

Lucro obtido pela violação a direitos de personalidade

Profit obtained from the violation of personality rights

João Marcelo Torres Chinelato

Doutor em Ciências Jurídico-Civis pela Universidade de Lisboa (Portugal). Procurador Federal.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7497575315670053>

Orcid: <https://orcid.org/0009-0002-1325-300X>

RESUMO: Este artigo pretende demonstrar que o sistema jurídico brasileiro impõe ao infrator um dever de restituição do lucro obtido mediante ofensa aos direitos de personalidade. Nesse sentido, objetiva evidenciar que esse dever de restituição pode ser imposto com fundamento no instituto do enriquecimento sem causa, bem como que existem critérios para a quantificação do valor a ser restituído e que tal pretensão restitutória pode ser cumulada com a pretensão reparatória. Para tanto, considerando que a destinação jurídica da vantagem econômica alcançada mediante a violação de direitos é um problema que tem desafiado a doutrina de diversos sistemas, discorrer-se-á sobre como os debates travados no direito norte-americano acerca do “disgorgement of profits” têm contribuído para a evolução dessa questão, assim como os estudos notáveis desenvolvidos em Portugal e, mais recentemente, no Brasil. Será destacado que um dos pontos fundamentais acerca dessa obrigação de restituir o lucro injusto consiste em definir qual seria o seu fundamento jurídico em cada legislação; ressaltando-se que, no Brasil, tem-se adotado o entendimento de que o instituto do enriquecimento sem causa cumpriria esse papel. A partir dessa definição, será possível avançar no tema do lucro injusto, estabelecendo critérios para a quantificação da vantagem econômica a ser devolvida pelo infrator, na medida em que o enriquecimento sem causa não tem natureza punitiva ou reparatória, circunstância que permite estipular limites para a determinação do objeto da restituição, servindo como exemplos desses critérios o da remuneração habitual e o da causalidade. Também será abordada a questão da relação do tema com a pretensão reparatória, que surge em favor daquele que sofre um dano. Assim, este artigo tem por objetivo demonstrar, especialmente com fundamento na teoria do conteúdo da destinação dos direitos absolutos, que a situação do lucro obtido à custa dos direitos de personalidade não apenas causa uma lesão à pessoa como também configura uma ilícita apropriação de utilidades reservadas a essa pessoa, viabilizando a cumulação das pretensões indenizatória e restitutória. Portanto, a partir do método crítico-propositivo, propõe-se uma abordagem que considere a abertura dos pleitos das vítimas de atos ilícitos, haja vista a necessidade de dar resposta a condutas antijurídicas que muitas vezes conseguem agir à margem do Direito.

PALAVRAS-CHAVE: lucro injusto; direitos de personalidade; dever de restituição; enriquecimento sem causa; quantificação.

ABSTRACT: This article aims to demonstrate that the Brazilian legal system imposes on the offender a duty to repay the profit obtained through an offense against personality rights. In this sense, it aims to demonstrate that this duty of restitution can be imposed based on the institute of unjust enrichment, as well as that there are criteria for quantifying the amount to be repaid and that such restitution claim can be combined with the reparatory claim. The legal destination of the economic advantage obtained through rights violation is a issue that has challenged the doctrine of various systems. The debates in US law on the "disgorgement of profits" have contributed to the evolution of this issue, as also have notable studies in Portugal and, more recently, in Brazil. One of the fundamental points about this obligation to return unjust profits is to define its legal basis in each law. In Brazil, the understanding has been that the institute of unjust enrichment would fulfill this role. This definition allows progress to be made on the subject of unjust profit, establishing criteria for quantifying the economic advantage to be returned by the offender, insofar as unjust enrichment does not have a punitive or reparatory nature, a circumstance that allows limits to be set for determining the object of restitution, with examples of these criteria being habitual remuneration and causality. Another fundamental issue for the development of the subject is to clarify its relationship with the reparation claim that arises in favor of one who suffers damage. This article argues, especially on the basis of the theory of the content of the destination of absolute rights, that the situation of profit obtained at the expense of personality rights not only causes an injury to the person but also constitutes an illicit appropriation of utilities reserved for that person, thus making it possible to cumulate the claims for compensation and restitution.

KEYWORDS: Unjust profit; personality rights; duty of restitution; unjust enrichment; quantification.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Lucro injusto: um debate mundial. 3 O instituto do enriquecimento sem causa como fundamento. 4 Obrigação de restituir a vantagem auferida por lesão a direitos personalidade. 5 Delimitação do valor a ser restituído. 6 Cumulação entre as pretensões reparatória e restitutória: o problema da subsidiariedade do enriquecimento sem causa. 7 Conclusão. Referências.

1 Introdução

O objetivo deste texto é abordar, nos quadrantes do sistema jurídico brasileiro, o tema do dever de restituir o lucro ilicitamente obtido, inclusive quando essa ilicitude decorre da ofensa a direitos extrapatrimoniais, como os direitos de personalidade. Para além desse objetivo geral, tem-se como objetivo específico a demonstração de que esse sistema dá fundamentos para tal obrigação. Essa demonstração é fundamental, pois essa matéria aportou na academia brasileira mais recentemente, vinda de outras latitudes. A análise do sistema jurídico brasileiro também é fundamental no trato dessa matéria para que se responda se há critérios para quantificar o valor a ser restituído pelo infrator, bem como se aquela pretensão restitutória só deve ser ajuizada isoladamente ou se pode ser cumulada como a já conhecida pretensão reparatória, que exsurge da violação do direito.

A partir do método crítico-propositivo, propõe-se uma abordagem que considere a abertura dos pleitos das vítimas de atos ilícitos, haja vista a necessidade de dar resposta a condutas antijurídicas que muitas vezes conseguem agir à margem do Direito.

