



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
PROGRAMA DE DOUTORADO

SABRINA JIUKOSKI DA SILVA

O TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS NO BRASIL:
UMA ANÁLISE DA POSSIBILIDADE DE RESTITUIR O LUCRO DA INTERVENÇÃO

FLORIANÓPOLIS

2023

Sabrina Jiukoski da Silva

**O TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS NO BRASIL:
UMA ANÁLISE DA POSSIBILIDADE DE RESTITUIR O LUCRO DA INTERVENÇÃO**

Tese submetida ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina como exigência para a obtenção do título de Doutora em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Rafael Peteffi da Silva

FLORIANÓPOLIS

2023

Jiukoski da Silva, Sabrina

O tratamento de dados pessoais no Brasil: uma análise da possibilidade de restituir o lucro da intervenção. / Sabrina Jiukoski da Silva ; orientador, Rafael Peteffi da Silva, 2023. 320 p.

Tese (doutorado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2023.

Inclui referências.

1. Direito. 2. dados pessoais. 3. tratamento de dados pessoais . 4. lucro da intervenção. 5. enriquecimento sem causa. I. Peteffi da Silva, Rafael . II. Universidade Federal de Santa Catarina. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

Sabrina Jiukoski da Silva

O tratamento de dados pessoais no Brasil:
uma análise da possibilidade de restituir o lucro da intervenção

O presente trabalho em nível de doutorado foi avaliado e aprovado por banca examinadora composta pelos seguintes membros:

Prof. Dr. Carlos Nelson Konder, UERJ
Prof. Dr. Guilherme Henrique Lima Reinig, UFSC
Prof. Dr. Daniel Deggau Bastos, UFSC

Certificamos que esta é a versão original e final do trabalho de conclusão que foi julgado aprovado para obtenção do título de doutor em Direito.

Coordenação do Programa de Pós-Graduação

Prof. Dr. Rafael Peteffi da Silva
Orientador

Florianópolis, 2023

AGRADECIMENTOS

O presente trabalho de conclusão do Curso de Doutorado ofertado pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina não teria chegado ao seu fim se não fosse o auxílio de pessoas essenciais nessa etapa da minha vida.

Agradeço imensamente aos meus queridos pais, Adriana e José Vitor, e aos meus avós maternos, Arlete e Alberto, que não mediram esforços para que eu chegasse neste momento da minha vida acadêmica. Agradeço ao meu irmão, Samuel, que sempre teve muita paciência e carinho comigo. Agradeço ao meu amor, Pedro, que foi essencial nestes últimos anos da minha vida, soube me apoiar e ter muita paciência, entre sorrisos e lágrimas, mesmo nas horas que eu nem escutava porque estava escrevendo esta Tese.

Agradeço ao Prof. Dr. Rafael Peteffi da Silva, que me aceitou como sua aluna ainda no Curso de Mestrado e me orientou com extrema dedicação ao longo desta minha caminhada acadêmica. Obrigada, professor, por não medir esforços ao compartilhar seus conhecimentos, transmitindo valiosas lições sobre o Direito Obrigacional e sobre esta carreira que muito me encanta que é a docência. Nunca vou esquecer da minha primeira aula durante o meu primeiro Estágio de Docência e suas orientações. Obrigada ainda por me indicar o melhor caminho para o aprofundamento dos estudos pertinentes ao tema desta Tese.

Agradeço aos meus colegas e professores de Mestrado e Doutorado, assim como aos colegas e professores do Grupo de Estudos de Direito Civil na Contemporaneidade, especialmente à amiga Thatiane Cristina Fontão Pires que divide as angústias, as alegrias e os momentos de aprendizagem comigo desde o curso de Mestrado; à amiga Juliana Muller que sempre tirou minhas dúvidas, lembrou-me dos prazos do PPGD e dividiu seu chimarrão e ao amigo Carlos Cunha que tenho a felicidade de chamar de colega de PPGD.

Agradeço aos queridos colegas e alunos do curso de graduação em Direito da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (FND/UFRJ), que foram essenciais para o meu crescimento acadêmico e aprendizagem ao longo destes últimos dois anos em que fui professora substituta. Obrigada, Família Nacional!

Agradeço, por fim, à Banca Examinadora da Defesa Pública de Tese, formada pelos Professores Carlos Nelson Konder, Guilherme Henrique Lima Reinig e Daniel Deggau Bastos, por terem aceitado o convite e pelo tempo dedicado à análise desta pesquisa.

“A proteção de dados constitui não apenas um direito fundamental entre outros: é o mais expressivo da condição humana contemporânea”.

Stefano Rodotà

RESUMO

O escopo deste estudo é verificar se e em que medida é possível fundamentar uma pretensão ao lucro da intervenção enquanto enriquecimento sem causa nos casos de tratamento de dados pessoais considerando o conteúdo de destinação jurídica das posições jurídicas individuais e coletivas à luz da ordenação jurídica brasileira. A par da relevância da disciplina da proteção de dados pessoais e do atual estágio de amadurecimento do lucro da intervenção no Brasil, este trabalho é desenvolvido por meio do método de abordagem dedutivo e está estruturado em dois capítulos. O primeiro capítulo é dedicado ao enquadramento do lucro da intervenção no Brasil e, por isso, parte das noções essenciais dos institutos da responsabilidade civil e do enriquecimento sem causa enquanto fontes do Direito das Obrigações, desde seu elo comum até suas distinções funcionais, com destaque ao desenvolvimento do enriquecimento sem causa, até o tratamento conferido ao lucro da intervenção nos países de tradição jurídica romano-germânica, especialmente Alemanha, Portugal e Espanha, eis que o problema que se apresenta foi tratado inicialmente no direito alemão e desenvolvido, posteriormente, nas doutrinas portuguesa e espanhola. O segundo capítulo se volta ao problema central desta Tese. Para tanto, compreende-se o papel dos dados pessoais na contemporaneidade e a proteção jurídica concedida aos titulares desses dados, bem como verifica-se se e em que medida a natureza desse direito permite que os lucros originados do tratamento de dados pessoais sejam reservados ao respectivo titular ou a uma determinada coletividade. Esta análise tem como fio condutor a teoria do conteúdo de destinação jurídica dos direitos, assim como do direito à proteção de dados pessoais e as disposições da LGPD. Conclui-se, por fim, que é possível restituir o lucro da intervenção nos casos de tratamento de dados pessoais sem autorização, tanto por meio da tutela individual quanto por meio da tutela coletiva. O mercado evidenciou o valor econômico dos dados pessoais e o legislador regulou a utilização destes dados, reconhecendo seus verdadeiros titulares e limitando a atuação dos agentes de tratamento. Logo, na ausência de um tratamento legítimo e lícito também cabe ao ordenamento jurídico brasileiro destinar adequadamente o aproveitamento econômico de uma ingerência não autorizada dos dados pessoais, que compõem os direitos da personalidade da pessoa humana. Da mesma forma, concluiu-se que a quantificação do lucro da intervenção deve ter como base a tese da “imputação dos lucros”, identificando-se o objeto a ser restituído ao titular do direito violado na medida em que o interventor se enriqueceu às custas dos direitos destinados a outrem.

Palavras-chave: dados pessoais; lucro da intervenção; enriquecimento sem causa; direito restitutivo; quantificação.

ABSTRACT

The scope of this study is to verify whether and to what extent it is possible to establish a claim for disgorgement of profits as unjustified enrichment in cases of personal data processing, considering the legal purpose of individual and collective legal positions under Brazilian law. Given the relevance of personal data protection and the current stage of development of unjustified enrichment in Brazil, this research is developed using a deductive approach and is structured in two chapters. The first chapter is dedicated to framing the disgorgement of profits in Brazil and, therefore, it starts from the essential concepts of civil liability and unjustified enrichment as sources of the Law of Obligations, from their common bond to their functional distinctions, putting the emphasis on the development of unjustified enrichment. It also explores the treatment given to the disgorgement of profits in countries with civil law system, especially Germany, Portugal and Spain, because this problem was initially addressed in German law and subsequently developed in Portuguese and Spanish doctrines. The second chapter focuses on the central problem of this dissertation. For this purpose, the role of personal data in contemporary society and the legal protection granted to data subjects are understood. It is also verified if and to what extent the nature of this right allows profit derived from the processing of personal data to be reserved for the respective data subject or a specific collective. This analysis is based on attribution theory, as well as the right to the protection of personal data and the provisions of Brazilian General Data Protection Law. In conclusion, it is possible to recover the disgorgement of profits in cases of unauthorized personal data processing, both through individual protection and through collective protection. The market has evidenced the economic value of personal data and the legislator has regulated the use of this data, while recognizing their true owners and limiting the actions of data controllers. In the absence of legitimate and lawful processing, it is also within the scope of Brazilian legal system the economic benefits derived from unauthorized interference with personal data are allocated, which constitute personality rights. It was also concluded that the quantification of the disgorgement of profits should be based on the theory of "imputation of profits," identifying the object to be restored to the holder of the violated right, as the interveners have enriched themselves at the expense of the rights intended for others.

Keywords: personal data; disgorgement or profits; unjustified enrichment; law of restitution; quantification.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

- AEPD – Autoridade Europeia para a Proteção de Dados
- ANPD – Agência Nacional de Proteção de Dados
- Art. – Artigo
- BGB – *Bürgerliches Gesetzbuch* (Código Civil alemão)
- BGH – *Bundesgerichtshof* (Tribunal Federal de Justiça alemão)
- CC/1916 – Código Civil brasileiro de 1916
- CC/2002 – Código Civil brasileiro de 2002
- CDADC – Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos português
- CDC – Código de Defesa do Consumidor
- CE – Comunidade Europeia
- CEPD – Comitê Europeu para a Proteção de Dados
- CNES – Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde
- CNSaúde – Confederação Nacional de Saúde
- CPI – Código de Propriedade Industrial português
- CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil
- D. – Digesto
- GT29 – Grupo de Trabalho do Artigo 29
- IDEC – Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor
- Inc. – Inciso
- LGPD – Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais
- LIA – *Legitimate Interests Assessment* (Avaliação de Legítimo Interesse)
- LPI – Lei de Propriedade Industrial brasileira
- MarkenG – *Markengesetz* (Lei alemã de proteção aos direitos de marca comercial e conexos)
- PatG – *Patentgesetz* (Lei alemã relativa aos direitos de patente)
- RG – *Reichsgericht* (Corte Imperial de Justiça alemã)
- RGPD – Regulamento Geral de Proteção de Dados europeu
- STJ – Superior Tribunal de Justiça
- STJ português – Superior Tribunal de Justiça português
- SUS – Sistema Único de Saúde
- TS – Tribunal Supremo espanhol
- UrhG – *Urheberrechtsgesetz* (Lei alemã relativa aos direitos autorais e conexos)

