



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.698.701 - RJ (2017/0155688-5)

RELATOR : MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA
RECORRENTE : GIOVANNA ANTONELLI
ADVOGADOS : MARCUS EDUARDO MAGALHÃES FONTES - RJ096659
MAX FREDERICO MAGALHAES FONTES - RJ096740
RECORRIDO : DERMO FORMULACOES FARMACIA DE MANIPULACAO LTDA - ME
ADVOGADO : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS - SE000000M

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. USO INDEVIDO DE IMAGEM. FINS COMERCIAIS. ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. ART. 884 DO CÓDIGO CIVIL. JUSTA CAUSA. AUSÊNCIA. DEVER DE RESTITUIÇÃO. LUCRO DA INTERVENÇÃO. FORMA DE QUANTIFICAÇÃO.

1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ).

2. Ação de indenização proposta por atriz em virtude do uso não autorizado de seu nome e da sua imagem em campanha publicitária. Pedido de reparação dos danos morais e patrimoniais, além da restituição de todos os benefícios econômicos que a ré obteve na venda de seus produtos.

3. Além do dever de reparação dos danos morais e materiais causados pela utilização não autorizada da imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais, nos termos da Súmula nº 403/STJ, tem o titular do bem jurídico violado o direito de exigir do violador a restituição do lucro que este obteve às custas daquele.

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

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

6. A subsidiariedade da ação de enriquecimento sem causa 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 a 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.

7. Para a configuração do enriquecimento sem causa por intervenção, 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.

8. Necessidade, na hipótese, de remessa do feito à fase de liquidação de sentença para fins de quantificação do lucro da intervenção, observados os seguintes critérios: a) apuração do *quantum debeatur* com base no denominado lucro patrimonial; b) delimitação do cálculo ao período no qual se verificou a indevida intervenção no direito de imagem da autora; c) aferição do grau de contribuição de cada uma das partes e d) distribuição do lucro obtido com a intervenção proporcionalmente à contribuição de cada partícipe da relação jurídica.

9. Recurso especial provido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Terceira Turma, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro (Presidente), Nancy Andrighi e Paulo de Tarso Sanseverino votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 02 de outubro de 2018(Data do Julgamento)

Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.698.701 - RJ (2017/0155688-5)

RECORRENTE : GIOVANNA ANTONELLI

ADVOGADOS : MARCUS EDUARDO MAGALHÃES FONTES E OUTRO(S) - RJ096659
MAX FREDERICO MAGALHAES FONTES - RJ096740
MAURICIO DE MELLO BACIM - RJ196794

RECORRIDO : DERMO FORMULACOES FARMACIA DE MANIPULACAO LTDA - ME

ADVOGADO : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS - SE000000M

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA (Relator):

Trata-se de recurso especial interposto por GIOVANNA ANTONELLI, com fundamento no art. 105, III, "a", da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro assim ementado:

"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, ESPECIALMENTE AS CONDIÇÕES DA VÍTIMA E DO OFENSOR. RECURSO A QUE SE DÁ PROVIMENTO"(e-STJ fl. 139).

Em suas razões recursais, a recorrente aponta violação do art. 884 Código Civil, alegando, em síntese, que "(...) o v. acórdão recorrido não poderia ter simplesmente arbitrado, aleatoriamente, um percentual qualquer (no caso 5%) sobre o volume de vendas do produto em questão pela recorrida para quantificar o montante do lucro por esta auferido que fora obtido 'à custa' da recorrente e que, portanto, deverá ser a esta restituído com base da vedação do enriquecimento sem causa"(e-STJ fl. 151).

Inadmitido o recurso na origem, deu-se provimento ao respectivo agravo para melhor exame da matéria (AREsp nº 1.126.460/RJ).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.698.701 - RJ (2017/0155688-5)
EMENTA

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. USO INDEVIDO DE IMAGEM. FINS COMERCIAIS. ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. ART. 884 DO CÓDIGO CIVIL. JUSTA CAUSA. AUSÊNCIA. DEVER DE RESTITUIÇÃO. LUCRO DA INTERVENÇÃO. FORMA DE QUANTIFICAÇÃO.

1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ).

2. Ação de indenização proposta por atriz em virtude do uso não autorizado de seu nome e da sua imagem em campanha publicitária. Pedido de reparação dos danos morais e patrimoniais, além da restituição de todos os benefícios econômicos que a ré obteve na venda de seus produtos.

3. Além do dever de reparação dos danos morais e materiais causados pela utilização não autorizada da imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais, nos termos da Súmula nº 403/STJ, tem o titular do bem jurídico violado o direito de exigir do violador a restituição do lucro que este obteve às custas daquele.

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

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

6. A subsidiariedade da ação de enriquecimento sem causa 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 a 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.

7. Para a configuração do enriquecimento sem causa por intervenção, 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.

8. Necessidade, na hipótese, de remessa do feito à fase de liquidação de sentença para fins de quantificação do lucro da intervenção, observados os seguintes critérios: a) apuração do *quantum debeatur* com base no denominado lucro patrimonial; b) delimitação do cálculo ao período no qual se verificou a indevida intervenção no direito de imagem da autora; c) aferição do grau de contribuição de cada uma das partes e d) distribuição do lucro obtido com a intervenção proporcionalmente à contribuição de cada partícipe da relação jurídica.

9. Recurso especial provido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA (Relator):



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A irresignação merece prosperar.

O acórdão impugnado pelo presente recurso especial foi publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ).

1) Breve resumo da demanda

Trata-se, na origem, de ação de indenização proposta por GIOVANNA ANTONELLI em virtude do uso não autorizado de seu nome e da sua imagem em campanha publicitária veiculada por DERMO FORMULAÇÕES FARMÁCIA DE MANIPULAÇÃO LTDA. - ME.

Além dos danos patrimoniais calculados com base em outros trabalhos semelhantes já realizados pela autora, pretendeu-se a restituição de todos os benefícios econômicos que a ré obteve na venda dos produtos atrelados ao nome e à imagem da autora, a serem apurados em liquidação de sentença (e-STJ fls. 13-14).