Decerto, o proveito econômico obtido por meio de uma conduta ilícita – que se pode designar como “lucro injusto” – e a obrigação de que essa vantagem seja devolvida pelo infrator é uma questão discutida nas mais diversas tradições jurídicas. A transversalidade desse debate talvez possa ser explicada por um compartilhado sentimento de justiça, segundo o qual o lucro ilicitamente obtido não pode permanecer nas mãos de quem viola o Direito. E por uma preocupação de ordem prática: um sistema no qual seja possível que, após a condenação, remanesça para o infrator qualquer vantagem tenderá a falhar em sua tarefa de dissuadir a ilicitude ou, o que é muito pior, poderá até mesmo estimulá-la.

O tema tem sido estudado no Brasil e esse estudo passa pela análise dos desenvolvimentos que o instituto do *disgorgement of profits* alcançou no direito norte-americano, no qual se produziram algumas orientações também válidas para tradições jurídicas de Direito escrito.

Esse estudo também deve considerar a análise dos trabalhos produzidos por expoentes da doutrina portuguesa, que à luz da legislação civil têm tratado já há algum tempo da obrigação de restituir o lucro injusto. E isso não apenas em relação ao lucro obtido mediante ofensa a direitos suscetíveis de apreciação econômica, mas também à vantagem alcançada pela violação a direitos extrapatrimoniais, como os direitos de personalidade.

Como dito, mais recentemente, a matéria tem sido debatida no Brasil, desafiando a doutrina especializada a encontrar fundamentos no sistema brasileiro para tal obrigação de restituir. Nessa tarefa, muitos têm defendido que o artigo 884 do Código Civil (Brasil, 2002), ao vedar o enriquecimento sem causa, daria sustentação a esse tipo de obrigação restitutória.

Vale consignar que o “Relatório final dos trabalhos da Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil” expressamente propõe a inclusão de dispositivo acerca da obrigação de restituir o lucro da intervenção, caracterizando-a como “vantagem patrimonial auferida a partir da exploração não autorizada de bem ou de direito alheio” e fundamentando-a “na vedação do enriquecimento sem causa” (art. 884, § 2º) (Brasil, 2024).

Mediante a adoção dessa premissa, que começa a despontar na doutrina brasileira como uma posição predominante, este artigo apresentará alguns critérios, estipulados no Direito estrangeiro, para a quantificação do valor a ser restituído por aquele que obtém lucro ilícito à custa dos direitos de personalidade. A princípio, a ordem jurídica brasileira não é refratária a esses critérios.

O tema da quantificação é fundamental para que a pretensão de privar o infrator do lucro injusto seja acolhida, especialmente em demandas judiciais. Isso porque, ao que parece, o reconhecimento dessa obrigação restitutória não depende apenas da explicitação do seu fundamento jurídico (enriquecimento sem causa), mas, também, da definição de parâmetros claros que permitam ao Poder Judiciário dar, por essa via, respostas proporcionais à ilicitude.

Quanto a esse aspecto, é comum se encontrar na jurisprudência o receio de que a decisão judicial acabe provocando um “enriquecimento sem causa do lesado” (Brasil, 2017), temor que pode ser diminuído pela definição de critérios capazes de determinar o valor da restituição.

Por fim, será enfrentado um aparente obstáculo: o fato de que, de acordo com o Código Civil brasileiro, o instituto do enriquecimento sem causa tem caráter subsidiário, isto é, só pode ser aplicado quando o lesado não dispuser de outro meio para ser indenizado.

2 Lucro injusto: um debate mundial

A possibilidade de privar o autor de um ato ilícito da vantagem econômica por ele obtida com a sua infração é um tema debatido em quase todo o mundo, muitas vezes no contexto da violação a direitos extrapatrimoniais (Bruggemeier; Ciacchi; O’Callaghan, 2010, p. 318).

No plano legislativo, a Itália, por meio da Lei nº 349/1986, relativa à responsabilidade civil por danos ambientais, previa no parágrafo 6º do seu artigo 18º que, na hipótese de ser impossível quantificar a indenização no caso concreto, se deveria recorrer à equidade, levando em conta, nesse caso, o lucro obtido pelo transgressor em consequência do seu comportamento lesivo. O dispositivo acabou revogado pelo Decreto Legislativo nº 153/2006, a fim de ajustar-se à Diretiva 2004/35 do Parlamento Europeu e do Conselho, especificamente ante a previsão de que o ressarcimento deve ser fixado de forma específica. Apesar disso, a norma causou perplexidade na doutrina italiana enquanto vigorou, sobretudo por superar os tradicionais critérios de quantificação da responsabilidade civil. Na ocasião, Salvatore Patti (2011, p. 297) chegou a defender a revisão do instituto do ressarcimento do dano, a fim de que pudesse ele ser mais eficaz na repressão aos ilícitos civis.

Na Espanha, a Lei Orgânica nº 1/1982, de proteção civil do direito à honra, à intimidade pessoal e familiar e à própria imagem, estabelecia em seu artigo 9.3 que, na indenização por dano moral “también se valorará el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma”¹.

¹ Tradução livre: “o benefício obtido pelo lesado em consequência da lesão é igualmente avaliado” (Espanha, 1982).

Discussões parecidas já foram travadas na Alemanha, merecendo destaque as decisões tomadas pelo Bundesgerichtshof (BGH), a mais alta Corte do sistema alemão de jurisdição penal e privada, em ações ajuizadas pela princesa Caroline de Hannover, a ex-princesa de Múnico, contra alegadas invasões de imprensa a sua esfera privada. Em um dos casos, relativos a duas publicações que incorretamente associavam Caroline a campanhas de luta contra o câncer de mama, das quais ela não participara, o BGH considerou que, além de compensar a vítima, a indenização deveria ser elevada em virtude dos lucros obtidos pelo agente².