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	13
2	O REGIME JURÍDICO ADEQUADO AO LUCRO DA INTERVENÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	19
2.1	AS FONTES OBRIGACIONAIS ENQUANTO RECONDUTORAS DA ORDEM NATURAL DAS RIQUEZAS NA CONTEMPORANEIDADE.....	19
2.2	A DISTINÇÃO FUNCIONAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL E DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA	23
2.3	O DESENVOLVIMENTO DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA NA TRADIÇÃO JURÍDICA ROMANO-GERMÂNICA.....	30
2.3.1	Origem do enriquecimento sem causa no Direito Romano	30
2.3.1.1	<i>Condictio</i>	31
2.3.1.2	<i>Actio de in rem verso</i>	33
2.3.1.3	<i>Actio negotiorum gestorum</i>	35
2.3.2	Do renascimento do Direito Romano no medievo à modernidade europeia.....	37
2.3.3	O desenvolvimento do enriquecimento sem causa na França.....	41
2.3.4	O desenvolvimento do enriquecimento sem causa na Alemanha	45
2.3.4.1	<i>A visão de Fritz Schulz</i>	49
2.3.4.2	<i>As visões de Walter Wilburg e de Ernst von Caemmerer</i>	51
2.4	O TRATAMENTO CONFERIDO AO LUCRO DA INTERVENÇÃO NA TRADIÇÃO JURÍDICA ROMANO-GERMÂNICA.....	55
2.4.1	O tratamento dado ao lucro da intervenção na Alemanha	56
2.4.2	O tratamento dado ao lucro da intervenção em Portugal	68
2.4.2.1	<i>A visão de Francisco Manuel Pereira Coelho</i>	72
2.4.2.2	<i>A visão de João de Matos Antunes Varela</i>	76
2.4.2.3	<i>O lucro da intervenção na contemporaneidade portuguesa</i>	79
2.4.3	O tratamento dado ao lucro da intervenção na Espanha	85
2.4.3.1	<i>A visão de Xabier Basozabal Arrue</i>	89
2.4.3.2	<i>A visão de Carles Vendrell Cervantes</i>	92
2.4.3.3	<i>O lucro da intervenção na contemporaneidade espanhola</i>	94
2.5	A CONFIGURAÇÃO DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	102
2.5.1	O desenvolvimento do enriquecimento sem causa no Brasil.....	103

2.5.2	A estrutura do enriquecimento sem causa na sistemática brasileira	108
2.5.2.1	<i>Os pressupostos “enriquecimento, “à custa de outrem” e “sem justa causa”</i>	<i>108</i>
2.5.2.2	<i>A subsidiariedade do instituto do enriquecimento sem causa</i>	<i>115</i>
2.6	O ENQUADRAMENTO DOGMÁTICO DO LUCRO DA INTERVENÇÃO NO BRASIL.....	117
2.6.1	A manifestação da doutrina nacional	118
2.6.2	O lucro da intervenção como enriquecimento sem causa no Brasil	124
2.6.3	A subsidiariedade do instituto do enriquecimento sem causa e a possibilidade de cumulação das pretensões restitutória e indenizatória.....	134
2.6.4	Os valores de mercado nos casos de publicação não autorizada da imagem alheia	137
2.6.5	O artigo 210 da Lei de Propriedade Industrial	142
3	A RESTITUIÇÃO DO LUCRO DA INTERVENÇÃO NOS CASOS DE TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS NO BRASIL	145
3.1	A DIMENSÃO OPERATIVA DO CONTEÚDO DE DESTINAÇÃO.....	145
3.2	O DESENVOLVIMENTO TECNOLÓGICO E A VIRTUALIZAÇÃO DA VIDA.....	151
3.3	O INTERESSE COMERCIAL NOS DADOS PESSOAIS	155
3.4	ENTRE DADOS PESSOAIS, INFORMAÇÃO E CONHECIMENTO	164
3.5	OS DADOS PESSOAIS COMO FENÔMENOS JURIDICAMENTE RELEVANTES	166
3.6	BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A FORMAÇÃO DO DIREITO À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO NACIONAL	169
3.7	AS DIRETRIZES DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS....	173
3.7.1	Dados pessoais, dados pessoais sensíveis e dados anonimizados.....	174
3.7.2	O tratamento de dados pessoais e suas bases legais	178
3.7.2.1	<i>O consentimento do titular dos dados pessoais</i>	<i>184</i>
3.7.2.2	<i>O cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador.....</i>	<i>192</i>
3.7.2.3	<i>O tratamento e uso compartilhado de dados pessoais necessários à execução de políticas públicas pela administração pública.....</i>	<i>193</i>
3.7.2.4	<i>A realização de estudos por órgão de pesquisa</i>	<i>196</i>
3.7.2.5	<i>A execução de contrato ou de procedimentos preliminares relacionados a contrato do qual seja parte o titular, a pedido do titular dos dados</i>	<i>198</i>

3.7.2.6	<i>O exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo e arbitral.....</i>	201
3.7.2.7	<i>A proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiros.....</i>	202
3.7.2.8	<i>A tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária</i>	203
3.7.2.9	<i>Os interesses legítimos do controlador e de terceiros</i>	206
3.7.2.10	<i>A garantia da prevenção à fraude e à segurança do titular, nos processos de identificação e autenticação de cadastro em sistemas eletrônicos.....</i>	213
3.7.2.11	<i>A proteção ao crédito.....</i>	215
3.7.3	A tutela coletiva da proteção de dados pessoais	216
3.8	CASUÍSTICA DO LUCRO DA INTERVENÇÃO NOS CASOS DE TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS NO BRASIL	219
3.8.1	A dimensão atributiva do direito à proteção de dados pessoais	220
3.8.2	O tratamento dos dados pessoais sem justa causa.....	225
3.8.3	Parâmetros para a caracterização do tratamento de dados pessoais alheios como hipótese de restituição do lucro da intervenção.....	226
3.8.3.1	<i>O valor dos dados pessoais e a finalidade comercial da atividade de tratamento..</i>	227
3.8.3.2	<i>A proteção de dados pessoais e outros interesses constitucionalmente tutelados...</i>	229
3.8.3.3	<i>A notoriedade e as qualidades pessoais do titular dos dados.....</i>	238
3.8.4	A possibilidade de restituir o lucro da intervenção sobre a ótica coletiva	243
3.8.5	A impossibilidade de restituir o lucro da intervenção enquanto dano moral coletivo	249
3.9	A QUANTIFICAÇÃO DO LUCRO DA INTERVENÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	253
3.9.1	A impossibilidade de aplicação da teoria do duplo limite	257
3.9.2	Parâmetros gerais para restituição do lucro da intervenção no Brasil.....	260
3.9.2.1	<i>A concepção “real” e “patrimonial” de enriquecimento.....</i>	261
3.9.2.2	<i>A relevância da boa-fé e da má-fé do agente interventor</i>	265
3.9.2.3	<i>Os fatos concorrentes para a produção do lucro da intervenção.....</i>	270
3.9.3	A quantificação do lucro da intervenção nos casos de intervenções nos direitos da personalidade e o tratamento de dados pessoais	275
3.9.4	A quantificação do lucro das intervenções nos casos de tutela coletiva	281
4	CONCLUSÃO	287
	REFERÊNCIAS	296

1 INTRODUÇÃO

“Os homens criam as ferramentas, e as ferramentas recriam os homens”¹. Quando o professor John Culkin escreveu esta frase em um artigo em 1967, provavelmente não tinha dimensão de como as inovações tecnológicas, nas últimas duas décadas, desencadeariam significativas mudanças no comportamento social e nas estruturas econômicas. Comprar produtos, conversar com entes queridos, ouvir músicas, pedir um táxi, assistir a um filme, controlar as luzes e outros equipamentos domésticos se tornaram tarefas simples, intuitivas e acessíveis na contemporaneidade, bastam alguns cliques ou comandos de voz.

Essas novas tecnologias, cada vez mais inteligentes e disruptivas², proporcionam benefícios incontestáveis aos usuários, mas, ao mesmo tempo, acarretam uma série de novos riscos e perigos próprios de uma economia movida a dados. À medida que as necessidades dos usuários eram atendidas digitalmente, os agentes econômicos dos mais diversos segmentos passaram a identificar o potencial lucrativo que o grande volume de dados pessoais, gerado diariamente no ambiente virtual, pode oferecer na arquitetura econômica contemporânea, ao serem combinados com algoritmos de aprendizagem de máquinas³. Como consequência, os dados relativos às pessoas passaram de auxiliares a uma abundante matéria-prima, proporcionando uma fonte inesgotável de conhecimento aos agentes econômicos.

Esse crescente interesse e suas incertezas jurídicas não passaram, contudo, despercebidos aos olhos de estudiosos e operadores do Direito ao redor do mundo. Entender a lógica da economia movida a dados e suas consequências para os titulares de dados passaram a ser pauta de inúmeros e intensos debates nas últimas décadas. Hoje, os dados pessoais são,

¹ Tradução livre de “*We shape our tools and thereafter they shape us*”. CULKIN, John. A schoolman’s guide to Marshall McLuhan. *The Saturday Review*. 1967. Disponível em: <https://www.unz.com/print/SaturdayRev-1967mar18>. Acesso em: 14 jan. 2023.

² A expressão foi originalmente desenvolvida por Joseph Bower e Clayton M. Christensen no artigo “*Disruptive Technologies: Catching the Wave*” no ano de 1995. Para os autores, tais tecnologias apresentam um pacote diferente de atributos de desempenho, que, ao melhorarem em ritmo acelerado, invadem e rompem os mercados tradicionais (BOWER, Joseph; CHRISTENSEN, Clayton. *Disruptive Technologies: Catching the Wave*. *Harvard Business Review*, v. 73, n. 1, p. 43-53, 1995). Para Paul Armstrong, as tecnologias são disruptivas quando os atributos “velocidade” e “totalidade” estão presentes na tecnologia que emerge, bem como quando essa tem capacidade transformativa dos padrões existentes. São exemplos de tecnologias disruptivas: a *Uber* (maior empresa de táxis do mundo, mas que não possui veículos), o *Facebook* (detentor da mídia mais popular do mundo, mas que não cria conteúdo), o *Airbnb* (maior empresa de hospedagem do mundo, mas que não possui imóveis) e a *Netflix* (que revolucionou a forma de alugar filmes) (ARMSTRONG, Paul. *Dominando as Tecnologias Disruptivas: aprenda a compreender, avaliar e tomar melhores decisões sobre qualquer tecnologia disruptiva que possa impactar o seu negócio*. Trad. de Afonso C. da Cunha Serra. São Paulo: Autêntica Business, 2019, p. 32).

³ Em apertada síntese, o tratamento de dados ocorre com o auxílio de inteligência artificial (IA), em seu subcampo do *machine learning* (aprendizagem de máquina, em tradução livre), que é responsável pela habilidade de realizar o cruzamento de dados e extrair deles conhecimento ou realizar tarefas específicas, de forma autônoma. Cf. DOMINGOS, Pedro. *O algoritmo mestre*. Trad. Aldir José Coelho Corrêa da Silva. São Paulo: Novatec, 2017.

como enfatiza Danilo Doneda, “fenômenos juridicamente relevantes”, e velhas e novas legislações incorporaram regras, princípios e instrumentos que procuram limitar a atuação dos agentes econômicos e proporcionar maior segurança aos cidadãos sobre seus dados⁴.