À revelia da parte ré, o magistrado de primeiro grau de jurisdição julgou procedente o pedido formulado na inicial, estando assim redigida a parte dispositiva da sentença:

(...) JULGO PROCEDENTE o pedido para condenar a parte ré a proceder à ampla retratação pública, com uma publicação em jornal de grande circulação nos Estados do Rio de Janeiro e São Paulo, evidenciando e esclarecendo a não concordância da parte autora com a campanha publicitária em tela, fixando, por noventa dias, tal retratação na entrada principal e nas dependências de todos os seus estabelecimentos, bem como em seu website, sob pena de multa diária a ser fixada em fase de execução, por cada descumprimento. Condeno, ainda, a parte ré a indenizar a parte autora com o valor que se obteria pela utilização autorizada da sua imagem, montante a ser apurado em sede de liquidação de sentença, bem como a indenizá-la no valor de 30.000,00 (trinta mil reais) por danos morais, acrescido de juros a contar da citação e correção monetária do julgado”(e-STJ fls. 67-68 - grifou-se).

Diante da omissão apontada pela parte autora nos subsequentes embargos de declaração, o juiz de primeira instância acolheu em parte os aclaratórios para afastar a pretensão consistente na restituição de todos os benefícios econômicos que a parte ré teria obtido na venda de seus produtos.

Na sequência, contudo, o Tribunal local deu provimento à apelação da autora para

(...) condenar a ré a restituir à autora o montante correspondente ao lucro da intervenção, este fixado no percentual que ora se arbitra em 5% (cinco por cento) sobre o volume de vendas do produto DETOX (DOC 02 - índices 6



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

e 7), baseado no seu preço de comercialização (preço de saída da mercadoria da fábrica), 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; bem como majorar o quantum reparatório a título de danos morais para R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais)"(e-STJ fl. 139 - grifou-se).

No presente recurso, a autora defende que, em razão do princípio que veda o enriquecimento sem causa, deve ser objeto de restituição todo o acréscimo patrimonial obtido pela parte ré às custas da utilização indevida do seu nome e da sua imagem, sem nenhuma limitação.

2) Do direito de imagem

De acordo com a pacífica jurisprudência desta Corte Superior, consolidada com a edição da Súmula nº 403/STJ, o uso não autorizado de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais dá ensejo ao dever de reparação dos danos morais e materiais, independentemente da prova do prejuízo.

Já dizia o saudoso Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira:

(...) Em se tratando de direito à imagem, a obrigação da reparação decorre do próprio uso indevido do direito personalíssimo, não havendo de cogitar-se da prova da existência de prejuízo ou dano. O dano é a própria utilização indevida da imagem, não sendo necessária a demonstração do prejuízo material ou moral" (REsp nº 267.529/RJ, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julgado em 3/10/2000, DJ 18/12/2000).

Com efeito, além da previsão contida no art. 5º, X, da Constituição Federal, segundo a qual são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito de indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação, assim dispõe o art. 20 do Código Civil:

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

Assim, uma vez constatado o uso não autorizado do nome e da imagem da autora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em campanha publicitária veiculada pela parte ré, com fins eminentemente comerciais, é devida a reparação integral dos danos morais e patrimoniais daí decorrentes.

3) Do enriquecimento sem causa e do lucro da intervenção

Além do dever de reparação dos danos morais e materiais causados pela utilização não autorizada da imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais, emerge da doutrina a tese de que o titular do bem jurídico violado tem contra o violador o direito de exigir a restituição do lucro que este obteve às custas daquele.

O denominado lucro da intervenção, de acordo com o conceito trazido por Sérgio Savi, representa o "(...) *lucro obtido por aquele que, sem autorização, interfere nos direitos ou bens jurídicos de outra pessoa e que decorre justamente desta intervenção*" (*Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa*. São Paulo: Atlas, 2012, pág. 7).

O relativo ineditismo da pretensão traz consigo a dificuldade de enquadrá-la em algum dos institutos de Direito Civil, havendo quem defenda que a solução do problema se dá pela aplicação dos princípios gerais de responsabilidade civil, entre os quais o da reparação integral.

No entanto, conforme a clássica doutrina de Sergio Cavalieri Filho,

(...) a extensão do princípio da reparação integral foi magistralmente sintetizada pela doutrina francesa, como abrangendo tout le dommage, mais rien que le dommage - 'todo o dano, mas não mais que o dano', complementando com a afirmação de que 'a soma devida a título de danos deve corresponder rigorosamente à perda causada pelo fato danoso.' (*Programa de responsabilidade civil*, 11. ed., rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014, págs. 27-28 - grifou-se)

Em âmbito doutrinário, o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino também já manifestou o mesmo entendimento sobre a matéria:

(...)
A plena reparação do dano deve corresponder à totalidade dos prejuízos efetivamente sofridos pela vítima do evento danoso (função compensatória), não podendo, entretanto, ultrapassá-los para evitar que a responsabilidade civil seja causa para o enriquecimento injustificado do prejudicado (função indenitária), devendo-se estabelecer uma relação de efetiva equivalência entre a indenização e os prejuízos efetivos derivados dos danos com avaliação em concreto pelo juiz (função concretizadora do prejuízo real)." (*Princípio da reparação integral*. indenização no Código Civil, São Paulo:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Saraiva, 2010, pág. 58 - grifou-se)

Nessa medida, a inclusão do lucro da intervenção na indenização devida àquele que tem o seu direito violado aparenta conflitar com o princípio da reparação integral e com o disposto no art. 944 do Código Civil – segundo o qual a indenização se mede pela extensão do dano –, não se mostrando a responsabilidade civil o instituto mais apropriado para lhe dar guarida.

Isso porque, em determinadas hipóteses, a vantagem patrimonial obtida por meio da indevida intervenção em direitos ou bens jurídicos alheios, objeto do pedido de restituição, superará o próprio prejuízo sofrido pelo titular do direito.

A esse respeito, bem observa Maria Cândida do Amaral Kroetz:

(...)