Entretanto, é da jurisprudência norte-americana que se extraem os maiores desenvolvimentos sobre o tema, especialmente dos precedentes acerca do proveito econômico obtido por meio de fraude na bolsa de valores. Esse julgados se baseiam no *Securities Exchange Act of 1934*, legislação reguladora do mercado de valores mobiliários, que autoriza a *Securities and Exchange Commission* (Comissão de Valores Mobiliários) a postular a recuperação dos lucros auferidos por esse tipo de transgressão³.

Com base nessas normas, os tribunais norte-americanos acolhem a figura do *disgorgement of profits*, cujo papel é privar o transgressor dos lucros adquiridos por meio da transgressão (Amendola *et al.*, 2016, § 1.308).

Há várias decisões que aplicam esse instituto, entre as quais a decisão proferida no caso *Warren v. Century Bankcorporation*, ocasião em que a Suprema Corte de Oklahoma aduziu que o *disgorgement*, “em vez de compensar a vítima”, destina-se a “privar o transgressor de todos os ganhos decorrentes do seu erro”⁴.

3 O instituto do enriquecimento sem causa como fundamento

Conforme o artigo 884 do Código Civil, aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem será obrigado a restituir o indevidamente auferido, com correção monetária. Essa norma estabelece que, sendo a causa do enriquecimento inexistente, ou injusta, fica ele caracterizado como locupletamento ilícito e o agente que dele se beneficiou fica obrigado a restituí-lo.

De acordo com Nelson Rosenvald (2019, p. 285), “o enriquecimento sem causa se tornou no Direito brasileiro recente a rota natural para que se supra a lacuna legislativa quanto a um remédio de restituição de lucros ilícitos”.

² BGH 5.12.1996, NJW 1996, 984-985.

³ Conforme o *Securities Exchange Act of 1934*, §§ 78u-2(e): “(e) Authority to enter order requiring accounting and disgorgement In any proceeding in which the Commission or the appropriate regulatory agency may impose a penalty under this section, the Commission or the appropriate regulatory agency may enter an order requiring accounting and disgorgement, including reasonable interest. The Commission is authorized to adopt rules, regulations, and orders concerning payments to investors, rates of interest, periods of accrual, and such other matters as it deems appropriate to implement this subsection”. Tradução livre: “Em qualquer processo em que a Comissão ou a agência reguladora competente possa impor uma sanção nos termos da presente seção, a Comissão ou a agência reguladora competente pode emitir uma ordem que exija a prestação de contas e a restituição, incluindo juros razoáveis. A Comissão está autorizada a adotar normas, regulamentos e ordens relativas a pagamentos aos investidores, taxas de juro, períodos de acumulação e outras questões que considere adequadas para aplicar a presente subseção”.

⁴ *Warren v. Century Bankcorporation, Inc.*, 741 P.2d 846, 852 (Okla, 1987).

No entanto, o mesmo autor, em artigo especificamente destinado a demonstrar que o sistema brasileiro ampararia algo semelhante ao *disgorgement*, desenvolve essa ideia enfatizando que a vedação ao enriquecimento sem causa, prevista no artigo 884 do Código Civil, é apenas uma das espécies contempladas pelo chamado direito restitutivo. Isso porque a restituição poderia ser alcançada por múltiplos remédios, o que a configura como um gênero do qual é espécie o enriquecimento sem causa. Também seriam espécies desse gênero, por exemplo, as pretensões reivindicatória de imóvel e de restituição dos frutos pelo possuidor de má-fé (Rosenvald; Kuperman, 2017, p. 20-21).

A existência desse amplo direito restitutivo – cuja ideia central é retornar o enriquecido ao *status quo ante* – de fato aproxima o sistema brasileiro da concepção do *disgorgement*. Como afirmou a Suprema Corte de New Jersey, em *County of Essex v. First Union National Bank*, o *disgorgement* não se fundamenta nos danos sofridos pela vítima, mas na impossibilidade de que o infrator retenha quaisquer dos frutos obtidos com o ilícito⁵.

Na tradição jurídica do *common law* é conhecida a orientação segundo a qual, no caso do descumprimento de contratos, da violação à propriedade material ou de ilícitos relacionados à quebra dos deveres de confiança e sigilo, pode a vítima optar por não propor demanda compensatória, mas por postular a supressão das vantagens obtidas pelo infrator (Rosenvald, 2018).

Nesse âmbito, caracteriza-se a obrigação de devolver o lucro injusto como um remédio restitutivo, que se fundamenta no instituto do enriquecimento sem causa e cuja função primordial não é compensar a vítima, mas remover o proveito econômico do infrator. A princípio, não parece haver o que justifique seja ela restrita aos casos relativos a direitos patrimoniais. Afinal, direitos insuscetíveis de apreciação econômica também podem ser lesados por conduta geradora de lucro.

4 Obrigação de restituir a vantagem auferida por lesão a direitos personalidade

Os direitos de personalidade são descritos como personalíssimos, essenciais ao desenvolvimento da pessoa humana, absolutos e desprovidos da faculdade de disposição (Gomes, 1996, p. 130).

O Código Civil estabelece que esses direitos são intransmissíveis, irrenunciáveis e não podem sofrer limitação voluntária (art. 11), e inclui expressamente nessa categoria os direitos à integridade física e psíquica, ao nome e ao pseudônimo, à imagem e à privacidade (arts. 13 a 21).

A associação da questão abordada neste artigo com o *disgorgement* poderia induzir a conclusão de que a restituição do lucro injusto com base no artigo 884 do Código Civil seria adequada para remediar apenas a ofensa a bens suscetíveis de apreciação econômica, o que excluiria os direitos de personalidade ou parte deles.