O ordenamento jurídico brasileiro reconheceu o direito fundamental à proteção de dados pessoais no inciso LXXIX do artigo 5º da Magna Carta de 1988, mediante a Emenda Constitucional n. 115 em 10 de fevereiro de 2022, bem como promulgou a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) em 14 de agosto de 2018, cuja vigência teve início em 18 de setembro de 2020, com a finalidade de unificar e sistematizar em um regramento próprio o tratamento de dados pessoais no Brasil. O propósito do legislador foi equilibrar os legítimos interesses dos titulares de dados e dos agentes de tratamento, garantindo não só que os direitos fundamentais dos titulares de dados sejam respeitados, como também assegurando um nível de proteção coerente e adequado por meio da enumeração de hipóteses legais que legitimam o tratamento de dados pessoais no país. Trata-se de uma “dinâmica obrigacional”⁵, cabendo ao agente interessado se enquadrar em uma dessas bases legais para que o tratamento de dados pessoais seja reputado legítimo e lícito no ordenamento jurídico nacional.

Evidentemente, nenhuma norma jurídica afasta a possibilidade de violação aos preceitos legais e, de modo a reforçar a tutela da proteção de dados pessoais, o legislador nacional estabeleceu sanções administrativas mediante atuação principal – mas não exclusiva – da Agência Nacional de Proteção de Dados (ANPD)⁶ e o dever de indenizar dos agentes de tratamento que, em razão do exercício de atividade de tratamento de dados, causarem danos aos titulares, individual ou coletivamente. Todavia, o legislador permaneceu silente quanto à possibilidade de os agentes de tratamento restituírem eventuais lucros auferidos a partir do tratamento, sem fundamento legal, dos dados pessoais, seja no plano da tutela individual, seja no plano da tutela coletiva, embora a hipótese de violação das regras de conduta em prol do lucro seja reconhecida como um dos grandes desafios da economia movida a dados⁷.

Nesse contexto, a presente pesquisa, apresentada como Tese para obtenção do título de Doutora junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa

⁴ DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*: elementos da formação da Lei Geral de Proteção de dados. 2 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

⁵ Expressão extraída de BIONI, Bruno. Legítimo Interesse: aspectos gerais a partir de uma visão obrigacional. In: DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang; MENDES, Laura Schertel; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. *Tratado de Proteção de Dados Pessoais*. E-book. Rio de Janeiro: Forense, p. 176-189, 2021.

⁶ De acordo com o artigo 55-A da LGPD: Fica criada a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), autarquia de natureza especial, dotada de autonomia técnica e decisória, com patrimônio próprio e com sede e foro no Distrito Federal. Entre as competências da ANPD (artigo 55-J da LGPD), estão: fiscalizar e aplicar sanções em caso de tratamento de dados realizado em descumprimento à legislação; e promover e elaborar estudos sobre as práticas nacionais e internacionais de proteção de dados pessoais e privacidade

⁷ Por todos, ver: ZUBOFF, Shoshana. *The Age of Surveillance Capitalism*. London: Profile Books Ltd, 2019.

Catarina, objetiva justamente verificar se e em que medida é possível fundamentar uma pretensão ao lucro da intervenção enquanto enriquecimento sem causa nos casos de tratamento de dados pessoais, considerando o conteúdo de destinação jurídico das posições jurídicas individuais e coletivas à luz da ordenação jurídica brasileira.

Trata-se de tarefa inovadora, não só pelo ineditismo da disciplina da proteção de dados pessoais no Brasil e pela ausência de um estudo aprofundado na dinâmica proposta⁸, como também pelo atual estágio de amadurecimento do lucro da intervenção na civilística nacional, visto que a temática, por si só, permanece desconhecida por grande parte da doutrina nacional e aqueles estudiosos que se debruçaram sobre o tema divergem claramente sobre o seu enquadramento dogmático em um dos institutos do Direito Civil, na área dita patológica do Direito das Obrigações, reconhecidos na leitura do ordenamento jurídico pátrio.

Sustenta-se, de um lado, que a pretensão ao lucro da intervenção deve ser enquadrada no instituto do enriquecimento sem causa, por se coadunar com os requisitos “às custas de outrem” e “sem justa causa” contidos no *caput* do artigo 884 do Código Civil de 2002⁹. De outro lado, defende-se que a restituição do lucro da intervenção necessita ser inserida nos quadros da responsabilidade civil aquiliana, ora considerando as funções preventiva e punitiva¹⁰, ora a função restitutória deste instituto obrigacional, sob as justificativas de que estes lucros decorrem de uma conduta ilícita¹¹ e de que o enriquecimento sem causa é instituto

⁸ Não foi encontrado um trabalho aprofundado com a abordagem proposta no direito brasileiro, principalmente no que tange à extensão da pretensão ao lucro da intervenção à tutela coletiva. O único estudo que tratou sobre os lucros auferidos pelo agente interventor nos casos de uso indevido de dados pessoais, se reservou a realizar uma abordagem sob a ótica da responsabilidade civil, enquanto ilícito lucrativo. Cf. MAIMONE, Flávio Henrique C. P. Responsabilidade civil na LGPD: efetividade na proteção de dados pessoais. Indaiatuba: Foco, 2022.

⁹ Em defesa a esse entendimento: KROETZ, Maria Candida do Amaral. *Enriquecimento sem causa no direito civil brasileiro contemporâneo e recomposição patrimonial*. Tese de doutoramento. Curitiba: UFPR, 2005, p. 158 e ss.; MICHELON JÚNIOR., Claudio. *Direito restitutivo: enriquecimento sem causa, pagamento indevido, gestão de negócios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 237 e ss.; SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa: o lucro da intervenção*. São Paulo: Atlas, 2012; MOREIRA, Mario Thiago. A subsidiariedade da norma de vedação ao enriquecimento sem causa no Código Civil de 2002: releitura e novos limites. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014, p. 154 e ss.; LINS, Thiago. *O lucro da intervenção e o direito à imagem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016; GUIA SILVA, Rodrigo da. *Enriquecimento sem causa: as obrigações restitutórias no Direito Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 300 e ss.; SCHREIBER, Anderson; GUIA SILVA, Rodrigo da. Lucro da Intervenção: perspectivas de qualificação e quantificação. *Direito Civil: Estudos - Coletânea do XV Encontro dos Grupos de Pesquisa - IBDCIVIL*. São Paulo: Blucher, p. 175-206, 2018; e MORAES, Renato Duarte Franco de. *Enriquecimento sem causa e o enriquecimento por intervenção*. São Paulo: Almedina, 2021, p. 52.

¹⁰ ANDRADE, André Gustavo Correia de. *Dano moral e indenização punitiva: os punitive damages na experiência do common law e na perspectiva do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 261 e ss.; e GIRARDI, Viviane. A problemática dos lucros ilícitos no sistema legal brasileiro: o lucro da intervenção. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2019.

¹¹ 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; ROSENVALD, Nelson. *A Responsabilidade Civil pelo Ilícito Lucrativo: o disgorgement e a indenização restitutória*. Salvador: JusPodivm, 2019; e PAVAN, Vitor Ottoboni. *Responsabilidade Civil e ganhos ilícitos: a quebra do paradigma reparatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020; e MAIMONE, 2022.

subsidiário na sistemática brasileira à luz do artigo 886 do Código Civil de 2002. Finalmente, há quem defenda não ser possível uma abordagem unitária do lucro da intervenção, uma vez que este está consagrado, ora no enriquecimento sem causa, ora na responsabilidade civil¹². Existem, ainda, em cada uma das posições doutrinárias, valiosas discussões sobre os critérios quantitativos a serem adotados para a restituição destes lucros da intervenção.

Os tribunais nacionais, por sua vez, não haviam se manifestado sobre a possibilidade de restituir o lucro da intervenção até o julgamento do caso da atriz Giovanna Antonelli pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) em 02 de outubro de 2018. Diante da utilização sem autorização de sua imagem e de seu nome em uma campanha publicitária de um produto comercializado pela empresa Dermo Formulações Farmácia de Manipulação Ltda, a atriz nacional requereu a restituição dos lucros da intervenção, ou seja, dos lucros que a empresa interventora obteve a partir da venda do produto durante o período em que este foi associado à atriz sem qualquer autorização. A Corte Superior acolheu a pretensão da atriz e determinou a restituição dos lucros da intervenção por meio do instituto do enriquecimento sem causa, realizando ainda algumas ressalvas em termos quantitativos¹³.

Desde então, novas demandas envolvendo a pretensão ao lucro da intervenção estão sendo decididas pelos tribunais nacionais e é possível verificar certas dificuldades sistemáticas sobre a matéria, principalmente diante da identificação de critérios sólidos de apuração do lucro da intervenção, da possibilidade de cumulação de eventuais pretensões originadas do mesmo evento e da crescente defesa doutrinária sobre a possibilidade de restituição dos lucros da intervenção nos quadros da responsabilidade civil¹⁴.

Considerando essa realidade nacional e a abordagem investigativa que se propõe, portanto, a presente pesquisa será desenvolvida por meio do método de abordagem dedutivo e da técnica de pesquisa essencialmente bibliográfica, com consulta de fontes primárias e secundárias, nacionais e estrangeiras, assim como de casos concretos disponíveis em repertórios dos tribunais brasileiros e estrangeiros, e será estruturada em dois capítulos.

¹² KONDER, Carlos Nelson. Dificuldades de uma abordagem unitária do lucro da intervenção. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 13. ano 4., 2017; e TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Considerações acerca da exclusão do lucro ilícito do patrimônio do agente ofensor. *Revista da Faculdade de Direito*. UERJ, Rio de Janeiro, n. 28, dez, 2015.

¹³ Cf. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. *REsp 1698701/RJ*, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Brasília, 02 de outubro de 2018.

¹⁴ Por exemplo, a própria Corte Superior recentemente, no caso envolvendo a reprise da telenovela “Pantanal”, sem autorização do escritor Benedito Ruy Barbosa, pelo estúdio TVSBT CANAL 4 DE SÃO PAULO S.A. (SBT), considerou que para a quantificação dos danos morais deve-se apurar (a partir de prova pericial) os lucros percebidos pelo SBT durante o período de exibição desautorizada da telenovela, uma vez que a indenização dos danos morais ao escritor deve ser fixada a partir de um percentual sobre tal verba (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. *REsp 1.983.290 / SP*, Rel. Min. Moura Ribeiro, 26 de abril de 2022).

O primeiro capítulo se dedica ao enquadramento do lucro da intervenção no ordenamento jurídico nacional e, por isso, examinar-se-ão: a) as noções essenciais dos institutos da responsabilidade civil e do enriquecimento sem causa enquanto fontes do Direito das Obrigações, desde seu elo comum até suas distinções funcionais, com destaque ao desenvolvimento do enriquecimento sem causa; e b) o tratamento conferido ao lucro da intervenção nos países de tradição jurídica romano-germânica¹⁵, especialmente Alemanha, Portugal e Espanha, eis que o problema que se apresenta foi tratado inicialmente no direito alemão e, posteriormente, foi desenvolvido nas doutrinas portuguesa e espanhola.

O estudo de outras realidades jurídicas, ademais, servirá de importante lente de inspiração para, resguardadas as particularidades nacionais, verificar quais critérios podem ser adotados para identificar as posições jurídicas merecedoras de tutela no âmbito do lucro da intervenção e em que medida esses lucros podem ser restituídos aos respectivos titulares.