A questão que se coloca neste momento é a de se saber qual instituto jurídico seria suficiente para dar fundamento à pretensão do titular do bem de exigir o lucro da intervenção. Ocorre que a responsabilidade civil, entendida como geradora da obrigação de reparar um dano, nem sempre revela-se suficiente para justificar a restituição de um lucro, ainda que ilicitamente obtido, quando este é superior ao dano provocado." (Enriquecimento sem causa no direito civil brasileiro contemporâneo e recomposição patrimonial. Tese (Doutorado) - Universidade Federal do Estado do Paraná, Faculdade de Direito, orientador Professor Luiz Edson Fachin, 2005, pág. 160 - grifou-se)

Tal obstáculo, contudo, é contornado pela doutrina que, afastando-se da aplicação das regras gerais de responsabilidade civil, fundamenta o dever de restituição do lucro da intervenção no enriquecimento sem causa, atualmente positivado no art. 884 do Código Civil:

"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." (grifou-se)

Em uma das obras pioneiras sobre o assunto no Brasil, Sérgio Savi bem delimita os contornos da responsabilidade civil para, em seguida, enquadrar o dever de restituição do lucro da intervenção no enriquecimento sem causa:

(...)

Quando o ofensor intervém na esfera jurídica alheia, normalmente usando, consumindo ou dispondo de bens ou direitos de outrem, as regras tradicionais da responsabilidade civil podem não ser suficientes enquanto sanção



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pela violação de um interesse merecedor de tutela.

O ato do interventor pode não causar danos ao titular dos bens ou direitos. Quando causar danos, os lucros obtidos pelo interventor podem ser superiores aos danos causados à vítima. Na primeira hipótese, não há que se falar em responsabilidade civil, pois para que se conceda a indenização é indispensável que a vítima tenha efetivamente experimentado um prejuízo. Na célebre frase de Henri Lalou: 'Pas de prejudice, pas de responsabilité civile'.

Já quando os lucros obtidos forem superiores aos danos causados, mesmo após indenizar a vítima, o ofensor estará em uma situação melhor do que estava antes da prática do ato não tutelado pelo ordenamento jurídico. Afinal, como a indenização é medida pela extensão do dano (CC, art. 944), nas hipóteses de lucros superiores aos danos causados, o saldo positivo entre lucros obtidos e prejuízo indenizado permanecerá em definitivo no patrimônio do interventor. Tal situação poderia servir de estímulo para a violação a institutos fundamentais para a vida em sociedade, como a propriedade, o contrato e os direitos da personalidade.

Diante da ineficácia das tradicionais regras da responsabilidade civil para lidar com o problema do lucro da intervenção, buscou-se no ordenamento jurídico brasileiro uma solução alternativa. Em razão de suas características e funções, concluiu-se que o lucro da intervenção deve ser dogmaticamente enquadrado no enriquecimento sem causa.

Em Portugal, Diogo Leite de Campos chegou à mesma conclusão para problema semelhante, conforme se verifica do seguinte trecho de seu artigo:

Através do mecanismo da responsabilidade civil, a lei não pretende atribuir outros efeitos ao enriquecimento, no sentido do art. 474, pois ela não pensou nele, mas tão só em reparar um dano. Nestes termos, a referência ao dano não impedirá a restituição do enriquecimento, se este lhe for superior. Trata-se de uma verdadeira lacuna a preencher pelo enriquecimento sem causa.

E isso porque, como visto, ao contrário da responsabilidade civil, o enriquecimento sem causa tem por função específica remover o enriquecimento. A reação do ordenamento jurídico é contra o aumento injustificado do patrimônio do enriquecido e não contra os possíveis prejuízos sofridos pelo titular do direito (o 'empobrecido').

(...)

Assim, quando o interventor lucrar com a ingerência não autorizada nos bens ou direitos alheios, o titular do direito terá uma pretensão de enriquecimento sem causa, fundada na cláusula geral do art. 884 do Código Civil, para obrigar o interventor a entregar-lhe a vantagem patrimonial assim obtida. A restituição daqueles benefícios pelo interventor deverá ocorrer sempre que, de acordo com a repartição dos bens efetuada pela ordem jurídica, os mesmos sejam considerados como pertencentes ao titular do direito."(ob. cit., págs. 92-95 - grifou-se)

Outra não foi a compreensão firmada na VIII Jornada de Direito Civil, na qual foi aprovado o seguinte enunciado:

Enunciado nº 620 – *"Art. 884: A obrigação de restituir o lucro da intervenção,*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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."

Desse modo, calcado no art. 884 do Código Civil e no princípio norteador da vedação ao enriquecimento sem causa, o dever de restituição do lucro da intervenção, ou seja, daquilo que é auferido mediante indevida interferência nos direitos ou bens jurídicos de outra pessoa, surge não só como forma de preservar a livre disposição de direitos, nos quais estão inseridos os direitos da personalidade, mas também de inibir a prática de atos contrários ao ordenamento jurídico naquelas hipóteses em que a reparação dos danos causados, ainda que integral, não se mostra adequada a tal propósito.

Além de preservar a livre disposição de direitos, porque ninguém pode ser obrigado a contratar contra a sua vontade, 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.

4) Da subsidiariedade do enriquecimento sem causa

A ação de restituição por enriquecimento sem causa tem caráter subsidiário, não sendo cabível "*se a lei conferir ao lesado outros meios para se ressarcir do prejuízo sofrido*", nos exatos termos do art. 886 do Código Civil.

Em comentário ao referido preceito legal, Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, eminente jurista português, defende que a subsidiariedade consagrada no referido preceito legal não tem alcance absoluto, podendo a ação de enriquecimento sem causa concorrer com outras ações, como a de responsabilidade civil:

(...)