Essa equivocada impressão também poderia surgir quando se considera a tradicional afirmação de que o enriquecimento sem causa tem como pressuposto

⁵ County of Essex v. First Union National Bank, 186 N.J. 46, 61 (2006).

o chamado “deslocamento patrimonial”. De acordo com essa ideia, o instituto só teria lugar quando ao enriquecimento do agente correspondesse um dano, caracterizado como um empobrecimento da vítima, ou seja, um dano com características patrimoniais (Sacco, 1959).

Essa compreensão poderia excluir a possibilidade de se pleitear a restituição de lucros auferidos mediante violação aos direitos de personalidade. Isso porque, embora alguns dos elementos constitutivos da pessoa possam ser comercializados – como a imagem –, os direitos de personalidade mais sensíveis, como a vida e a integridade psíquica, não o podem. E a ofensa a esses últimos pode gerar lucro para o infrator sem que a esse lucro corresponda nenhum empobrecimento (patrimonial) do lesado.

Assim, se for mantido o entendimento de que o deslocamento patrimonial é pressuposto do enriquecimento sem causa, estariam em tese excluídos da pretensão restitutória os lucros obtidos por danos a direitos de personalidade insuscetíveis de apreciação econômica.

Para contornar esse problema, autores sustentam que o dano, embora pressuposto para a configuração do enriquecimento sem causa, não precisa ser necessariamente patrimonial. Bastaria a constatação de que foi gerado proveito econômico mediante a lesão a direitos ou a situações protegidas (Gallo, 1996, p. 36).

De acordo com essa orientação, a pretensão restitutória não está preordenada a recompor o patrimônio da vítima, mas a retirar do patrimônio do agente a vantagem por ilícitamente alcançada, razão pela qual a teoria do deslocamento patrimonial deveria ser superada (Rosenvald; Kuperman, 2017, p. 23).

Essa posição é de fato sustentável. Em primeiro lugar, porque o requisito do deslocamento patrimonial não foi consagrado pela legislação brasileira. Em segundo lugar, porque o direito restitutivo, como acima afirmado, não tem como foco a lesão suportada pela vítima. Consequentemente, o seu empobrecimento não pode ser imposto como requisito.

Torna-se, assim, compatível com o Direito brasileiro, o entendimento defendido em Portugal por Pedro Paes de Vasconcelos (2014, p. 148-150), que, em obra dedicada ao estudo dos direitos de personalidade, afirma que a restituição do proveito econômico obtida pela lesão a direitos dessa natureza teria, no direito português, como fundamento, o instituto do enriquecimento sem causa. A mesma posição é defendida por outros expoentes da doutrina portuguesa, como Capelo de Sousa (1995, p. 340) e Paulo Mota Pinto (1993, p. 582). Esses autores lusitanos caracterizam a vantagem econômica obtida à custa dos direitos de personalidade como *lucro da intervenção em direitos de outrem*. No lucro obtido por intervenção, é comum que o ganho resultante desse ato apareça no patrimônio do enriquecido sem antes ter existido no patrimônio do empobrecido (Leitão, 2002, p. 34-35).

No Brasil, Nelson Rosenvald (2019, p. 313-314) sustenta que seria possível pleitear a devolução de ganhos indevidos “no campo da violação a direitos de propriedade (tangível e intangível), contratos, relações de confiança, direito de concorrência, mercado de capitais e direitos da personalidade”.

Essa orientação permite construir uma efetiva tutela civil dos direitos de personalidade, e confere proteção contra infratores que preferem correr o risco de serem demandados judicialmente por concluírem, após um cálculo matemático,

que o ato ilícito lhes dará retornos financeiros superiores aos desfalques impostos pelo Judiciário.

Tal conclusão é a princípio extensível para outros direitos extrapatrimoniais como, por exemplo, certas categorias de direitos difusos. A propósito, há na doutrina ambientalista quem sustente que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, por ser pressuposto da realização do direito à vida, não interessa apenas à coletividade, mas também à pessoa individualmente considerada, caracterizando-se, por esse ângulo, como um direito de personalidade (Milaré, 2011, p. 129).

Nessa direção, Marcelo Kokke (2024, p. 277), em artigo sobre o tema sustenta o seguinte:

Sob o ângulo interpretativo em questão, há em si o dano ambiental, que é passível de reparação, e lado outro, há a responsabilidade derivada do enriquecimento sem causa, já que o fruto financeiro derivou da atividade ou empreendimento ilegais. A ação restitutória é derivada da falta de justa causa no recebimento de valores que utilizaram recursos naturais ou foram em si causa de degradação ecológica. Essa perspectiva desatrela o enriquecimento ilícito da situação em si de responsabilidade civil reparatória. A argumentação de enquadramento dos lucros ilegítimos obtidos a partir da infração ambiental com enriquecimento sem causa configura potencial manejo jurídico para fins de remoção dos ganhos indevidos por parte do sujeito responsável pelo empreendimento ou atividade.

A propósito, foi aprovado na “I Jornada Jurídica de Prevenção e Gerenciamento de Crises Ambientais”, realizado pelo Conselho da Justiça Federal (CJF), enunciado com o seguinte teor (2024, p. 2): “O lucro obtido por meio de degradação ambiental constitui ilegítima usurpação de bens da coletividade e configura enriquecimento sem causa, razão pela qual deve ser restituído pelo infrator”.

É verdade que os bens ambientais podem ser economicamente quantificados, mas também se reconhece, como em relação aos direitos difusos em geral, a possibilidade de que certas violações a esses direitos venham a produzir danos morais coletivos.