Já o segundo capítulo se volta ao problema central desta Tese, ou seja, ao tratamento de dados pessoais e a possibilidade de restituição dos lucros da intervenção nos casos de tratamento de dados pessoais no ordenamento jurídico brasileiro.

Em síntese, busca-se: a) compreender o papel central dos dados pessoais na economia contemporânea e a proteção jurídica concedida aos titulares desses dados no ordenamento jurídico pátrio; e b) verificar se e em que medida a natureza desse direito permite que os lucros originados do tratamento de dados pessoais sejam reservados ao respectivo titular ou, ainda, a uma determinada coletividade, especialmente porque o artigo 22 da LGPD reconhece que “a defesa dos interesses e dos direitos dos titulares de dados poderá ser exercida em juízo, individual ou coletivamente”. Esta análise, então, terá como fio condutor a teoria fundante do instituto do enriquecimento sem causa na modalidade da *condictio* por intervenção – a teoria do conteúdo de destinação jurídica dos direitos –, o direito à proteção de dados pessoais e as disposições da LGPD, especialmente as bases legais elencadas nos artigos 7º e 11 da LGPD.

Torna-se necessário, antes de ingressar na análise proposta, realizar ainda algumas ressalvas terminológicas para facilitação do leitor. Destaca-se que a expressão “lucro da intervenção” será empregada ao longo desta pesquisa enquanto incremento patrimonial líquido¹⁶ presente no patrimônio do agente a partir do ato da intervenção. Tal conceito é

¹⁵ René David identifica que a “família romano-germânica” agrupa os países nos quais a ciência do direito se formou sobre a base do Direito Romano. Tem seu berço no continente europeu, que influenciou a formação de outros ordenamentos jurídicos, como é o caso do Brasil. (DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 23).

¹⁶ Diz-se líquidos, pois “interessa apurar a renda líquida, pelo que é preciso deduzir dos acréscimos patrimoniais as despesas que hajam sido necessárias para a obtenção do ganho efetivo” (NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 65).

entendido como a “recompensa e a motivação para a instalação e continuidade de um empreendimento na sociedade capitalista”¹⁷ à luz das Ciências Econômicas, e se difere da concepção clássica de “enriquecimento” tratada nas Ciências Jurídicas, que compreende tão somente os valores que normalmente seriam acordados entre as partes para a realização daquele trabalho ou para o uso, consumo e fruição de um determinado bem ou direito subjetivo alheio. Tal concepção clássica será, ainda, abordada nesta pesquisa como “valores de mercado”¹⁸. Finalmente, todas as vantagens econômicas provenientes do ato de intervenção, em uma concepção ampla e genérica, compreendendo os valores de mercado e o lucro da intervenção, serão denominadas simplesmente de “vantagens econômicas” ou “vantagens patrimoniais”.

A título de exemplo, imagine-se que um determinado sujeito invade um terreno alheio para a colocação e exploração comercial de um *outdoor*. Agindo assim, o sujeito poupará, em um primeiro momento, os aluguéis do terreno. Tal economia está enquadrada na concepção clássica de enriquecimento no direito brasileiro e, nesta pesquisa, será denominada de valores de mercado. Todavia, esse sujeito também poderá obter lucros (líquidos) com a exploração comercial deste *outdoor*. Tais lucros se enquadram no conceito de lucro da intervenção. Percebe-se que um termo é totalmente independente do outro, dado que a simples poupança dos alugueres caracteriza uma vantagem econômica para o agente interventor, mas não quer dizer que este agente obteve lucros, que só serão auferidos a partir do sucesso das locações do *outdoor*, descontados os eventuais gastos e despesas da atividade empreendedora¹⁹.

Nota-se assim que a relevância prática da presente pesquisa também consiste em destacar o próprio instituto do enriquecimento sem causa no direito pátrio, deslocado da mera possibilidade de restituir os “valores de mercado”. Com isso, o intérprete-julgador poderá aprimorar seus critérios interpretativos e decisórios no âmbito deste “esquecido” instituto obrigacional, não só nos casos de tratamento de dados pessoais sem base de legal, como também em outras situações práticas que envolvem a obtenção de vantagens econômicas a partir do uso sem autorização de direitos subjetivos alheios ou de outras posições jurídicas análogas.

¹⁷ FUJI, Alessandra Hirano. O conceito de lucro econômico no âmbito da contabilidade aplicada. *Revista Contabilidade & Finanças*, v. 15, n. 36, p. 74-86, 2004, p. 76.

¹⁸ O termo “valores de mercado” é uma opção desta pesquisa considerando a dinâmica nacional.

¹⁹ Essa diferenciação é importante porque nos direitos alemão e português as vantagens econômicas que determinado sujeito auferir a partir de um ato de intervenção, não autorizado, em um direito subjetivo alheio ou em uma posição jurídica análoga, em um sentido amplo, são reconhecidas como lucro da intervenção (*eingriffserwerb* e *lucro por intervenção*, respectivamente). Somente entre os espanhóis que esta separação terminológica ocorre como a proposta, sendo o termo lucro da intervenção (*ganancias obtenidas*) empregado apenas ao tratar sobre os lucros líquidos auferidos pelo agente interventor.

2 O REGIME JURÍDICO ADEQUADO AO LUCRO DA INTERVENÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A definição do regime jurídico adequado ao lucro da intervenção no ordenamento jurídico brasileiro está ligada às noções essenciais dos institutos da responsabilidade civil e do enriquecimento sem causa, mormente no lugar que o dano e o enriquecimento ocupam²⁰.

Essa análise tem sua razão de ser, não só porque a doutrina nacional diverge quanto ao enquadramento do lucro da intervenção no ordenamento jurídico nacional, como também porque o fato de pessoas lucrarem ao intervirem, sem autorização, nas posições jurídicas alheias passou despercebido, por muito tempo, por grande parte da civilística na tradição jurídica romano-germânica. Enquanto o dano e o enriquecimento ganharam destaque na doutrina do direito moderno, o lucro da intervenção conquistou a atenção de poucos.

Todavia, esse problema fático demanda uma solução jurídica na contemporaneidade brasileira, cabendo a uma dessas instituições do Direito das Obrigações a recondução do equilíbrio preexistente rompido²¹, mormente porque a pretensão ao lucro da intervenção está, como disserta Júlio Manuel Viera Gomes, em uma espécie de limbo ou de “terra-de-ninguém”, entre os institutos da responsabilidade civil e do enriquecimento sem causa, sendo sua exata localização condicionada à compreensão das noções essenciais de cada um dos institutos²².

Por essas razões, as próximas seções cuidarão de identificar as noções essenciais da responsabilidade civil e do enriquecimento sem causa enquanto fontes do Direito das Obrigações, desde seu elo comum até suas distinções funcionais.

2.1 AS FONTES OBRIGACIONAIS ENQUANTO RECONDUTORAS DA ORDEM NATURAL DAS RIQUEZAS NA CONTEMPORANEIDADE

A identificação do elo comum e da distinção funcional da responsabilidade civil e do enriquecimento sem causa remetem, inicialmente, à compreensão das fontes do Direito das

²⁰ Conforme as considerações pioneiras de Francisco Manuel Pereira Coelho em Portugal, “[...] uma reflexão sobre o lucro da intervenção tem de ser uma reflexão sobre o enriquecimento e sobre o dano, sobre a noção de enriquecimento e de dano relevante no enriquecimento sem causa e na responsabilidade civil [...]” (PEREIRA COELHO, Francisco Manuel. *O enriquecimento e o dano*. Coimbra: Almedina, 1970, p. 13).

²¹ É importante destacar que a temática do lucro da intervenção não possui relação com as fontes negociais. Como bem pontua Carlos Nelson Konder, “claramente, essa não é a fonte aplicável, pois todas as formas de lucro da intervenção são marcadas pela ausência de consentimento do titular do direito e, portanto, impossível inferir, em qualquer delas, um acordo de vontades” (KONDER, 2017, p. 236).

²² VIEIRA GOMES, Júlio Manuel. *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1998, p. 792.

Obrigações, ramo do Direito Civil que se ocupa, fundamentalmente, mas não exclusivamente, das repartições e transferências de bens entre as pessoas²³.

Isso porque a unidade do Direito das Obrigações não é fornecida a partir de uma semelhança funcional ou material entre as relações da vida que regula, mas sim das consequências jurídicas geradas a partir de uma relação obrigacional. Sempre que surja estruturalmente a vinculação entre duas (ou mais) pessoas à adoção de uma determinada conduta, essa situação será potencialmente regulada pelo Direito das Obrigações²⁴.

Luís Manuel Teles de Menezes Leitão pontua, neste contexto, que o Direito das Obrigações abrange matérias sujeitas a campos distintos, mas que são unificadas diante do conceito geral de Obrigação²⁵. Porque a Obrigação é um “vínculo jurídico em virtude do qual uma pessoa fica adstrita a satisfazer uma prestação em proveito de outra”²⁶²⁷, mas entender a constituição deste vínculo jurídico remonta à compreensão das categorias de fatos jurídicos que podem produzi-lo e que são denominados na civilística como fontes de Obrigações.

Ao indagar a fonte de uma Obrigação, Orlando Gomes ensina que se procura conhecer o fato jurídico ao qual a lei atribui o efeito de suscitá-la, porque entre a norma jurídica e a Obrigação se configura sempre um fato, considerado idôneo por um determinado ordenamento jurídico para estabelecer esse dever de prestar²⁸.

Todavia, o estudo das fontes das Obrigações tem ocupado os estudiosos durante séculos nos países de tradição jurídica romano-germânica²⁹. A primeira e mais importante

²³ NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 40. No mesmo sentido, MOTA PINTO, Paulo. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*. Vol. I. Coimbra: Editora Coimbra, 2008, p. 470.

²⁴ MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de. *Direito das Obrigações*. Vol. 1. Introdução. Da constituição das obrigações. 15. ed. Coimbra: Almedina, 2018, p. 14.

²⁵ MENEZES LEITÃO, 2018, p. 14.

²⁶ GOMES, Orlando. *Obrigações*. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1968, p. 36 e PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de Direito Civil. *Teoria Geral das Obrigações*. 29 ed. Rev. e atual. Guilherme Calmon Nogueira da Gama, 2020, p. 23. Essa é a concepção mais antiga de Obrigação e está nas Institutas do *Corpus Juris Civilis* de Justiniano: “*obligatio est juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicujus solvendae rei, secundum nostrae civitatis jura* (3,13, pr.) (obrigação é um vínculo jurídico pelo qual ficamos adstritos à necessidade de solver uma coisa, em conformidade com as normas jurídicas de nossa cidade)” (NORONHA, 2013, p. 30).

²⁷ Não é desconhecido que outros doutrinadores, a exemplo de Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, Andreas Von Tuhr, João de Matos Antunes Varela e Fernando Noronha, relacionam o conceito de Obrigação à noção de relação jurídica (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Parte Especial. Tomo XXII. Atualizado por Nelson Nery e Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 55; VON TUHR, A. *Tratado de las Obligaciones*. Trad. De W. Roces. Granada: Editorial Comares, 2007, p. 1; ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das Obrigações em Geral*. v. I, 10 ed., Coimbra: Almedina, 2000, p. 62; e NORONHA, 2013, p. 28-29). Isso porque uma relação jurídica não deixa de ser um vínculo, porém é a relação jurídica que delimita a atribuição de poderes e deveres juridicamente exigíveis, com vista à realização de determinadas finalidades. Por essa via, uma Obrigação é a relação jurídica em que uma pessoa pode exigir de outra a realização de uma prestação, que satisfaz um interesse da primeira (NORONHA, 2013, p. 28).