A referida norma pretende estabelecer que a ação de enriquecimento seja o último recurso a utilizar pelo empobrecido. Estar-lhe-á, por isso, vedada a sua utilização no caso de possuir outro fundamento para uma ação de restituição (como em caso de anulação do contrato por erro ou dolo – arts. 138 e ss.), no caso de a lei pretender que a aquisição à custa de outrem seja definitiva (como nas hipóteses de usucapião – arts. 1.238 e ss. – e prescrição – arts. 189 e ss.) ou quando a lei atribui outros efeitos ao enriquecimento sem causa (como na modificação do contrato, em caso de lesão – arts. 157 e ss. ou por onerosidade excessiva – arts. 478 e ss.). Essa exclusão ocorrerá mesmo que a ação concorrente não possa já ser exercida por ter



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

decorrido o prazo respectivo, sob pena de perder sentido o estabelecimento desse prazo.

Uma análise mais cuidada do regime do enriquecimento sem causa permite, porém, concluir que a denominada 'regra da subsidiariedade' não tem um alcance absoluto. A ação de enriquecimento não parece pressupor que o empobrecido tenha perdido a propriedade sobre as coisas obtidas pelo enriquecido, pelo que ela pode concorrer com a reivindicação. Também é manifesto que a ação de enriquecimento poderá concorrer com a responsabilidade civil, sempre que esta não atribua uma proteção idêntica à da ação de enriquecimento. Não parece assim que a regra do art. 886 consagre uma subsidiariedade geral da ação de enriquecimento, mas antes uma incompatibilidade de pressupostos entre as situações referidas e essa ação. Efetivamente, se a lei determina a subsistência do enriquecimento é porque lhe reconhece justa causa e, se atribui algum direito ao empobrecido em consequência da situação ocorrida, fica excluída a obtenção de enriquecimento à custa de outrem. Não parece existir, por isso, uma verdadeira subsidiariedade do enriquecimento sem causa, funcionando muitas vezes a invocação de tal regra como um 'cripto argumento', destinado a evitar uma utilização desproporcionada da cláusula geral do art. 884." (O enriquecimento sem causa no novo código civil brasileiro. In: Revista CEJ, v. 8, n. 25, págs. 24-33, abr./jun. 2004 - grifou-se).

Sobre o ponto, vale conferir os fundamentos adotados no julgamento do REsp nº 1.497.769/RN, de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão:

(...)

A subsidiariedade, hoje adotada pelo ordenamento nacional como pressuposto da ação de enriquecimento tem origem no direito francês. Estudiosos do tema esclarecem que, por muito tempo, a subsidiariedade não era condição para o exercício da ação de in rem verso, sendo fruto do pensamento dos juristas Charles Aubry e Rau Charles, segundo os quais, aquela ação não poderia ser exercida quando o demandante desfrutasse de uma outra ação contratual, quase contratual, delitual ou quase delitual. 'Essa ideia teve êxito. Pressentida em alguns julgados, foi admitida pela Corte de Cassação em 1915, sendo precisada em decisões posteriores. Designou-se, então, essa quarta condição sob o nome de caráter subsidiário' (ETTORE, Giovanni. Op. cit. p. 295).

A doutrina brasileira, por sua vez, faz elogios à subsidiariedade da ação de enriquecimento, salientando-a como forma de evitar que todas as outras ações sejam absorvidas pela ação de in rem verso e que o instituto se transforme em remédio para todos os males, em panaceia, nas palavras de Orlando Gomes (Obrigações. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 252).

Os estudiosos da subsidiariedade da ação de enriquecimento, dentre eles o professor Diogo José Paredes Leite, alertam para o fato de que ela não deve ser analisada de maneira abstrata, mas, ao revés, verificada em concreto, conforme as particularidades da questão submetida a julgamento, momento em que será apurado se existem outros meios aptos à recomposição da perda reclamada (A subsidiariedade da obrigação de restituir o enriquecimento. Coleção teses. Coimbra: Almedina, 2003).

Nessa linha de ideias, Giovanni Ettore orienta que, além da verificação da possibilidade de a ação de enriquecimento poder ser exercida em concorrência com outra, 'o que deve predominar é o impedimento de obter-se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a violação ou fraude da lei. Isto é, a pretensão que decorre do locupletamento injustificado não deve servir de instrumento para atingir, por via oblíqua aquilo que a lei proíbe'. (Op. Cit. p. 298).

O mesmo autor confere alguns exemplos:

Se a lei estabelece que o gerente ou usufrutuário não tem direito a indenização pelas despesas ou pelos melhoramentos efetuados na constância da relação, não é possível esquivar-se de tal disciplina por meio da ação de enriquecimento. Se existem disposições que não permitem remeter a discussão a juízo, não é lícito tentar driblá-las pelo exercício da ação em tela.

O civilista italiano e estudioso do direito comparado, Paolo Gallo, em uma de suas inúmeras obras sobre o tema, conclui no exato sentido proposto acima, de que toda ação de enriquecimento deve ser excluída, quando sua função seja enganar ou de algum modo evitar o emprego de normas imperativas. Esclarece Gallo que chega à essa conclusão com base na combinação de artigos do Código Civil italiano que instituem a subsidiariedade (art. 2042), mas, antes, afirmam a ilicitude da causa quando o contrato constitui um meio para evitar a aplicação de uma norma imperativa (art. 1344).

É que o problema não é evitar a cumulação, em si, de ações concorrentes. A questão maior, a função real da subsidiariedade, deve ser a proteção do sistema jurídico, para que mediante a ação de enriquecimento, a lei não seja contornada ou fraudada. É a partir dessa perspectiva que deve ser interpretada a subsidiariedade da ação e essa, exatamente, a posição do Código Civil de 2002, segundo o entendimento de Giovanni Ettore. "(DJe 716/2016 - grifos do original).

No mencionado precedente, o autor da demanda pretendia ressarcir-se do "empobrecimento" causado pela compra de um imóvel com área menor que a mencionada no contrato, pretensão que encontra meio próprio de defesa, qual seja, a ação *ex empto* prevista no art. 500 do Código Civil, a justificar a extinção do processo com fundamento na subsidiariedade do procedimento de restituição por enriquecimento sem causa.