O mesmo ocorre em relação aos direitos de personalidade: alguns deles podem até mesmo ser comercializados, ao passo que outros, não. O fato é que, admitindo-se que o empobrecimento da vítima, seja ela a pessoa ou a coletividade, não é condição para a aplicação do instituto do enriquecimento sem causa, fica aberta a possibilidade de pretensão restitutória, cujo objeto seja o lucro obtido à custa dos direitos da coletividade ou da pessoa, ainda que o direito violado, em qualquer dos casos, tenha conteúdo extrapatrimonial.

5 Delimitação do valor a ser restituído

No tocante à quantificação da obrigação de restituir o lucro injusto, a primeira questão é se ele deve ser devolvido total ou parcialmente.

Entre os autores que tratam do tema, predomina a posição no sentido de que apenas parcela da vantagem deve ser objeto de restituição. Essa posição guarda coerência com a natureza da obrigação de que se está tratando. Como se afirmou

acima, no Direito brasileiro, a obrigação de devolver o lucro injusto pode ser imposta com fundamento na vedação ao enriquecimento sem causa (art. 884 do Código Civil). Tal devolução se baseia em um remédio de natureza restitutória, o que exclui finalidades reparatórias ou punitivas (Busto Lago; Peña López, 1997, p. 146). Conseqüentemente, o que se deve alcançar, após o cumprimento da obrigação de restituir, é o retorno ao *status quo ante*. Tudo o que extrapolar disso se caracterizaria como punição e, assim, poderia ser considerado indevido.

Normalmente, dois são os critérios apontados para a quantificação do valor a restituir pelo enriquecimento por intervenção: (i) deve ser devolvido valor equivalente ao da licença para uso da coisa indevidamente utilizada ou do seu aluguel; (ii) devem ser restituídos os lucros alcançados pelo agente que sejam causalmente relacionados ao ilícito.

Pelo primeiro critério, chamado de “remuneração habitual”, deve ser restituído o valor que usualmente no mercado se cobra pela concessão de licença ou pelo aluguel do bem que produziu o proveito econômico ilicitamente obtido (Leitão, 2002, p. 721-724; Sirena, 2009, p. 82-83).

Essa solução, que se baseia no valor de um contrato fictício entre o agente e vítima, é usualmente aplicada em questões referentes à patentes, mas não é suficiente para cobrir todas as situações, especialmente aquelas em que o ato ilícito ofende direitos de personalidade ou mesmo direitos difusos. Não é aceitável que baste, como solução jurídica, o pagamento da remuneração habitual pelo infrator. Isso porque, a se admitir isso, a autorização da vítima passa a não ter qualquer valor: seja ela concedida ou não, a quantia que o infrator terá que desembolsar será sempre a mesma.

O segundo critério é o da causalidade do lucro. Trata-se de um parâmetro decisório verificado em precedentes norte-americanos, como se constata em *Securities and Exchange Commission v. Blatt*⁶, decisão na qual se afirmou que o *disgorgement* não tem caráter punitivo, razão pela qual o dever de restituição se estende apenas ao montante relacionado ao ilícito. De acordo com essa orientação, o cálculo deve distinguir lucros legalmente obtidos e lucros ilegalmente obtidos. Para isso, seria imprescindível determinar o nexo de causalidade entre os lucros tomados pelo infrator e o ilícito⁷.

Há na doutrina portuguesa autores que defendem entendimento semelhante, como Leite Campos, para quem o “enriquecido terá de restituir ao credor aquela

⁶ *Securities and Exchange Commission v. Blatt*. 583 F.2d 1325 (5th Cir. 1978). Nas palavras do tribunal: “Disgorgement is remedial and not punitive. The court's power to order disgorgement extends only to the amount with interest by which the defendant profited from his wrongdoing. Any further sum would constitute a penalty assessment”. Tradução livre: “A restituição tem um caráter corretivo e não punitivo. O poder do tribunal para ordenar a restituição apenas se estende ao montante, acrescido de juros, com que o arguido lucrrou com o seu ato ilícito. Qualquer outro montante constituiria uma sanção pecuniária compulsória”.

⁷ Destaque-se, nesse sentido, o seguinte trecho da decisão proferida pela Court of Appeals de Columbia em *SEC v. First City Financial Corp. Ltd*: “Since disgorgement primarily serves to prevent unjust enrichment, the court may exercise its equitable power only over property causally related to the wrongdoing. The remedy may well be a key to the SEC's efforts to deter others from violating the securities laws, but disgorgement may not be used punitively”. Tradução livre: “Uma vez que a restituição tem como principal objetivo evitar o enriquecimento sem causa, o tribunal só pode exercer o seu poder equitativo sobre bens causalmente relacionados com a infração. A solução pode muito bem ser uma chave para os esforços da SEC para dissuadir outros de violar as leis de valores mobiliários, mas a restituição não pode ser usada punitivamente”.

parte do enriquecimento que seja imputável economicamente aos bens jurídicos alheios” (Campos, 1974, p. 484; Coelho, 2003, p. 48).

É intuitivo que essa conta nem sempre será simples de se fazer. Quanto a essa dificuldade, os tribunais norte-americanos afirmam que não há necessidade de precisão na definição da quantia a ser restituída: bastaria uma “aproximação razoável” dos lucros causalmente relacionados à infração⁸.

Por outro lado, se a quantia a restituir deve corresponder a uma aproximação razoável do proveito econômico causalmente relacionado à infração, é preciso definir qual das partes deve fazer essa demonstração. Solucionando a questão, em *SEC v. CMKM Diamonds inc*, o tribunal, ao apreciar questionamento acerca do cálculo oferecido pela SEC, afirmou que o réu teria falhado em demonstrar a “irrazoabilidade do pedido de *disgorgement*”, não se desincumbindo do ônus de provar que o pedido contra si formulado era excessivo⁹. Então, segundo essa linha, aquele que deduz a pretensão restitutória em juízo deveria apresentar, ainda que sem necessidade de precisão, a parcela do lucro que se poderia considerar injustamente obtida; e ao réu incumbiria o ônus de provar o excesso na conta apresentada.