²⁸ GOMES, 1968, p. 36.

²⁹ O objetivo desta seção é tão somente situar o leitor sobre a configuração das fontes das Obrigações na contemporaneidade, delimitando os contornos necessários ao enriquecimento sem causa e à responsabilidade civil.

classificação das fontes das Obrigações é atribuída à formulação das Institutas de Gaio, desenvolvida no período do Direito Romano clássico. Segundo essas passagens, as fontes de Obrigações estariam classificadas entre o contrato (*Obligations quae ex contractu nascuntur*) e o delito (*Obligations quae ex delictu nascuntur*). Ou seja, o vínculo obrigacional neste período nascia ora de uma manifestação de vontade, ora de uma conduta ilícita³⁰.

Essa classificação veio a ser complementada a partir do desenvolvimento do próprio Direito Romano. Os jurisconsultos romanos, com o passar do tempo, viram-se confrontados com novos tipos de Obrigações, sejam lícitas sejam ilícitas, mas estranhas aos contratos e aos delitos³¹ e, no período romano pós-clássico, duas novas figuras foram acrescentadas à classificação originária de Gaio: os quase-contratos e os quase-delitos³².

Conquanto essas classificações tenham sido fonte de grande inspiração da doutrina moderna e dos códigos oitocentistas³³, com o reconhecimento do que na atualidade se tem por fontes negociais e de responsabilidade civil, a Escola do Direito Natural teve sua contribuição para a classificação das fontes das Obrigações na contemporaneidade, mormente diante do reconhecimento do instituto do enriquecimento sem causa como fonte de Obrigações.

Hugo Grócio foi o primeiro autor a classificar o enriquecimento sem causa como fonte autônoma de Obrigações³⁴. Dos preceitos de justiça constantes nas passagens do Digesto de

Por isso, não serão analisadas todas as diversas classificações que se concretizaram desde o período romano até os dias atuais. Para mais esclarecimentos sobre o tema, ver: TEIXEIRA, Cedric. *La classification des sources des obligations du droit romain à nos jours*. Tese de doutoramento. Lyon: Université Jean Moulin, 2011.

³⁰ TEIXEIRA, 2011, p. 21. Conforme a passagem das Institutas de Gaio: “*Nunc transeamus ad obligationes, quarum summa divisio in duas species diducitur: omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur, aut ex delicto.*”. Tradução livre: Passamos agora às obrigações, cuja grande divisão se revolve em duas espécies: pois toda obrigação nasce do contrato ou do delito. (TEIXEIRA, 2011, p. 21).

³¹ TEIXEIRA, 2011, p. 49. Não é desconhecimento desta pesquisa que os estudiosos do Direito Romano, nos séculos seguintes, atribuíram a Gaio uma segunda classificação a partir de passagens do Digesto de Justiniano. Segundo tais passagens, Gaio teria acrescentado as obrigações que nascem de vários tipos de causas (*Obligations quae ex delictu nascuntur*), o que posteriormente teria dado origem à quadripartição das fontes obrigacionais. Para maiores considerações sobre o assunto, ler: TEIXEIRA, 2011, p. 49 e ss.

³² TEIXEIRA, 2011, p. 69. Segundo o autor, muitos doutrinadores na modernidade criticaram esta classificação, pois as categorias dos quase-contratos e dos quase-delitos nasceram diante da falta de um dos elementos constitutivos do contrato e do delito, respectivamente. Isso se deve ao fato, em apertada síntese, de que os contratos reuniam os atos jurídicos lícitos que decorriam de convenções entre as partes e os quase-contratos reuniam os atos jurídicos lícitos que não decorriam de convenções entre as partes. Já os delitos agrupavam os atos ilícitos eivados de dolo e os quase-delitos, os atos ilícitos eivados de culpa (TEIXEIRA, 2011, p. 70 e ss). Por outro lado, Reinhard Zimmermann pontua que essa interpretação doutrinária dos quase-delitos e dos delitos era equivocada. Para o autor alemão, “o quase-delito era um nicho sistemático para uma série de instâncias extracontratuais de responsabilidade sem culpa; esses eram, portanto, mantidos separados da responsabilidade delitual, que dependia de culpa.” (ZIMMERMANN, Reinhard. *Direito romano e cultura europeia. Revista de Direito Civil Contemporâneo*. Trad. Otávio Luiz Rodrigues Júnior. Vol 7. 2016, p. 5).

³³ A classificação quadripartite das fontes das Obrigações recebeu grande prestígio na modernidade, principalmente com os escritos de Robert Joseph Pothier em França, servindo de base de estudos em muitos ordenamentos jurídicos. Para Pothier, toda obrigação poderia ser reconduzida às fontes tradicionais romanas (contratos, quase-contratos, delitos, quase-delitos) ou à norma jurídica (TEIXEIRA, 2011, p. 159 e ss).

³⁴ Segundo Robert Feenstra, os juristas romanos não desenvolveram o enriquecimento sem causa como fonte de Obrigações, no mesmo nível do contrato e do delito (FEENSTRA, Robert. *Grotius' Doctrine of Unjust Enrichment*

Justiniano e da influência canônica, Grócio classificou as fontes obrigacionais em dois grandes grupos: a promessa e a desigualdade. A promessa compreendia as fontes negociais (o contrato) e a desigualdade estava subdividida naquelas causadas por outrem (o delito) e naquelas em que outros se beneficiavam, ou seja, o enriquecimento sem causa³⁵.

É nesse contexto que se colocam, pela primeira vez, na história da civilística, a responsabilidade civil e o enriquecimento sem causa como fontes autônomas de Obrigações, desenhando-se contornos indispensáveis para a classificação contemporânea brasileira.

Isso porque na sistemática do direito brasileiro se dá lugar à proposta da tripartição das fontes obrigacionais de Fernando Noronha. Da leitura dos princípios éticos-jurídicos romanos e da ordenação do Código Civil brasileiro de 2002, Noronha propôs a divisão das Obrigações em três grandes categorias: obrigações negociais, obrigações de responsabilidade civil e obrigações de enriquecimento sem causa. Nas palavras do autor:

[...] Ulpiano, um dos cinco juriconsultos clássicos a cujas opiniões uma lei dos imperadores Teodósio II e Valentiano III veio a reconhecer a força obrigatória (era a Lei das Citações, do ano 426), formulou a conhecida máxima sobre o que denominava de “preceitos do direito” (*juris praecepta*): *neminem laedere, suum cuique tribuere, honeste vivere* (D. 1, 1, 10, 1). Trata-se de máxima que, porventura ligeiramente modificada para *neminem laedere, suum cuique tribuere, pacta servare*, quase que sintetiza os princípios fundamentais subjacentes a cada uma daquelas três categorias obrigacionais. [...] As obrigações negociais têm na sua base o princípio de que quem assume livremente uma obrigação, deve cumpri-la [...], não deixando, aliás, de estar contido na expressão de Ulpiano *honeste vivere*, viver honestamente. As obrigações de responsabilidade civil baseiam-se essencialmente no princípio *neminem laedere*, não lesar ninguém: quem causa um dano a outrem, deve repará-lo. As obrigações de enriquecimento sem causa assentam no velho princípio de justiça *suum cuide tribuere*, dar a cada um o que é seu, e mesmo que este princípio tenha um alcance bem maior: quem se beneficiou com algo alheio, deve restituir o valor do benefício³⁶.

Para Noronha, ainda, ao anunciar a diversidade de funções que desempenham as Obrigações, está-se reportando à diversidade de interesses que são prosseguidos em cada uma

as a Source of Obligation: its Origin and its Influence in Roman-Dutch Law, in Unjust Enrichment, coord. por Eltjo J.H. Schrage, 2ª ed., Berlin: Duncker und Humblot, p. 197-236, 1999, p. 198).

³⁵ FEENSTRA, 1999, p. 201 e 217; e ZIMMERMANN, Reinhard. *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town: Juta, 1990, p. 885. Zimmermann complementa afirmando que “Está claro pelo contexto que isso não é meramente a *condictio sine causa (specialis)* romana, mas o enriquecimento sem causa à custa de outrem como uma fonte geral de obrigação.” Tradução livre de “*It is clear from the context that this is not merely the Roman condictio sine causa (specialis) but enrichment sine causa at somebody else's expense as a general source of obligation*” (ZIMMERMANN, 1990, p. 886).

³⁶ NORONHA, 2013, p. 445-446 (grifos do autor). Destaca-se que grande parte da doutrina nacional sob a égide do Código Civil de 1916 negava o reconhecimento do enriquecimento sem causa como fonte de Obrigações. Entre os poucos que defendiam o contrário, é possível destacar os ensinamentos de Orlando Gomes, para quem: “Das situações de condicionam o nascimento de obrigações, oferece particular relevo, a ponto de ser destacado como fonte autônoma, aquela em que se contra alguém que, sem causa legítima, obteve vantagem patrimonial à custa de outrem. Diz-se que, nesse caso, há enriquecimento sem causa. A lei condena, compelindo quem tirou o preceito, a restituí-lo, criando-se, desse modo, uma obrigação.” (GOMES, 1968, p. 45).

delas. Daí por que a tripartição entre obrigações negociais, de responsabilidade civil e de enriquecimento sem causa, constitui a divisão fundamental das Obrigações para o autor³⁷.

Diante de tais perspectivas, depreende-se que a responsabilidade civil e o enriquecimento sem causa são fontes autônomas de Obrigações e, em suas raízes, são duas maneiras de implementar a máxima de justiça de Ulpiano e os preceitos do Direito daí decorrentes: *honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*³⁸, na busca por preservar a distribuição natural das riquezas. Todavia, como bem enfatiza Reinhard Zimmermann, um instituto é o espelho do outro: a responsabilidade civil olha para o prejuízo da vítima e o enriquecimento sem causa para a vantagem do ofensor³⁹.

Em sentido semelhante, Diego José Paredes Leite de Campos considera que tanto o enriquecimento sem causa quanto a responsabilidade civil se dirigem à restauração de um equilíbrio desfeito, à redistribuição da riqueza de acordo com as exigências legais da justiça, visto que é mediante esses institutos que aspectos fundamentais da morfologia e da fisiologia da ordenação dos bens são protegidos. Contudo, as fontes das obrigações de indenizar e de restituir se diferem na determinação de seu objeto: dano e enriquecimento⁴⁰.

Dessa forma, passa-se a identificar a função específica de cada um dos institutos, porque sobretudo aí repousam os questionamentos iniciais sobre o lucro da intervenção.

2.2 A DISTINÇÃO FUNCIONAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL E DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA

A diferença funcional da responsabilidade civil e do enriquecimento sem causa na contemporaneidade está alicerçada no primeiro e principal pressuposto de cada um dos institutos: o dano e o enriquecimento. Em essência, o instituto da responsabilidade civil pressupõe a existência de um dano – suportado pela vítima – a ser indenizado por seu agente ofensor e o enriquecimento sem causa objetiva extrair a vantagem patrimonial localizada – sem causa jurídica – no patrimônio deste agente causador⁴¹.