Do mesmo modo, de acordo com o exemplo trazido por Carlos Nelson Konder,

(...) não poderia um possuidor pretender o ressarcimento de benfeitorias voluptuárias alegando a vedação geral ao enriquecimento sem causa, já que sua aplicação é subsidiária às regras específicas relativas às benfeitorias, que tornam relevante a distinção entre benfeitorias necessárias, úteis e voluptuárias." (Dificuldades de uma abordagem unitária do lucro da intervenção, in Revista de Direito Civil Contemporâneo: RDCC, São Paulo, v. 4, n. 13, págs. 231-248, out./dez. 2017 - grifou-se)

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

Ainda sobre o tema, recorre-se mais uma vez à obra de Sérgio Savi para bem contextualizar a subsidiariedade da ação de restituição por enriquecimento sem causa nas hipóteses em que há indevida intervenção no direito alheio:

(...)

É evidente a importância da discussão acerca da correta aplicação da regra da subsidiariedade para os casos de lucro da intervenção. Isso porque, nos casos em que o enriquecimento decorre de uma intervenção sobre bens alheios, é bem provável que o mesmo ato que dá origem àquele enriquecimento, preencha simultaneamente os requisitos para o exercício da pretensão indenizatória, fundada na responsabilidade civil.

Quando o ato do ofensor, além de lhe gerar lucros, causa danos ao titular do direito, este terá sempre a ação de responsabilidade civil a mover contra o ofensor e, conforme leitura ultrapassada da regra da subsidiariedade, não poderia se valer da ação de enriquecimento sem causa. Essa forma simplista de aplicar tal regra inviabiliza a utilização do enriquecimento sem causa como solução para o problema do lucro da intervenção narrado neste trabalho.

Isto porque, se os danos causados à vítima forem inferiores ao lucro da intervenção e entender-se que o titular do direito somente poderá manejar a ação de responsabilidade civil, o lucro que exceder aos danos ficará definitivamente com o ofensor.

Contudo, conforme alerta Menezes Leitão, 'a linearidade deste raciocínio é, no entanto, claramente posta em causa pela diferenciação de pressupostos e pela diferença de funções dos dois institutos'. Afinal, como visto, a responsabilidade civil tem por função específica remover danos, pouco importando se o ofensor ficou em situação melhor ou pior do que estava antes do ato praticado. Já o enriquecimento sem causa visa reprimir o enriquecimento, não sendo sua função lidar com os danos sofridos pelo titular do direito.

Na realidade, diante da ausência de justificativa plausível para a sua existência, há diversos autores, no Brasil e no exterior, que defendem a exclusão da regra da subsidiariedade como um requisito para o exercício da ação de enriquecimento sem causa.

Nas hipóteses em que o ato do ofensor gerar lucros superiores aos danos causados, o simples fato do titular do direito poder exercer a pretensão indenizatória, fundada na responsabilidade civil, não permite concluir que a lei queira eliminar o recurso ao instituto do enriquecimento sem causa. Afinal, os pressupostos econômicos da responsabilidade civil e do enriquecimento sem causa são muito diversos. As diferentes funções dos dois institutos fazem com que não seja possível admitir uma integral subsidiariedade da pretensão de restituição do enriquecimento em relação à pretensão de reparação do dano.

A ação de enriquecimento sem causa somente será subsidiária em relação a outras pretensões se por intermédio destas outras pretensões o titular do direito conseguir obter o mesmo ou um resultado mais favorável do que aquele que faria jus se exercesse a pretensão de enriquecimento sem causa. Não sendo essa a situação, 'a pretensão de enriquecimento não fica afastada pela



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

verificação cumulativa de uma hipótese de responsabilidade civil.

(...)

Nos casos de lucro da intervenção, em que os lucros obtidos pelo interventor são superiores aos danos causados, a ação de responsabilidade civil não poderá ser considerada um 'outro meio' capaz de obstar o exercício da ação de enriquecimento sem causa. Afinal, por intermédio da ação de responsabilidade civil, o titular do direito apenas conseguirá obter compensação pelos danos sofridos, jamais a restituição dos lucros obtidos pelo interventor de forma integral.

O fato de o ordenamento jurídico conceder várias ações a partir de uma mesma premissa atende ao desejo de que todos os interesses afetados sejam adequadamente protegidos. A necessidade prática de simplificar não justifica a fusão ou a confusão entre os remédios legais oferecidos.

Sempre que se estiver diante de uma situação de fato não regulada por qualquer norma específica e que integre os pressupostos do enriquecimento sem causa, a pretensão por enriquecimento poderá ser livremente exercitada.

Portanto, naquelas hipóteses em que o ato do ofensor causa danos, mas os lucros decorrentes da intervenção são superiores aos danos causados ao titular do direito, resta claro que as pretensões de responsabilidade civil e de enriquecimento sem causa poderão ser cumuladas.

(...)

Para concluir, pode-se afirmar que, nos casos de enriquecimento por intervenção, o titular do direito poderá cumular a pretensão de enriquecimento sem causa com a pretensão de responsabilidade civil. O que ele não poderá fazer é pedir duas vezes a mesma quantia, uma vez a título de dano sofrido e outra de enriquecimento obtido pelo autor da lesão. Na prática, o titular do direito deverá buscar a maior quantia entre o dano por ele sofrido e o enriquecimento obtido pelo réu." (ob. cit., págs. 117-121 - grifou-se)

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.

5) Outros aspectos relevantes da matéria

Quanto aos demais pressupostos para aplicação do instituto do enriquecimento



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sem causa, importa consignar que na I Jornada de Direito Civil, realizada pelo Conselho da Justiça Federal, foi aprovado o Enunciado nº 35 com o seguinte texto: "*A expressão 'se enriquecer à custa de outrem' do art. 886 do novo Código Civil não significa, necessariamente, que deverá haver empobrecimento'* (grifou-se).

Essa, a propósito, é a opinião de Giovanni Ettore Nanni:

(...) não se exige o empobrecimento como requisito indispensável para a caracterização do enriquecimento sem causa e, conseqüentemente, para o exercício da ação de enriquecimento.