6 Cumulação entre as pretensões reparatória e restitutória: o problema da subsidiariedade do enriquecimento sem causa

O Código Civil estabelece em seu artigo 886 que o enriquecimento sem causa é remédio subsidiário, utilizável apenas quando o ofendido não tiver outros meios para se ressarcir do prejuízo.

Entretanto, é possível encontrar amparo em lições doutrinárias importantes para sustentar que, em caso de ofensa aos direitos de personalidade, poderia a vítima deduzir em juízo, cumulativamente, a reparação do danos e a restituição do lucro injusto.

Para sustentar esse ponto é preciso, em primeiro lugar, esclarecer que a norma do Código Civil tem objetivo bastante específico e não deve ser aplicada *a priori*, mas a depender do que estiver acontecendo no caso concreto. Em segundo lugar, é preciso demonstrar que, para o sistema jurídico, violar o direito

⁸ “Disgorgement need only be a reasonable approximation of profits causally connected to the violation”. Tradução livre: “a restituição só precisa de ser uma aproximação razoável dos lucros causalmente ligados à infração”. (*SEC v. First City Fin. Corp.*, 890 F.2d 1215, 1231 (D. C. Cir. 1989)).

⁹ *SEC. v. CMKM Diamonds, inc.* United States Court of Appeals, Ninth Circuit. 729 F. 3d 1248 (9th Cir. 2013). O trecho em que essas ideias são defendidas é o seguinte: “But Dvorak did not indicate how the facts contained in his bank account records and deposition transcript would demonstrate the unreasonableness of the SEC’s disgorgement request. Nor did Dvorak provide any explanation for why he was unable to produce his own bank account records and exhibits he produced at his deposition to oppose the SEC’s request for disgorgement. Therefore, Dvorak failed to meet his burden of showing that the disgorgement figure was not a reasonable approximation of his illegal profits”. Tradução livre: “Mas Dvorak não indicou de que forma os fatos contidos nos registros da sua conta bancária e na transcrição do depoimento demonstrariam a falta de razoabilidade do pedido de restituição da SEC. Dvorak também não deu qualquer explicação para o fato de não ter podido apresentar os registros da sua conta bancária e as provas que apresentou no seu depoimento para se opor ao pedido de restituição da SEC. Por conseguinte, Dvorak não cumpriu o seu ônus de demonstrar que o valor da restituição não era uma aproximação razoável dos seus lucros ilegais”.

de imagem ou a honra de alguém é diferente de ofender esses direitos e obter lucro com isso.

Quanto à primeira questão, isto é, a correta interpretação do artigo 886 do Código Civil, a doutrina esclarece que o objetivo da norma é evitar o uso da ação de enriquecimento sem causa como meio de fraudar ou violar a lei, como ocorre quando a vítima por seu próprio comportamento torna inoperante outra ação de que dispunha (Rosenvald; Kuperman, 2017, p. 25), por exemplo, deixando prescrever a pretensão reparatória (Charaf Junior, 2009, p. 863).

Exatamente porque a função da subsidiariedade é essa, o julgador, como pontua Giovanni Ettore Nanni (2004), deve analisar à luz de cada caso concreto se existem ou não outros meios de recompor a perda sofrida. Nessa matéria, tem predominado o entendimento de que, no caso de surgirem simultaneamente danos e lucros em favor do agente, caberá à vítima optar pela pretensão que exercitará (Rosenvald; Kuperman, 2017, p. 25). Seria lícito à vítima verificar, por exemplo, se o enriquecimento supera o dano, caso em que poderia escolher a via restitutória; ou propor a pretensão reparatória, se o dano superar o enriquecimento (Gallo, 1996, p. 56-57).

A par dessa orientação, e essa é a segunda questão a ser enfrentada, há autores apontando para a possibilidade de cumular as pretensões reparatória e restitutória.

É o caso de Rosenvald e Kuperman (2017, p. 25) que afirmam ser isso possível “se fatos distintos se sobrepuserem no mesmo desdobramento causal, gerando consequências econômicas perfeitamente apartáveis”.

Para além da colocação feita por esses autores, que é de fato sustentável, também se pode argumentar o seguinte: se o fato da conduta do agente produzir consequências econômicas apartadas permite a cumulação, deve-se concluir que a ofensa a direitos de personalidade também poderia permitir. Isso porque nesse último caso a conduta do agente gera uma consequência econômica (lucro) e uma consequência não econômica (a lesão de algum dos elementos que constituem a pessoa).

Quanto à consequência não econômica da ofensa aos direitos de personalidade, é pacífico na doutrina e na jurisprudência que ela enseja o direito à reparação por danos morais (Cambi; Hellman, 2019, p. 317). O que ainda requer desenvolvimento, na doutrina e na jurisprudência, é a circunstância de que os direitos de personalidade não apenas dão ao seu titular o direito, exercitável contra todos, de não ser lesado naquilo que o constitui como pessoa. Os direitos de personalidade, por serem direitos absolutos, também dão ao seu titular o direito de retirar deles, com exclusividade, todas as suas utilidades possíveis.

Tal afirmação encontra amparo na teoria do conteúdo da destinação dos direitos absolutos, desenvolvida inicialmente na Alemanha. Segundo essa teoria, o consumo ou a utilização de bens alheios conferiria ao titular uma pretensão de enriquecimento sem causa contra quem ilegitimamente fruiu das utilidades do bem. Comentando essa orientação à luz do artigo 884 do Código Civil, Menezes Leitão (2004, p. 28), professor catedrático da Universidade de Lisboa, diz que o dispositivo brasileiro seria exageradamente genérico, demandando da doutrina a construção de uma tipologia de categorias, como ocorreu na Alemanha e que faz distinção entre enriquecimento por prestação; enriquecimento por despesas

realizadas em benefício de outrem; enriquecimento por desconsideração de um patrimônio intermédio; e enriquecimento por intervenção.

