade de restituir o lucro da intervenção. Tese de doutorado. Florianópolis: UFSC, 2023.

²⁶ Sobre o tema, v. MAGRANI, Eduardo. *Democracia conectada: a internet como ferramenta de engajamento político-democrático*. Curitiba: Juruá, 2014.

²⁷ Como descreve Gustavo Carneiro, "No âmbito do marketing digital, engajamento é a palavra de ordem. Ela mede a interação que o usuário tem com o conteúdo apresentado. O incentivo do Facebook a todas essas interações significa maior período de atenção que a plataforma receberá de seus usuários, o que se traduzirá concomitantemente em maior tempo exposto aos anunciantes, bem como maior fonte de colheita de dados para aperfeiçoamento da plataforma. Essa receita leva a um potencial de aumento infinito do valor da empresa, uma vez que esse valor está ligado diretamente ao potencial de aumento igualmente infinito das interações entre seus usuários. Nessa perspectiva, o aumento da proliferação de mentiras e boatos nas redes sociais e especialmente no Facebook não configura necessariamente um efeito incompatível com a rede de estímulos desenhadas pela plataforma para capturar mais atenção dos usuários e incentivar mais interações entre as pessoas. As *fake news* se encaixam perfeitamente no sistema desenvolvido por essas redes para seu modelo de negócios, apelando para o impulso do usuário em interagir com um conteúdo que cause espanto ou confirme sua visão de mundo [...]". (CARNEIRO, Gustavo Ferraz Sales. *Autorregulação de fake news no Facebook: incentivos e freios à proliferação de desinformação*. *Revista de direito e as novas tecnologias*, vol. 3. São Paulo: abr.-jun./2019).

Dessa forma, a divulgação de informações referentes ao nome, imagem e privacidade alheios, ainda que falsas, é frequentemente lucrativa: ainda que depois o autor seja condenado a retirar a postagem do ar – o que costuma demorar ante a dependência da atuação do administrador da rede ou de decisão judicial específica – e a indenizar a vítima por danos morais, o lucro obtido com a *monetização* da postagem supera esses gastos. Com efeito, quanto mais polêmica e controversa a postagem – ou, em outros termos, quanto mais ilícita ou abusiva – maior a sua capacidade de *viralizar*, atraindo a curiosidade do público, aumentando o número de acessos e respostas (ainda que contrárias) e, conseqüentemente, aumentando a renda auferida pelo autor, que é proporcional a esses dados.

Embora seja difícil ter certeza sobre esses números, a entidade internacional *Global Disinformation Index* relata que, mundialmente, cerca de 235 milhões de dólares em publicidade são destinados a domínios que veiculam desinformação.²⁸ Em entrevistas a veículos tradicionais de imprensa, produtores de *fake news* já revelaram que, dependendo do grau de "viralização" da notícia, conseguem, com publicidade, de dez mil dólares por mês²⁹ até dez mil dólares por dia,³⁰ graças a acessos obtidos por meio desse exercício abusivo da liberdade de expressão.

Ainda que essas estimativas sejam exageradas, fica claro que o lucro obtido com a difusão dessas notícias tende a ser superior ao valor médio das indenizações por dano moral que esses influenciadores costumam ser condenados a pagar, mesmo que seja embutida nelas eventual "função de desestímulo". Nesse cenário, em que novamente se percebe a já alertada "falta de sintonia entre Direito e Comunicação"³¹, percebe-se que a condenação à restituição do lucro da intervenção, além da indenização por danos morais, pode ser um caminho promissor para o futuro.

²⁸ GLOBAL DISINFORMATION INDEX. The quarter billion dollar question: how is disinformation gaming ad tech?. Set. 2019. Disponível em <https://disinformationindex.org/wp-content/uploads/2019/09/GDI_Ad-tech_Report_Screen_AW16.pdf>, acesso em 19 jan. 2020.

²⁹ OHLHEISER, Abby. This is how Facebook's fake-news writers make money. In: *The Washington Post*, 18 nov. 2016. Disponível em <<https://www.washingtonpost.com/news/the-intersect/wp/2016/11/18/this-is-how-the-internets-fake-news-writers-make-money/>>, acesso em 19 jan. 2021.

³⁰ DEWEY, Caitlin. This is not an interview with Banksy. In: *The Washington Post*, 18 nov. 2016. Disponível em <<https://www.washingtonpost.com/news/the-intersect/wp/2016/11/18/this-is-not-an-interview-with-banksy/>>, acesso em 19 jan. 2021.

³¹ SCHREIBER, Anderson. Direito e mídia. In: SCHREIBER, Anderson (coord.). *Direito e mídia*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 20.