³⁷ NORONHA, 2013, p. 439.

³⁸ Tradução livre: “viver honestamente, não lesar outrem, dar a cada um o que é seu”.

³⁹ ZIMMERMANN, Reinhard. Unjustified enrichment: the modern civilian approach. *Oxford Journal of Legal Studies*, Oxford University Press, vol. 15, n. 3, p. 403-429, 1995, p. 404.

⁴⁰ LEITE DE CAMPOS, Diego José Paredes. Enriquecimento sem causa e responsabilidade civil. *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, p. 39-55, 1982, p. 49.

⁴¹ Díez-Picazo chega a afirmar que “o acúmulo de diferenças [entre os institutos] é tal e todas elas são tão contundentes que se chega a duvidar da necessidade de elevar a distinção, porque o que é completamente distinto não precisa ser distinguido”. No original: “El cúmulo de diferencias es tal y todas ellas tan contundentes que se llega a dudar de la necesidad de plantear la distinción porque lo que es completamente distinto no tiene por qué distinguirse”. É importante frisar que o autor reconhece que ao tratar de intervenção não autorizada em direitos

Ao perquirir especificamente sobre a função da responsabilidade civil na contemporaneidade, percebe-se que este instituto busca proteger a esfera jurídica de cada indivíduo por meio da reparação dos danos por outrem causados – danos à pessoa ou ao patrimônio –, tutelando essencialmente o interesse da vítima do evento danoso^{42,43}.

José de Aguiar Dias ensina que, embora nos tempos primitivos a responsabilidade civil estivesse alicerçada na noção de vingança privada, o desenvolvimento da própria sociedade romana proporcionou a substituição da vingança privada pela composição da vítima⁴⁴. Isto é, ainda que a sociedade romana não demandasse a complexidade contemporânea, a dissolução da noção de vingança privada da responsabilidade civil teve início no próprio Direito Romano.

A esse respeito, Alvino Lima disserta que:

É incontestável, entretanto, que a evolução do instituto da responsabilidade extracontratual ou aquiliana se operou, no direito romano, no sentido de se introduzir o elemento subjetivo da culpa, contra o objetivismo do direito primitivo, expurgando-se do direito a ideia de pena, para substituí-la pela de reparação do dano sofrido⁴⁵.

Em outras palavras, ao dar ênfase ao resultado da conduta lesiva, a teoria e a práxis romanas proporcionaram o início de uma gradual evolução do eixo da responsabilidade civil. De forma lenta, mas constante, os juriconsultos passaram a questionar a noção de pena privada, assim como a tipologia que dominou a disciplina dos delitos por séculos, para alinhar o dever de indenizar à reparação dos danos culposamente causados ainda no período romano⁴⁶.

alheios esta distinção pode ficar mais difícil (DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON, Luis. La doctrina del enriquecimiento injustificado. In: DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON, Luis; DE LA CAMARA, Manuel. *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*. Madri: Editorial Civitas, 1988, p. 56 e 117).

⁴² NORONHA, 2013, p. 452-453.

⁴³ É importante destacar que não é objetivo desta tese traçar a evolução histórica da responsabilidade civil, mas tão somente delimitar a função precípua da responsabilidade civil.

⁴⁴ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1944, p. 22. Em análise histórica, traça o autor que “em síntese, é esta, pois, a evolução da responsabilidade civil no direito romano: da vingança privada ao princípio de que a ninguém é lícito fazer justiça pelas próprias mãos, à medida que se afirma a autoridade do Estado; da primitiva assimilação da pena com a reparação, para a distinção entre a responsabilidade civil e responsabilidade penal, por insinuação do elemento subjetivo da culpa, quando se entremostra o princípio *nulla poena sine lege*. Sem dúvida, fora dos casos expressos, subsistia na indenização o caráter de pena. Mas os textos autorizadores das ações de responsabilidade se multiplicaram, a tal ponto que, no último estágio do direito Romano, contemplavam, não só os danos materiais, mas também os próprios danos morais” (DIAS, 1944, p. 26).

⁴⁵ LIMA, Alvino. *Da Culpa ao Risco*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1938, p. 16.

⁴⁶ CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. *Responsabilidade civil sem dano: uma análise crítica. Limites epistêmicos a uma responsabilidade civil preventiva ou por simples conduta*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 138 e ss. O autor elucida ainda que foi a *Lex Aquilia* romana que proporcionou a inclusão da culpa como fator de atribuição da responsabilidade civil, introduzindo a ideia de que é dever do autor de um dano compensar os prejuízos daí resultantes. Porém, não era uma cláusula genérica. A *Lex Aquilia* estava dividida em três capítulos (da morte dos cavalos ou de animais, das espécies que pastam em rebanhos; da quitação por parte do *estipulador* com prejuízo do credor estipulante; e da destruição de bens materiais por meio de atividades específicas como queimar, quebrar ou romper) e, gradualmente, houve uma expansão da tutela aquiliana. Transformando-se, assim, em um mecanismo para a compensação de danos em detrimento do viés penal (CARRÁ, 2015, p. 124-138).

Essa evolução da responsabilidade civil se quedou nítida por meio da construção do direito comum (*ius commune*)⁴⁷ durante a recepção do Direito Romano no medievo europeu⁴⁸, uma vez que entre as grandes contribuições desse período histórico está o esgotamento da natureza penal do instituto, a partir do desenvolvimento doutrinário de que a obrigação civil decorrente da conduta ilícita não poderia ter conteúdo superior ao do dano causado⁴⁹.

Trata-se do princípio da reparação integral dos prejuízos, acolhido e aperfeiçoado posteriormente pela Escola do Direito Natural. Também responsável pela consagração da acepção de que a conduta antijurídica e culposa gera a obrigação de indenizar todos os danos causados, sendo Hugo Grócio o primeiro jusnaturalista a tratar especificamente sobre a temática, delineando a responsabilidade civil como uma obrigação essencialmente compensatória. Tal ocorreu, pois Grócio defendia que ao instituto da responsabilidade civil caberia tão somente a reparação da desigualdade culposamente sofrida, ainda que a conduta delituosa do agente ofensor pudesse gerar consequências (penais e cíveis) distintas⁵⁰.

Tal desenvolvimento da Escola do Direito Natural influenciou a dogmática jurídica na modernidade em França – assim como os códigos oitocentistas na sequência do Código de Napoleão de 1804⁵¹ –, de modo que a responsabilidade civil se alicerçou no pressuposto da culpa neste período histórico. Ou seja, o dever de indenizar só seria imputado se o dano fosse decorrente de uma conduta antijurídica e culposa (ou dolosa) do ofensor, exigindo-se, assim, a valoração moral da conduta do causador do dano para caracterização do dever de indenizar.

⁴⁷ Por *ius commune* se deve entender o direito comum europeu, fruto de um fenômeno de natureza científico-doutrinal, formado nas universidades continentais na Europa, a partir do século XII, com a unificação das várias fontes do direito existentes na época (direito romano-justiniano, direito canônico e direitos locais). Foi o direito comum ainda a base para o desenvolvimento da legislação própria dos reinos europeus nascentes e constituiu o fundamento para a ciência jurídica europeia (HESPANHA, Antônio Manuel. *História das Instituições: épocas medieval e moderna*. Coimbra: Almedina, 1982, 442-443).

⁴⁸ René David explica que as invasões dos povos bárbaros levaram à queda do Império Romano no Ocidente em 476 d.C. e, com isso, as populações romanizadas e bárbaras passaram a viver lado a lado, seguindo, uns e outros, a sua própria lei. Pouco a pouco, porém, as compilações romanas passaram a ser demasiadamente eruditas e complicadas e, nas palavras do autor, “o direito erudito que se encontra nestas compilações foi modificado e substituído, de fato, por um direito vulgar, aplicado espontaneamente pelas populações.”. Com isso e diante do domínio da Igreja Católica, o reinado do Direito chegou ao seu fim no alto medievo e renasceu a partir do final do século XII e início do século XIII. Para o autor, “deixa de se confundir a religião e a moral com a ordem civil e o direito; o direito vê-se reconhecer com uma função própria e uma autonomia que, no futuro, serão características dos modos de ver e da civilização ocidental.”. Nesse período, porém, não havia unidade política no continente europeu e coube às universidades o desenvolvimento de um direito erudito comum (DAVID, 2002, p. 37-46).

⁴⁹ DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON, Luis. *Derecho de Daños*. Madri: Editorial Civitas, 1999, p. 74-75.

⁵⁰ DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON, 1999, p. 76-78. Essa perspectiva de Grócio fica clara na seguinte passagem: “Chegamos ao que pelo Direito Natural é devido por causa do Erro. Demos o nome de erro a toda culpa, seja por ação ou omissão, que está em discordância com aquilo que os homens deveriam fazer, seja por sua ligação comum, ou por alguma qualidade especial. Pelo Direito Natural, essa culpa dá origem a uma obrigação se o erro for acompanhado de dano; a saber, a obrigação de reparar o erro” (MORRIS, Clarence (Org.). *Os grandes filósofos do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 94).

⁵¹ Para maiores considerações, ler: DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON, 1999, p. 81 e ss.

Daí por que a objetivação da responsabilidade civil nos séculos XIX e XX contribuiu significativamente para a efetiva consagração do dano como núcleo duro do instituto. Segundo Rafael Peteffi da Silva, embora a responsabilidade civil já estivesse totalmente apartada da responsabilidade penal neste período histórico, existia uma característica comum e inegável entre elas: a necessidade da ilicitude da conduta, que só veio a ser efetivamente superada com as novas necessidades socioeconômicas na pós-modernidade⁵².

Nas palavras de Alvino Lima:

O entrechoque, entretanto, cada vez mais crescente de interesses, aumentando as lesões de direitos, em virtude da densidade progressiva das populações e da diversidade múltipla das atividades na exploração do solo e da riqueza; a multiplicação indefinida das causas produtoras de danos, advindas das invenções criadoras de perigos que se avolumam, ameaçando a segurança pessoal de cada um de nós; a necessidade imperiosa de se proteger a vítima, assegurando-lhe a reparação do dano sofrido, em face da luta díspar entre as empresas poderosas e as vítimas desprovidas de recursos; as dificuldades, dia a dia, maiores de se provar a causa dos acidentes produtores de danos, e dela se deduzir a culpa, à vista dos inventos ainda não bem conhecidos na sua essência, como a eletricidade, o *radium*, os raios X e outros, não podiam deixar de influenciar no espírito e na consciência do jurista. Era imprescindível, pois, rebuscar um novo fundamento à responsabilidade extracontratual, que melhor resolvesse o grave problema da reparação dos danos, de molde que evitasse injustiças que a consciência jurídica e humana repudiava⁵³.

Significa dizer que as preocupações doutrinárias com a vítima do evento danoso, diante dos novos riscos sociais, fizeram com que fatores objetivos de atribuição fossem abrigados pela responsabilidade civil. Tal fato promoveu o protagonismo do dano indenizável em detrimento ao sistema unitário da culpa do agente em diversos ordenamentos jurídicos⁵⁴.