Esse último tipo, o do enriquecimento por intervenção, busca tratar das situações em que ocorre uma ingerência não autorizada em bens alheios, especialmente aqueles decorrentes de direitos de propriedade ou de outros direitos absolutos. Trata-se de posição encampada pelo Enunciado 620 da "VIII Jornada de Direito Civil" do CJF (2018, p. 329-330): "A obrigação de restituir o lucro da intervenção, entendido como a vantagem patrimonial auferida a partir da exploração não autorizada de bem ou direito alheio, fundamenta-se na vedação do enriquecimento sem causa".

A teoria do lucro por intervenção afirma que os direitos absolutos, como o de propriedade, de autor e de personalidade, não apenas impõem a terceiros o dever de não ingerência, como também reservam para o titular exclusividade no seu aproveitamento. Conseqüentemente, a indevida intromissão nesses direitos obriga o infrator a restituir as vantagens obtidas por meio do ato ilícito (Varela, 2008). Isto é, "os direitos absolutos protegem de um modo dinâmico os bens, a liberdade de os mobilizar, adquirir, e agir com eles ou sobre eles, toda a sua utilidade, em suma" (Campos, 2003, p. 484).

Se os direitos absolutos impõem a terceiros duas obrigações diferentes, de não violação e de não aproveitamento das utilidades reservadas ao titular, os direitos de personalidade impõem essas mesmas duas obrigações, pois são eles direitos absolutos (Fernandes, 1980).

A possibilidade de que o enriquecimento por intervenção sirva à tutela dos direitos de personalidade é expressamente afirmada por Menezes Leitão. E o autor português, ainda em comentário à legislação brasileira, também afirma expressamente a possibilidade de cumulação, em caso de ofensa a direitos de personalidade, das pretensões reparatória e restitutória:

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 intuídos 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 (Leitão, 2004, p. 29).

Como dito no início, violar o direito de imagem ou a honra de alguém é diferente de ofender esses direitos e obter lucro com isso. Tem-se nesse último caso dois tipos de lesão diferente. A primeira consiste em causar danos à integridade de um direito extrapatrimonial do indivíduo, que, por si, enseja o direito à reparação por danos morais. A segunda consiste em utilizar ilegitimamente, para fins econômicos, um direito exclusivamente destinado ao seu titular.

O fato de haver direitos de personalidade comercializáveis, como a imagem, e direitos de personalidade não comercializáveis, como a dignidade humana, não muda o que foi acima exposto. O que é determinante para se categorizar o lucro

como injusto e, portanto, suscetível de restituição, é a circunstância do proveito econômico ser obtido mediante ilícita intervenção em direitos cuja fruição é reservada ao seu titular.

7 Conclusão

Por todo o exposto, é possível concluir que foi atingido o objetivo de apresentar uma abordagem do tema da restituição o lucro injusto à luz do sistema jurídico brasileiro, sobretudo porque esse sistema consagra o instituto do enriquecimento sem causa. Também se conseguiu verificar que tal obrigação de restituir pode exsurgir da ofensa a direitos de personalidade, que não ficam excluídos da tutela restitutória pelo fato de se caracterizarem como direitos extrapatrimoniais. Foi ainda demonstrado que existem critérios capazes de dimensionar, com a necessária objetividade e segurança, o valor a ser restituído pelo infrator. Por fim, conseguiu-se esclarecer que o pleito restitutivo pode ser cumulado com o de cunho reparatório.

Nesse sentido, evidenciou-se que a obrigação de que o infrator restitua o lucro ilicitamente obtido é amparada, no Direito brasileiro, pelo instituto do enriquecimento sem causa. Tal dever de restituir se insere no quadro mais amplo do direito restitutivo. Esse ramo do Direito é reconhecido em outros sistemas jurídicos e esse reconhecimento permite – depois da sempre inafastável análise crítica – desenvolver uma doutrina brasileira do lucro injusto, que abranja, como se reconhece entre os autores portugueses, o proveito econômico auferido à custa dos direitos de personalidade.

Tem especial relevância para essa construção o estudo de critérios capazes de determinar o objeto da restituição, isto é, de quantificar a obrigação ensejada pelo lucro ilicitamente obtido. Merecem destaque, entre esses critérios, o da remuneração habitual, que quantifica o valor a ser devolvido com base em um fictício contrato entre as partes, e o da causalidade, que exclui do objeto da restituição aquela parcela de lucro que não seja causalmente imputável à conduta ilícita.

Entretanto, o desafio é ainda maior quando se pretende aplicar a doutrina do lucro injusto no campo dos direitos extrapatrimoniais, como os direitos de personalidade. Nesse âmbito, o critério da causalidade, que separa lucros relacionados à infração daqueles não relacionados, oferece vantagens quando o que se pretende obter é uma tutela efetiva dos direitos de personalidade.

Com o objetivo de alcançar essa efetiva tutela, é preciso determinar o sentido que se deve atribuir ao papel subsidiário do enriquecimento sem causa. Considerando que essa previsão do Código Civil tem a finalidade de evitar a deturpação do instituto, pode-se concluir que, em casos concretos nos quais essa deturpação não seja verificada, não há que se falar em subsidiariedade.

Então, haverá situações concretas em que se poderá permitir a cumulação de pretensões fundadas na obrigação de reparar e pretensões fundadas na obrigação de restituir.