Nesses casos, como já se sustentou em outra sede, a atuação ilícita do interventor, consistente somente na postagem ilícita ou abusiva, não parece fornecer contribuição causal para o lucro comparável àquela referente ao conteúdo da notícia, tampouco merecedora de tutela a ponto de justificar compartilhar parte do lucro obtido, de modo que poderia haver até mesmo a restituição à vítima de todo o enriquecimento patrimonial obtido pelo autor da postagem.³² Com efeito, reconhecendo-se a impossibilidade de que a cada vez mais frequente atuação antijurídica nas redes sociais em violação de direitos alheios resulte em vantagem ao ofensor, a condenação à restituição do lucro da intervenção paralelamente à indenização por danos morais parece caminho salutar, considerando que, pela teoria da destinação dos bens, a vítima faz jus não somente à indenização dos danos sofridos pela violação de seu direito, mas também ao lucro auferido graças à intervenção indevida sobre seus direitos.

6 Considerações finais

O julgamento do Recurso Especial n. 1698701, relatado pelo Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, em 2018, introduziu oficialmente em nosso ordenamento figura que até então vinha sendo cogitada de forma esparsa pela doutrina: o lucro da intervenção. Trata-se de verba a ser restituída pelo ofensor à vítima referente ao lucro que obteve pela utilização ilícita de direito dela. O problema desafiante que a figura apresenta se coloca com maior intensidade quando o valor desse lucro supera o dano que ela sofreu, de modo que a indenização devida não é suficiente para retirar do ofensor toda a vantagem obtida. Tradicionalmente abordado por meio da ampliação da indenização, atribuindo-lhe caráter punitivo, o problema do "ilícito lucrativo" encontrou assim solução mais coerente e sistemática no âmbito da vedação ao enriquecimento sem causa.

Mais do que isso, o julgado foi além e enfrentou o tortuoso problema referente aos critérios aplicáveis à quantificação do montante a ser restituído. Nesse sentido, amparou-se o julgado no critério que parece encontrar maior consenso doutrinário, no sentido de reformar o acórdão estadual para repartir o lucro obtido, superior ao dano, entre

³² KONDER, Carlos Nelson. Abuso lucrativo da liberdade de imprensa e pretensões ressarcitórias pecuniárias: indenização punitiva x lucro da intervenção. *Revista de direito privado*, v.113, 2022, p. 59-75.

ofensor e vítima com base no nexo de causalidade, condenando o ofensor a devolver à vítima a parte do lucro obtida de forma direta e imediata de seu direito, e não da conduta do ofensor.

A categoria do lucro da intervenção, que abarca grande diversidade de situações, é novidade que atribui novo prestígio ao direito restitutivo, reconhecendo sua capacidade de resolver diversas questões antigas em nosso sistema. Assim, abre portas para problemas envolvendo direito de propriedade, inexecução de contratos, direitos da personalidade e, em particular, desbrava novas possibilidades nos recorrentes casos de condutas abusivas nas redes sociais.

7 Referências

ALVIM, Agostinho. Do enriquecimento sem causa. *Revista dos tribunais*, v. 46, n. 259. Rio de Janeiro: maio 1957, p. 47-67.

BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. *Dano moral: critérios de fixação de valor*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BRASIL, STJ, 3ª T., REsp 1.698.701/RJ. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julg. 2.10.2018.

CAMPOS, Diogo de Leite Enriquecimento sem causa, responsabilidade civil e nulidade. *Revista dos Tribunais*, v. 71, n. 560, jun. 1982, p. 259-266.

CARNEIRO, Gustavo Ferraz Sales. Autorregulação de fake news no Facebook: incentivos e freios à proliferação de desinformação. *Revista de direito e as novas tecnologias*, vol. 3. São Paulo: abr.-jun./2019.

COELHO, Francisco Manuel Pereira. *O enriquecimento e o dano*. Coimbra: Almedina, 1999.

COSTA-NETO, João; NÓBREGA NETO, Elias C. *A quantificação do enriquecimento sem causa por intervenção e o disgorgement of profits no Direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2024.

DEWEY, Caitlin. This is not an interview with Banksy. In: *The Washington Post*, 18 nov. 2016. Disponível em <<https://www.washingtonpost.com/news/the-intersect/wp/2014/10/21/this-is-not-an-interview-with-banksy/>>, acesso em 19 jan. 2021.

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*, 21(03). São Paulo: 2019, p. 163-189.