Do dogma da culpa ao risco, a civilística se afastou da análise da capacidade de previdência e da diligência do causador do dano para se alicerçar na análise objetiva de reparação da vítima. Isso impulsionou, como bem salienta Peteffi da Silva, uma verdadeira inversão do eixo da responsabilidade civil, antes preocupada em encontrar o caráter culposo da conduta do ofensor, agora voltada para a reparação do dano sofrido⁵⁵.

Em outras palavras, é a presença do dano que faz surgir o dever (sucessivo) de indenizar na contemporaneidade e não a constituição de outro elemento do instituto da responsabilidade civil, como a conduta antijurídica ou a culpa do ofensor⁵⁶.

⁵² PETEFFI DA SILVA, Rafael. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*: uma análise do direito comparado e brasileiro. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 4.

⁵³ LIMA, 1938, p. 88.

⁵⁴ CALVO COSTA, Carlos A. El significado y las especies de daño resarcible. *Revista de Derecho de Daños*. p. 193-227, 2012, p. 193.

⁵⁵ PETEFFI DA SILVA, 2013, p. 4.

⁵⁶ Em síntese, são três os pressupostos da responsabilidade civil: a conduta antijurídica, o dano e a existência do nexo causal entre a conduta e o dano. Soma-se um quarto pressuposto na responsabilidade subjetiva: a culpa.

Neste contexto, Carlos Calvo Costa elucidada:

O fundamento do fenômeno ressarcitório é um dano que se valora como ressarcível e não um ato que se qualifica como ilícito, convertendo-se de tal modo o dano no núcleo de todo o sistema da responsabilidade civil, no centro de gravidade e no eixo em torno do qual gira, sendo essencial sua presença e sua falta de justificação, para que proceda a reparação do prejuízo. É esse dano o que origina a obrigação de responder a quem o causa, advertindo-se que a indenização não elimina esse prejuízo do mundo dos fatos já que isso seria impossível, senão que tão somente serve para deslocar as consequências econômicas desfavoráveis do patrimônio da vítima para aquele que deve responder pelo menoscabo; sob essa nova concepção, podemos apreciar que não se trata tanto de atribuir um ato danoso a uma pessoa, mas sim de como determinar qual será o patrimônio que, em última análise, deve arcar com as consequências danosas [...]⁵⁷.

Depreende-se que o dano é o núcleo da responsabilidade civil na tradição jurídica romano-germânica e, por isso, a obrigação de indenizar se firma na necessidade de compensar aquele que sofreu um prejuízo a partir da violação de um interesse juridicamente tutelado, na busca por apagar ou minorar os reflexos do dano na esfera jurídica da vítima.

De acordo com a precisa síntese de Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, “indenizar, em sentido estrito, é somente prestar o equivalente. O dever de indenizar supõe ter havido dano”⁵⁸. Sempre que a esfera jurídica alheia sofrer com a presença do dano, de ordem patrimonial ou extrapatrimonial, esse será piso e teto indenizatório.

No mesmo sentido, Agostinho de Arruda Alvim pontua:

É certo que a maior ou menor gravidade da falta não influi sobre a indenização, a qual só se medirá pela extensão do dano causado. A lei não olha para o causador do prejuízo a fim de medir-lhe o grau de culpa, e, sim, para o dano, a fim de avaliar-lhe a extensão. A classificação da infração pode influir no sentido de atribuir-se ou não a responsabilidade ao autor do dano, o que é diferente⁵⁹.

Evidentemente, a responsabilidade civil na construção romano-germânica não se interessa por saber se o lesante auferiu vantagens a partir da ocorrência do evento danoso. São

⁵⁷ CALVO COSTA, 2012, p. 195. No original: “*El fundamento del fenómeno resarcitorio es un daño que se valora como resarcible y no un acto que se califica como ilícito, convirtiéndose de tal modo el daño en el núcleo de todo el sistema de la responsabilidad civil, en el centro de gravedad y en el eje alrededor del cual gira aquel, siendo esencial su presencia y su falta de justificación, para que proceda la reparación del perjuicio. Es ese daño el que origina la obligación de responder en quien lo causa, advirtiéndole que la indemnización no elimina ese perjuicio del mundo de los hechos –ya que resultaría imposible–, sino que tan sólo sirve para desplazar las consecuencias económicas desfavorables desde el patrimonio de la víctima hacia el de quien debe responder por el menoscabo; bajo esta nueva concepción, podemos apreciar que no se trata tanto de imputar a una persona un hecho dañoso, sino de cómo determinar cuál será el patrimonio que en última instancia deberá soportar las consecuencias dañosas [...]*”.

⁵⁸ PONTES DE MIRANDA, TOMO XXII, 2012, p. 263.

⁵⁹ ALVIM, Agostinho de Arruda. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 199.

o dano e a situação da vítima os elementos que constituem o centro das atenções do instituto, nunca o enriquecimento ou o patrimônio do agente causador do dano⁶⁰.

Como corolário lógico, torna-se difícil, embora convidativo na contemporaneidade, situar o lucro da intervenção no âmbito da responsabilidade civil⁶¹. Dano e lucro não se confundem. O primeiro se localiza na esfera jurídica da vítima do evento danoso (enquanto prejuízo) e o segundo se dá no patrimônio do agente ofensor (enquanto vantagem). Logo, o lesante não terá que indenizar o lucro auferido em decorrência de sua intervenção na esfera jurídica alheia no âmbito da responsabilidade civil, que está alicerçada e delimitada pelo dano.

Nesse sentido, Renato Duarte Franco de Moraes disserta que o propósito da responsabilidade civil consiste no retorno ao *status quo* somente no que diz respeito à vítima do evento danoso. Esse não é apenas o modelo legislativo adotado em quase todos os países de tradição jurídica romano-germânica, como também é o resultado de uma longa tradição jurídica. Na história jurídica, jamais houve a pretensão de se introduzir a restituição dos benefícios auferidos pelo agente ofensor no campo do instituto da responsabilidade civil⁶².

Se, por um lado, a função específica da responsabilidade civil é indenizar o dano suportado pela vítima, por outro, o instituto do enriquecimento sem causa tem como escopo específico restituir um enriquecimento auferido de forma injustificada.

Nas bases do enriquecimento sem causa se encontra, assim, a acepção geral de que pessoa alguma pode se locupletar injustificadamente à custa alheia⁶³. Tal instituto tem como função precípua a restauração de um equilíbrio desfeito, a partir da restituição de um enriquecimento situado no patrimônio de uma pessoa sem causa jurídica que o justifique.

Noronha disserta que a obrigação de enriquecimento sem causa é um “dever de remover aqueles bens que estejam num determinado patrimônio, mas que, pela geral ordenação jurídica dos bens, devam integrar um outro patrimônio”⁶⁴.

Seguindo o mesmo raciocínio jurídico, Leite de Campos pondera que:

É o enriquecimento que constitui a substância da instituição, que lhe dá o *corpus*. Representa um pressuposto interno, a matéria que o direito vai conformar com a sua aparelhagem própria, às suas necessidades específicas. Depois de ter verificado a

⁶⁰ LEITE DE CAMPOS, 1982, p. 51.

⁶¹ Não se pode olvidar que atualmente cresce na civilística nacional a defesa pela inserção do lucro da intervenção na responsabilidade civil. Como resume Nelson Carlos Konder, essa “opção parece mais convidativa”, na medida em que no último século houve uma “[...] significativa expansão pela qual passou a responsabilidade civil, com a grande ampliação das possibilidades de demandas indenizatórias.” (KONDER, 2017, p. 236). Essa questão, dessa forma, será analisada nos próximos subtítulos desta pesquisa.

⁶² MORAES, 2021, p. 52.

⁶³ ALMEIDA COSTA, Mario Júlio de. *Noções Fundamentais de Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 85.

⁶⁴ NORONHA, Fernando. Enriquecimento sem causa. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo: RT, v. 56, p. 51-78, abr./jun., 1991, p. 52.

existência de um crescimento econômico, há que averiguar se tem relevância jurídica. É este um pressuposto nitidamente jurídico: o enriquecimento interessará ao direito se foi obtido *à custa de outrem*, ou seja, se for alcançado à custa de bens jurídicos pertencentes a outra. [...] O único enriquecimento a restituir será o obtido à custa de outro⁶⁵.

A linearidade desses raciocínios doutrinários demonstra que o enriquecimento assume o eixo central do instituto do enriquecimento sem causa de tal forma que esse pressuposto determina não só o suporte fático, mas também o conteúdo a ser restituído, à medida que se propõe promover a restauração do patrimônio enriquecido ao estado em que estaria caso não tivesse ocorrido o fato gerador do enriquecimento injustificado⁶⁶.

Em outras palavras, o enriquecimento sem causa se refere exclusivamente ao efeito vantajoso produzido no patrimônio de uma pessoa sem causa jurídica que o justifique, sendo essa ausência de atribuição o núcleo do instituto. Isso porque fenômenos de enriquecimento estão presentes nos mais diversos campos de atuação, mas todos devem ocorrer a partir de uma causa valorada por um determinado ordenamento jurídico como justificadora. Todas as vantagens auferidas sem a causa justificadora não podem permanecer no patrimônio enriquecido, passando ao instituto do enriquecimento sem causa o dever de restituí-las.

Significa dizer que o enriquecimento está para o enriquecimento sem causa como o dano está para a responsabilidade civil. Sem a presença do enriquecimento injustificado não há a configuração do dever jurídico de restituir. O enriquecimento é o pressuposto fundante do enriquecimento sem causa ao ocorrer às custas alheia e sem causa jurídica que o justifique.

A prima facie, portanto, localizar o lucro da intervenção no âmbito de aplicação do enriquecimento sem causa na tradição jurídica romano-germânica se torna mais coerente. Enquanto a responsabilidade civil se firmou no pressuposto do dano, o enriquecimento sem causa se alicerçou no pressuposto do enriquecimento da mesma forma que as expressões enriquecimento e lucro são próximas em termos naturalísticos (ou econômicos), uma vez que se traduzem em vantagens econômicas auferidas por uma determinada pessoa.

Entretanto, poucas instituições do direito privado têm sido objeto de tamanha controvérsia ao longo dos séculos como o enriquecimento sem causa⁶⁷. Embora seja possível identificar que a noção embrionária do instituto tem suas origens no Direito Romano, quando as fontes romanas chegaram aos distintos ordenamentos europeus, tomaram formas bem

⁶⁵ LEITE DE CAMPOS, 1982, p. 42 (grifos do autor).

⁶⁶ JIUKOSKI DA SILVA, Sabrina. *A intervenção nos direitos subjetivos alheios: com qual fundamento e em que medida é possível restituir o lucro da intervenção?* 2019. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2019, p. 129 e 251.

⁶⁷ GIL, Laura Zumaquero. El enriquecimiento injustificado em el Derecho Privado Europeo. *Revista para el Análisis del Derecho*. Barcelona, abr., 2017, p. 6.

diferentes nos países de origem germânica e latina. Enquanto França, Itália, Espanha e Portugal tardaram em acolher esta fonte obrigacional, os estudiosos alemães, mesmo antes da instituição do Código Civil alemão de 1900, questionavam as soluções dadas pelos juristas do direito comum e se dedicaram ao estudo das fontes romanas como tais⁶⁸.