Poderá se verificar essa situação no caso de lucro obtido à custa dos direitos de personalidade. Isso porque não são equiparáveis os casos em que há lesão a

um dos elementos de constituem a pessoa e os casos em que, além dessa lesão, o infrator ainda auferir lucro com isso.

Nessa última hipótese, o infrator não apenas causa danos morais, na medida em que lesa direitos de conteúdo extrapatrimonial, como também frui, ilegitimamente, de utilidades cuja fruição é reservada à vítima. É o que se pode sustentar de acordo com a teoria do conteúdo da destinação dos direitos absolutos.

Nessas situações, o lucro obtido à custa dos direitos de personalidade pode ser perseguido por ação de enriquecimento sem causa, embasada na indevida usurpação de utilidades reservadas, sem que isso elimine o direito da vítima ser indenizada pelos danos causados aos direitos que a constituem como pessoa.

Referências

AMENDOLA, Francis C. *et al.* *69A American Jurisprudence. Securities Regulation - Federal*. [S. l.: s. n.], 2016.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. *Enunciado 620*. "VIII Jornada de Direito Civil", 2018. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/1169>. Acesso em: 4 nov. 2024.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. *Enunciado 8015*. "I Jornada Jurídica de Prevenção e Gerenciamento de Crises Ambientais", 2024. Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/1sWKhNCQEmYdqPsbX6NwKindJ9DJVYmZs/edit?pli=1>. Acesso em: 29 nov. 2024.

BRASIL. *Lei nº 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 04 nov. 2024.

BRASIL. *Relatório final da comissão de juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil*. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento/download/3f08b888-b1e7-472c-850e-45cdda6b7494>. Acesso em: 04 nov. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, *Recurso Especial 1.635.646/RJ*, Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, j. 12/12/2017, DJe 18/12/2017. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201402904720&dt_publicacao=18/12/2017. Acesso em: 04 nov. 2024.

BRUGGEMEIER, Gert; CIACCHI, Aurelia Colombi; O'CALLAGHAN, Patrick. *Personality rights in European Tort Law: the common core of European Private Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

BUSTO LAGO, José Manuel; PEÑA LÓPEZ, Fernando. Enriquecimiento injusto y responsabilidad civil extracontratual. *Anuario da Faculdade de Derecho da Universidade da Coruña*, Coruña, v. 1, p. 141-166, 1997.

CAMBI, Eduardo; HELLMAN, René Francisco. O dano moral *in re ipsa* e sua dimensão probatória na jurisprudência do STJ. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 44, n. 291, p. 311-336, 2019.

CAMPOS, Diogo José Paredes Leite. *A subsidiariedade da obrigação de restituir o enriquecimento*. Coimbra: Almedina, 1974.

CAMPOS, Diogo José Paredes Leite. *A subsidiariedade da obrigação de restituir o enriquecimento*. Coimbra: Almedina, 2003.

CHARAF JUNIOR, Hamid Bdine. *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. Coordenação do Ministro Cezar Peluso. 3. ed. São Paulo: Manole, 2009.

COELHO, Francisco Manuel Pereira. *O enriquecimento e o dano*. Coimbra: Almedina, 2003.

ESPAÑA. *Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo*, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. *BOE*, Madrid, n. 115, p. 12546-12548, 14 mayo 1982.

- FERNANDES, Milton. Os direitos de personalidade e o Estado de Direito. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 50, p. 157-172, jan. 1980.
- GALLO, Paolo. Arricchimento senza causa e quasi contratti: I rimedi restitutori. In: SACCO, Rodolfo. *Trattato di diritto civile*. Torino: [s. n.], 1996.
- GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- KOKKE, Marcelo. Restituição de lucros ilícitos e dano ambiental. *Revista do Tribunal Regional Federal da Sexta Região*, Belo Horizonte, v. 2, n. 1, 2024.
- LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. O enriquecimento sem causa no novo código civil brasileiro. *Revista CEJ*, Brasília, DF, v. 8, n. 25, p. 24-33, abr./jun. 2004.
- LEITÃO, Luís Menezes. *O enriquecimento sem causa no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2002.
- MILARÉ, Édís. *Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- PATTI, Salvatore. Il risarcimento del danno e il concetto di prevenzione. *Rivista Del Diritto Commerciale e Del Diritto Generale delle Obbligazioni*, Padova, n. 3, p. 295-301, 2011.
- PINTO, Paulo Mota. O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada. *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, v. LXIX, p. 479-586, 1993.
- ROSENVALD, Nelson. Novos desafios da responsabilidade civil. In: BARBOSA, Mafalda Miranda; ROSENVALD, Nelson; MUNIZ, Francisco. *Atas das II Jornadas Luso-Brasileiras de Responsabilidade Civil: as fronteiras entre a restituição do lucro ilícito e o enriquecimento por intromissão*. Coimbra: Instituto Jurídico, 2019.
- ROSENVALD, Nelson. *O direito civil em movimento: desafios contemporâneos*. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018.
- ROSENVALD, Nelson; KUPERMAN, Bernard Korman. Restituição de ganhos ilícitos: há espaço no Brasil para o disgorgement? *Revista Fórum de Direito Civil: RFDC*, Belo Horizonte, ano 6, n. 14, p. 11-31, jan./abr. 2017.
- SACCO, Rodolfo. *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*. Torino: [s. n.], 1959.
- SIRENA, Pietro. La restituzione dell'arricchimento e il risarcimento del danno. *Rivista di Diritto Civile*, Padova, n. 1, p. 65-87, 2009.
- SOUSA, Rabindranath Capelo de. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.
- VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2008.
- VASCONCELOS, Pedro Paes de. *Direito de personalidade*. Coimbra: Almedina, 2014.

Data de submissão: 05 nov. 2024
Data de aprovação: 26 nov. 2024