Em variadas vicissitudes, inclusive de vantagem obtida não patrimonial, o empobrecimento pode não ser configurado de forma concreta no patrimônio do empobrecido, mas, de qualquer forma, fica tipificado o enriquecimento sem causa.

Nessas circunstâncias, negar a utilização da ação de enriquecimento pela ausência do requisito do empobrecimento significaria obnubilar a segurança jurídica que representa o acolhimento do enriquecimento sem causa na nova ordem civil." (*Enriquecimento sem causa*, 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2012, pág. 276 - grifou-se)

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.

Por outro lado, ao mesmo tempo em que se reconhece o direito da autora com fundamento no enriquecimento sem causa, alerta-se para o fato de que pretensões dessa natureza devem estar embasadas em robusta prova de que a intervenção indevida no direito alheio gerou lucros ao interventor, não se admitindo que esteja amparado em meras conjecturas.

Por fim, antes de passar ao problema da quantificação do lucro da intervenção, vale conferir outras importantes considerações de Menezes Leitão em endosso a tudo o que aqui já foi dito a respeito da matéria:

(...)

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

interventor, o que ocorrerá sempre que, de acordo com a repartição dos bens efetuada pela ordem jurídica, essa vantagem se considere como pertencente ao titular do direito.

*As hipóteses mais comuns de enriquecimento por intervenção reconduzem-se às intervenções em direitos absolutos, como os direitos reais, os direitos autorais e da propriedade industrial, e os direitos de personalidade. No caso dos direitos reais, o *uti, frui, abuti* sobre a coisa cabe exclusivamente ao proprietário (art. 1.228), pelo que o gozo ou disposição por outrem não-autorizados legitimam sempre o titular a exigir a restituição por enriquecimento, embora não tenha sofrido qualquer prejuízo efetivo. No caso dos direitos autorais e da propriedade industrial, há igualmente uma atribuição exclusiva de um bem imaterial ao titular do direito correspondente, pelo que a ingerência não-autorizada pelo titular (publicação de uma obra alheia; utilização de patentes, modelos de utilidade ou marcas alheias) deverá permitir-lhe o recurso à ação de enriquecimento. Finalmente, quanto aos direitos de personalidade, o fato de, na atual sociedade econômica, ter-se vindo a verificar cada vez mais um aproveitamento comercial dos bens de personalidade implica o reconhecimento ao seu titular de um direito à restituição do enriquecimento obtido pela ingerência nesses bens sem autorização do respectivo titular (utilização do nome, imagem, ou divulgação de fatos relativos à vida privada doutrem com intuítos comerciais). Tal solução pode ser confirmada pelo fato de o art. 12 do Código Civil brasileiro admitir que a violação dos direitos de personalidade não apenas desencadeie perdas e danos, mas também outras sanções legais, entre as quais naturalmente se incluirá a restituição por enriquecimento sem causa.”(ob. cit. - grifou-se)*

6) Da quantificação do lucro da intervenção

Tarefa 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 em cada caso submetido à apreciação judicial.

Antes, porém, cumpre registrar a distinção feita pela doutrina entre lucro real, ou objetivo, e lucro patrimonial, ou subjetivo, conforme preconiza Sérgio Savi com apoio nos ensinamentos de Francisco Manuel Pereira Coelho:

(...)

O 'enriquecimento real' está vinculado ao objeto do enriquecimento e equivale ao valor objetivo da vantagem adquirida – o valor do uso do bem, do próprio bem, ou direito incorporado ao patrimônio do enriquecido. O 'enriquecimento patrimonial', por sua vez, vincula-se à pessoa enriquecida e é calculado por intermédio da comparação da situação de seu patrimônio em dois momentos distintos, antes e depois do ato que gerou o enriquecimento.

Assim, para o cálculo do enriquecimento patrimonial, compara-se a verdadeira situação do patrimônio do enriquecido com aquela hipotética que se verificaria caso o enriquecimento não tivesse ocorrido.

(...)

A doutrina majoritária entende que o parâmetro a ser utilizado



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

para quantificação da obrigação de restituir é o enriquecimento patrimonial. A tese ora defendida também adota esta posição, principalmente por entender, como Diogo Leite Campos, que só a concepção patrimonial do enriquecimento permitirá que o enriquecimento sem causa realize a sua função específica de 'remover o enriquecimento do patrimônio do beneficiado'.

A concepção real do enriquecimento, se adotada para todo e qualquer caso, acabaria inviabilizando a utilização do instituto do enriquecimento sem causa como ferramenta para solucionar o problema do lucro da intervenção." (ob. cit., págs. 58-59 - grifou-se)

No caso em apreço, o chamado lucro real equivaleria ao valor normalmente cobrado pela autora para autorizar, por meio de um contrato regularmente celebrado, a utilização de sua imagem em uma campanha publicitária de iguais proporções – valor de mercado da exploração comercial da imagem.

Não é esse, contudo, o lucro que o instituto em estudo visa conferir justa destinação. Da reparação desse específico prejuízo já se encarrega o instituto da responsabilidade civil, limitando-se aos danos efetivamente sofridos. No que sobejar, incidem as regras do enriquecimento sem causa com vistas à restituição do lucro patrimonial ao seu verdadeiro titular.

De fato, 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 feliz expressão utilizada pelo Ministro Vitor Nunes Leal em precedente da Corte Suprema, "*a consequência do ato vedado não pode ser a mesma do ato permitido*" (RE nº 56.904/SP, DJ 5/10/1966).

Em sua obra, Sérgio Savi reproduz trecho de interessante artigo publicado pelo *American Law Institute*, que bem explora a questão:

(...) se um interventor, que age deliberadamente sem autorização sobre bens alheios, puder ficar com os lucros decorrentes daquela intervenção, e tiver que pagar apenas o valor objetivo daquele bem ou direito, estar-se-ia legitimando a expropriação de bens ao preço de mercado ou, em outras palavras, forçando a celebração de um contrato. A resposta do direito restitutivo a este problema é a obrigação do interventor de restituir os lucros obtidos, sempre que tais lucros forem superiores aos danos causados ao titular do direito." (ob. cit., págs. 58-59 - grifou-se)

Essa mesma lógica jurídica já foi adotada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a exemplo do seguinte julgado:

"DIREITOS AUTORAIS. UTILIZAÇÃO, NÃO AUTORIZADA, DE TRABALHO CIENTÍFICO, NA DIVULGAÇÃO DE PRODUTO. INDENIZAÇÃO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ARBITRAMENTO.