GLOBAL DISINFORMATION INDEX. The quarter billion dollar question: how is disinformation gaming ad tech?. Set. 2019. Disponível em <https://disinformationindex.org/wp-content/uploads/2019/09/GDI_Ad-tech_Report_Screen_AW16.pdf>, acesso em 19 jan. 2020.

GOMES, Orlando. Tendências modernas na teoria da responsabilidade civil. In *Estudos em homenagem ao professor Sílvio Rodrigues*. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 296.

KONDER, Carlos Nelson. Abuso lucrativo da liberdade de imprensa e pretensões ressarcitórias pecuniárias: indenização punitiva x lucro da intervenção. *Revista de direito privado*, v.113. São Paulo, 2022, p. 59-75.

KONDER, Carlos Nelson. Dificuldades de uma abordagem unitária do lucro da intervenção. *Revista de direito civil contemporâneo*, v.13. São Paulo, 2017, p. 231-248.

KONDER, Carlos Nelson. Enriquecimento sem causa e pagamento indevido. In *TEPEDINO, Gustavo (org.). Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 369-398.

KONDER, Carlos Nelson. Critérios para a reparação do dano moral. *Direito, Estado e Sociedade* – Revista do Departamento de Direito da PUC-Rio, n. 18. Rio de Janeiro: PUC-Rio, jan./jul. 2001, p. 47-58.

KROETZ, Maria Candida do Amaral. *Enriquecimento sem causa no direito civil brasileiro contemporâneo e recomposição patrimonial*. Tese de doutoramento. Curitiba: UFPR, 2005.

LEVY, Daniel de Andrade. *Responsabilidade civil: de um direito dos danos a um direito das condutas lesivas*. São Paulo: Atlas, 2012.

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

MAGRANI, Eduardo. *Democracia conectada: a internet como ferramenta de engajamento político-democrático*. Curitiba: Juruá, 2014.

MARTINS-COSTA, Judith. Dano moral à brasileira. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, ano 3, n. 9. Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2014, p. 7.073-7.122.

MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva (punitive damages e o Direito brasileiro). *Revista CEJ*, 9(28), 2005, p. 15-32.

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

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison. O princípio da reparação integral e sua exceção no direito brasileiro. *Rumos contemporâneos do direito civil: estudos em perspectiva civil-constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 101-135.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*. São Paulo: Saraiva, 2004.

NEVES, José Roberto de Castro. O enriquecimento sem causa: dimensão atual do princípio de direito civil. In *MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). Princípios de direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 185-220.

NORONHA, Fernando. Enriquecimento sem causa. *Revista de direito civil, imobiliário, agrário e empresarial*, v. 15, n. 56, abr./jun. 1991, p. 51-78.

OHLHEISER, Abby. This is how Facebook's fake-news writers make money. In: *The Washington Post*, 18 nov. 2016. Disponível em <<https://www.washingtonpost.com/news/the-intersect/wp/2016/11/18/this-is-how-the-internets-fake-news-writers-make-money/>>, acesso em 19 jan. 2021.

RIO DE JANEIRO, TJRJ, 13ª C.C., Ap. Cível n. 0008927-17.2014.8.19.0209, Rel. Des. Fernando Fernandy Fernandes, julg. 26/10/2016.

ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2012.

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

SCHREIBER, Anderson. Arbitramento do dano moral no Código Civil. *Revista trimestral de direito civil*, n. 12. Rio de Janeiro, out./dez. 2002, p. 3-24.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2007.

SCHREIBER, Anderson. Direito e mídia. In: SCHREIBER, Anderson (coord.). *Direito e mídia*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 20.

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

SILVA, Rodrigo da Guia. *Enriquecimento sem causa: as obrigações restitórias no direito civil*. São Paulo: Thompson Reuters, 2018.

SILVA, Sabrina Jiukoski da. *O tratamento de dados pessoais no Brasil: uma análise da possibilidade de restituir o lucro da intervenção*. Tese de doutorado. Florianópolis: UFSC, 2023.

TEFFÉ, Chiara Antonia Spadaccini de. A restituição do lucro da intervenção nos casos de violação aos direitos da personalidade: uma questão entre o enriquecimento sem causa e a responsabilidade civil. In *MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo (coord.). Direito das relações patrimoniais: estrutura e função na contemporaneidade*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 35-68.

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. 1-24.

TRINDADE, Marcelo. Enriquecimento sem causa e repetição de indébito: observações à luz do Código Civil de 2002. *Revista Trimestral de Direito Civil*, n. 18, abr./jun. 2004, p. 235-261.

VARELA, João de Matos Antunes. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

ZIFF, Bruce. The great onyx cave cases - a micro-history. *Northern Kentucky Law Review*, vol. 40:1, 2013, p. 1-48.