O ressarcimento devido ao autor haverá de superar o que seria normalmente cobrado pela publicação consentida. A ser de modo diverso, sua aquiescência seria, na prática, dispensável. Cumpre, ao contrário, desestimular o comportamento reprovável de quem se apropria indevidamente da obra alheia." (REsp 150.467/RJ, Rel. Ministro EDUARDO RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 11/11/1997, DJ 24/8/1998).

Resta saber como se deve apurar o denominado lucro patrimonial.

O art. 884 do Código Civil é categórico ao determinar a restituição do que for indevidamente auferido, a revelar a intenção do legislador de que seja, então, devolvido o que aqui se denominou "lucro patrimonial".

Mas a norma em comento vai além, dispondo que somente será objeto de restituição aquilo que for indevidamente auferido à custa de outrem, não se podendo desconsiderar, desse modo, eventual mérito do próprio interventor, na linha do que defende outro renomado jurista lusitano:

(...) Jakobs entende que o objecto da obrigação de restituir compreende todo o lucro da intervenção, dado que este lucro foi obtido através de uma acção que estava destinada (com os respectivos resultados económicos) a outrem. Deste modo, há que apagar a diferença entre a situação real e a situação hipotética, a situação em que o património do intrometido estaria se a acção (ilícita) não tivesse sido praticada.

Nesta sequência, a existência e o quantum da obrigação de restituir são independentes da existência e da medida do dano do titular do direito.

Nada temos a opor à concepção dinâmica que Jakobs deixa aperceber dos bens, como criadores de utilidades através da acção do homem. O que nos recusamos a aceitar é que todo o lucro da intromissão tenha de ser restituído, na medida em que nem todo é imputável ao bem (ou à acção exercida sobre ele, usando-o, consumindo-o, ou alienando-o), e, portanto, nem todo é obtido à custa do património de onde esse bem saiu.

Jakobs esquece que na riqueza criada com a intervenção há que distinguir aquela parte que é realizada à custa dos bens pertencentes ao empobrecido, e a que é resultante da inserção, no processo produtivo, dos bens ou das qualidades pessoais do enriquecido." (CAMPOS, Diogo José Paredes Leite de. *A subsidiariedade da obrigação de restituir o enriquecimento*, Coimbra: Almedina, 2003, págs. 465-466).

Em alguns sistemas jurídicos, a exemplo do norte-americano, também se leva em conta o grau de culpabilidade do interventor, se este agiu de boa ou má-fé e as características do bem ou direito objeto de intervenção para fins de quantificação do numerário a ser restituído. Ainda que o ordenamento jurídico nacional não seja expresso a esse respeito, impõe-se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

observar, sempre, em todas as decisões judiciais, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, previstos de modo implícito no Texto Constitucional.

A maioria daqueles que se lançam ao estudo do tema sustentam a impossibilidade da criação de uma regra geral aplicável a toda e qualquer hipótese de enriquecimento sem causa para fins de aferição do numerário a ser restituído.

Na contramão desse entendimento, 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 para a determinação do objeto da restituição será a utilização do enriquecimento patrimonial como premissa inicial do cálculo do montante a restituir. Após aferir o montante do enriquecimento patrimonial do interventor, o juiz deverá verificar o grau de contribuição de cada um dos partícipes da relação, titular do direito e interventor, no resultado final e partilhar proporcionalmente o lucro obtido com a intervenção. Só assim estar-se-á transferindo ao titular do direito o lucro que foi obtido à sua custa.

É importante destacar que o montante a ser restituído ao titular do direito jamais poderá ser inferior ao enriquecimento real do interventor, ou seja, ao preço de mercado do bem ou do uso do bem objeto da intervenção. Isso porque, em qualquer hipótese, tal montante será sempre a contribuição mínima do titular do direito para o lucro obtido pelo interventor. Fala-se em contribuição mínima, pois a inserção do bem no processo pode ter gerado uma sinergia valorável.

A única exceção à regra geral acima mencionada será quando restar comprovado nos autos que o interventor agiu de boa-fé, ou seja, quando for possível aferir que ele agiu com fundada crença de que estava atuando sobre seus próprios bens. Nesses casos, o objeto da restituição deverá limitar-se ao enriquecimento real do interventor.

A solução ora proposta encontra fundamento na aplicação analógica de orientações extraídas dos artigos 1.214 e 1.272, do Código Civil Brasileiro, que tratam do destino dos frutos no caso de posse de boa-fé e da partilha do valor da coisa obtida com bens de diferentes pessoas. O artigo 1.214 dispõe que 'O possuidor de boa-fé tem direito, enquanto ela perdurar, aos frutos percebidos', ao passo que o artigo 1.272 estabelece que:

as coisas pertencentes a diversos donos, confundidas, misturadas ou adjuntadas sem o consentimento deles, continuam a pertencer-lhes, sendo possível separá-las sem deterioração. Não sendo possível a separação das coisas, ou exigindo dispêndio excessivo, subsiste indiviso o todo, cabendo a cada um dos donos quinhão proporcional ao valor da coisa com que entrou para a mistura ou agregado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Diante das dificuldades inerentes à quantificação do objeto da restituição, uma solução que tenha por fundamento a aplicação analógica e combinada de outros dispositivos da legislação nacional apresenta-se como a melhor alternativa para resolver o problema. Afinal, ao assim proceder, o aplicador do direito estará recorrendo a premissas e princípios já escolhidos e positivados pelo legislador brasileiro.

Vale destacar que não se está, aqui, defendendo a aplicação pura e simples dos regimes da partilha dos frutos no caso do possuidor de boa-fé e da acessão de móvel a móvel aos casos de lucro da intervenção. Tais regimes apresentam peculiaridades que nem sempre representariam a melhor solução. O que se defende é extrair a idéia contida naqueles dois dispositivos específicos, de forma conjunta, como forma de solução para o problema da quantificação do objeto da restituição em casos de lucro da intervenção.”(ob. cit., págs. 140-141 - grifou-se)

A depender do caso concreto, será de maior ou menor complexidade a tarefa de quantificar o lucro da intervenção.

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.

Na hipótese dos autos, inexistente controvérsia quanto à obtenção de lucro por parte da empresa demandada ao associar o nome e a imagem da autora ao seu produto sem o consentimento daquela, sendo absolutamente improvável que assim tenha agido de boa-fé.

Não obstante o reconhecimento do dever de restituição do lucro obtido pela ré com a venda de seu produto, o Tribunal de origem limitou-o a 5% (cinco por cento) do volume de vendas do produto no período compreendido entre o início e o fim da propaganda indevida, sob a seguinte fundamentação:

(...)

No caso dos autos, verifica-se que, como bem argumenta a recorrente, há de se restituir à autora – que teve o seu direito à imagem lesionado pela ré – todos os benefícios de ordem patrimonial que foram auferidos indevidamente pela recorrida considerando que, sem a associação do produto à figura da atriz em tela, seus lucros decerto não atingiriam o mesmo patamar que alcançaram.

Houve, pois, um enriquecimento sem causa, por parte da empresa ré, considerando que este se deu à custa de outrem (autora) e, portanto, deve restituir a parte ofendida. O questionamento que se segue no caso dos autos é: como fixar o quantum indenizatório à míngua de elementos concretos que possam demonstrar o real incremento nos lucros decorrentes da venda do produto



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DETOX (DOC 02 - índices 6 e 7) e que se possa considerar, para a apuração do montante indenizatório, a contribuição da imagem da apelante para a obtenção do enriquecimento em tela.

Primeiro, o cálculo deste valor deve levar em consideração o período correspondente ao início da lesão (associação do referido produto à imagem da demandante) e a cessação da circulação da propaganda indevida. Segundo: do que consta dos autos, não é possível precisar a efetiva data do lançamento do produto e nem identificar a variação efetiva do volume de vendas após o uso indevido da imagem da atriz e, por isso há de se estabelecer uma metodologia de cálculo que, ao mesmo tempo reflita a restituição justa diante do prejuízo suportado pela apelante e seja exequível, permitindo que em sede de liquidação de sentença se possa chegar a uma importância real.

Dessa forma, forçoso fixar o montante indenizatório pelo enriquecimento sem causa (lucro da intervenção) em percentual que ora se arbitra em 5% (cinco por cento) sobre o volume de vendas do produto DETOX (DOC 02 - índices 6 e 7), baseado no seu preço de comercialização (preço de saída da mercadoria da fábrica), no período compreendido entre o início da lesão (associação do referido produto à imagem da demandante) e a cessação da circulação da propaganda indevida.

Vale ressaltar que o montante de 5% arbitrado sobre o preço do produto na saída da mercadoria da fábrica leva em consideração os custos para a sua produção, como insumos, instalações, equipamentos, pessoal, distribuição etc., segundo apontam as regras de experiência comum. Não se pode, por outro lado, admitir que, à falta de elemento probatório acerca do lucro de comercialização da mercadoria, em razão da própria revelia, seja obstáculo à fixação da restituição devida" (e-STJ fls. 144-145 - grifou-se).

Andou bem o acórdão recorrido ao levar em consideração todos os custos de produção, como insumos, instalações, equipamentos, pessoal, distribuição etc., visto que tais elementos resultam, conforme já salientado, da inserção, no processo produtivo, de bens e qualidades pessoais do próprio interventor.

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.

Existem meios eficazes de se chegar a um valor mais justo e adequado aos propósitos do instituto do enriquecimento sem causa, de preservar a livre disposição de direitos e de inibir a prática de atos contrários ao ordenamento jurídico. 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Diante da situação em apreço, a regra geral sugerida por Sérgio Savi serve de norte para que, na fase de liquidação de sentença, um profissional dotado de melhores condições técnicas chegue a um resultado mais próximo do verdadeiro acréscimo patrimonial auferido pela ré às custas da utilização não autorizada do direito de imagem da autora.

Sem aqui pretender restringir o trabalho desse profissional, mais sensato seria que o perito, no caso em análise, tivesse a sua atenção voltada ao incremento das vendas do produto para, com base nele, aferir em que proporção a exploração desautorizada da imagem da autora influiu no lucro obtido pelo interventor.

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

Encerrada essa fase, incumbirá ao Juízo da Liquidação verificar se a metodologia utilizada e o resultado encontrado se adequam ou não aos limites objetivos do título judicial exequendo.

7) Dispositivo

Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial para determinar a apuração do lucro da intervenção na fase de liquidação de sentença, observados os critérios definidos na fundamentação, mantidos os demais termos do acórdão recorrido.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO TERCEIRA TURMA

Número Registro: 2017/0155688-5 **PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.698.701 / RJ**

Números Origem: 00089271720148190209 201724501149 89271720148190209

PAUTA: 02/10/2018

JULGADO: 02/10/2018

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MOURA RIBEIRO

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. LINDÔRA MARIA ARAÚJO

Secretária

Bela. MARIA AUXILIADORA RAMALHO DA ROCHA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : GIOVANNA ANTONELLI
ADVOGADOS : MARCUS EDUARDO MAGALHÃES FONTES - RJ096659
 MAX FREDERICO MAGALHAES FONTES - RJ096740
RECORRIDO : DERMO FORMULACOES FARMACIA DE MANIPULACAO LTDA - ME
ADVOGADO : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS - SE000000M

ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Responsabilidade Civil - Indenização por Dano Material - Direito de Imagem

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr(a). MAX FREDERICO MAGALHAES FONTES, pela parte RECORRENTE: GIOVANNA ANTONELLI

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Terceira Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro (Presidente), Nancy Andrighi e Paulo de Tarso Sanseverino votaram com o Sr. Ministro Relator.