Diante deste cenário, para se chegar a uma solução dos problemas relacionados ao lucro da intervenção na realidade nacional, revela-se indispensável um estudo mais aprofundado sobre o instituto do enriquecimento sem causa⁶⁹.

2.3 O DESENVOLVIMENTO DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA NA TRADIÇÃO JURÍDICA ROMANO-GERMÂNICA

2.3.1 Origem do enriquecimento sem causa no Direito Romano

Conquanto os jurisconsultos romanos não tenham classificado o enriquecimento sem causa como fonte de Obrigações, nas suas fontes residem os primeiros traços da doutrina que se desenvolveu no final da idade média e início da modernidade e deu início ao instituto.

Diversas passagens do *Corpus Juris Civilis* de Justiniano⁷⁰ fazem remissão ao enriquecimento sem causa. Imputadas a Pompônio e introduzidas pelos compiladores no Digesto, suas principais fontes estão: “*jure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletioem*” (D. 50, 17, 206) e “*nam hoc natura aequum est neminem cum alterius detrimento fieri locupletioem*” (D. 12.6.14)⁷¹.

A primeira passagem se encontrava no último título do Digesto, que continha regras e princípios gerais do Direito Romano (*regulae iuris*), e a segunda se localizava entre as disposições específicas das *condictiones*. Por essa razão, a civilística tradicionalmente tem na *condictio* ou *condictiones* a origem do enriquecimento sem causa no Direito Romano⁷².

⁶⁸ Para Viera Gomes, nenhum outro país da *civil law* foi tão longe no estudo do enriquecimento sem causa como a Alemanha (VIEIRA GOMES, 1998, p. 16).

⁶⁹ Nesta pesquisa o aspecto histórico da evolução do enriquecimento sem causa será abordado apenas tangencialmente diante do escopo investigativo proposto. Para uma abordagem histórica detalhada e completa, ler: MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de. *O enriquecimento sem causa no direito civil: estudo dogmático sobre a viabilidade da configuração unitária do instituto face à contraposição entre as diferentes categorias de enriquecimento sem causa*. Coimbra: Almedina, 2005.

⁷⁰ Por *Corpus Juris Civilis* se denomina a obra do Direito Romano de Justiniano I, imperador romano no Oriente entre 527 e 565 d.C., que buscou através de quatro grandes livros (Institutas, Digesto, Código e Novelas) compilar e atualizar as normas do Direito Romano clássico (HESPANHA, 1982, 443).

⁷¹ Em tradução livre, respectivamente: “É justo, por direito natural, que ninguém se enriqueça em detrimento ou em prejuízo de outro” e “É por natureza justo que ninguém se enriqueça em detrimento de outro”.

⁷² Por todos, estão: ZIMMERMANN, 1995, p. 406; VON THUR, 2007, p. 239; DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON, 1988, p. 71; VIEIRA GOMES, 1998, p. 26; e MENEZES LEITÃO, 2005, p. 61.

No entanto, outras duas fontes romanas foram largamente citadas pela doutrina do direito comum e por parte da civilística moderna como linhas mestras do instituto do enriquecimento sem causa: a *actio de in rem verso* e a *actio negotiorum gestorum*.

Nas palavras de Vieira Gomes:

As origens do moderno enriquecimento sem causa no Direito Romano são, ao que parece, múltiplas. Em primeiro lugar, destacam-se as *condictiones*; contudo, não se resumem àquelas, antes devem também buscar-se na *actio de in rem verso*, não sendo, ainda, de negligenciar, como veremos, a influência de um outro instituto próximo, a gestão de negócios alheios, particularmente na sua modalidade de gestão imprópria de negócios⁷³.

Como corolário lógico, as próximas subseções desta pesquisa são dedicadas à compreensão da função dessas instituições no Direito Romano, iniciando-se pela *condictio*.

2.3.1.1 Condictio

Por *condictio* se entendia, no período romano clássico, a unidade de um meio processual destinado à transmissão da propriedade de uma coisa, quando se verificasse a ausência de causa para sua manutenção ou a sua injustificada retenção⁷⁴.

Zimmermann ensina que a *condictio* funcionava como uma fórmula abstrata em complementação ao sistema dos contratos para os romanos, cujo raciocínio não era que o demandante tivesse uma razão específica para exigir a coisa, mas sim que o demandado não tivesse motivos legítimos para retê-la⁷⁵. Isso possibilitava a restituição de uma prestação (*datio, stipulatio, expensilatio*)⁷⁶ ou de um bem furtado (*furtum*), sendo aplicada quando um sujeito retinha sem causa um *certum* (*pecunia* ou *res*) extraído do patrimônio de outrem⁷⁷.

⁷³ VIEIRA GOMES, 1998, p. 26.

⁷⁴ ZIMMERMANN, Reinhard. A road through the enrichment-forest? Experiences with a general enrichment action. *Institute of Foreign and Comparative Law*, v. 18, p. 1-20, mar. 1985, p. 5. Menezes Leitão ainda afirma que a *condictio* tem origem na *legis actio per conductionem*, introduzida pela *Lex Silia* para os créditos que tinham dinheiro por objeto, e estendida pela *Lex Calpurnia* aos demais casos (MENEZES LEITÃO, 2005, p. 68). Essa referência também está em MENEZES CORDEIRO, Antônio. *Tratado de Direito Civil VIII*. Direito das Obrigações. Gestão de Negócios, Enriquecimento sem causa e Responsabilidade Civil. Tomo III. Coimbra: Almedina, 2020, p. 140; VALLE FERREIRA, José Geraldo do. *Enriquecimento sem causa*, Belo Horizonte: Imprensa Oficial, 1949, p. 65; NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 8; e CABELEIRA, Caio Martins. A teoria das *condictiones* e o direito brasileiro: uma nova abordagem do enriquecimento sem causa. Tese de Doutorado, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2018, p. 66.

⁷⁵ ZIMMERMANN, 1985, p. 5; e ZIMMERMANN, 1990, p. 841.

⁷⁶ Em síntese, a *datio* significa transmissão que opera um traslado de propriedade e as demais, *stipulatio* e *expensilatio*, representavam hipóteses de constituição de obrigações, sendo respectivamente oral e escrita. Para maiores considerações, ler: SCHULZ, Fritz. *Classical Roman Law*. Oxford: Clarendon Press, 1951, p. 613.

⁷⁷ MENEZES LEITÃO, 2005, p. 74. Complementando, o autor afirma que a *condictio* era uma ação utilizada por quem perdeu a propriedade da coisa e a *reivindicativo*, por sua vez, era uma ação utilizada por quem perdeu a posse da coisa. Daí por que as duas ações não poderiam ser cumuladas (MENEZES LEITÃO, 2005, p. 75).

Com o passar dos anos, a diversidade de causas fundantes da *condictio* justificou a dissolução de seu caráter processual (amplo e abstrato), assim como a elaboração de uma classificação tipológica das *condictiones*. Todavia, não se sabe ao certo se essa classificação é fruto de formulações da doutrina romana clássica, pós-clássica ou bizantina.

Zimmermann explica que os juristas clássicos delinearão certas situações típicas em que estavam dispostos a conceder a *condictio*, porém a *condictio* nunca deixou de ser um instituto processual para os romanos clássicos. Em sentido originário, os clássicos não reconheceram tipos específicos de *condictiones*, aplicando-se a *condictio* a um conjunto de situações em que se considerou injusto deixar o demandante sem um remédio jurídico. Foi apenas no período pós-clássico que a *condictio* em seu sentido processual perdeu significado, mas esta instituição desapareceu completamente no direito vulgar e quando Justiniano a reviveu, a *condictio* já era vista como um termo de direito material, destinado a designar as situações *iniusta causa* e classificadas tipologicamente⁷⁸.

Com efeito, no Digesto do *Corpus Juris Civilis* de Justiniano a *condictio* se encontrava subdividida em cinco grandes categorias: a *condictio causa data* ou *causa non secuta* (D. 12, 4), a *condictio ob turpem vel iniustam causa* (D. 12, 5), a *condictio indebiti* (D. 12, 6), a *condictio sine causa* (D. 12, 7) e a *condictio ex causa furtiva* (D. 13, I).

Apesar dessa classificação tipológica, a instituição não perdeu seu significado originário de reação contra a atribuição patrimonial sem causa. Todas as *condictiones* eram caracterizadas pela tentativa de um sujeito de recuperar a coisa que transferiu a outrem injustificadamente ou diante de uma causa que deixou de existir posteriormente.

Em síntese, a *condictio indebiti* tinha lugar no caso de pagamento de uma obrigação inexistente; a *condictio causa data causa non secuta* era aplicada quando se efetuava uma prestação tendo em vista um resultado futuro que não se manifestou; a *condictio ob turpem vel iniustam causam* era admitida quando se dava ou prometia algo com fins imorais ou proibidos pelo Direito; a *condictio ex causa furtiva* tinha aplicabilidade no caso de furto ou roubo; e a *condictio sine causa* era entendida como uma espécie de elo comum a todas as *condictiones*, a fim de tutelar os casos de retenção sem causa não contemplados anteriormente⁷⁹.

Os compiladores de Justiniano, contudo, ampliaram a acepção originária de *iniusta causa* a fim de introduzir no sistema das *condictiones* a noção de equidade. Para os clássicos, a *condictio* era uma ação de direito estrito (*actio stricti iuris*), cujo conceito de *iniusta causa* representava uma aquisição não reconhecida pelo Direito (contra o *ius*). Para os bizantinos, esse

⁷⁸ ZIMMERMANN, 1990, p. 838-839.

⁷⁹ ZIMMERMANN, 1990, p. 841 e ss.

conceito deveria estar associado primeiramente à equidade, passando as *condictiones* a serem fórmulas derivadas de um princípio de justiça natural⁸⁰.

Nas palavras de Max Kaser:

Justiniano, que não estava vinculado ao sistema clássico de ações nem aos rígidos princípios de interpretação que se aplicavam às fórmulas processuais clássicas, seguiu a doutrina acadêmica da Roma Oriental, influenciada pelo cristianismo, ao colocar as *condictiones* sob o princípio dominante da equidade⁸¹.

Daí por que se faz referência expressa ao enriquecimento sem causa no último título do Digesto de Justiniano (D.50.17.206), embora para sancioná-lo era estritamente necessário utilizar os meios jurídicos tipificados no sistema das *condictiones*.

A esse respeito, Zimmermann elucida que a pontuação no último título do Digesto de uma regra geral de enriquecimento sem causa é mais uma das tentativas bizantinas de substituir as regras claras do período clássico por uma jurisprudência amorfa da equidade, mas não é nada difícil conciliar uma com a outra na perspectiva do autor⁸².

Até porque a ampliação produzida pelos compiladores de Justiniano não eliminou o denominador comum da *condictio*. Ou seja, o critério jurídico de ausência de causa de atribuição-justificação para a manutenção da coisa num determinado patrimônio. Seja a *condictio* clássica, sejam as *condictiones* bizantinas, a centralidade da instituição estava em corrigir as atribuições patrimoniais injustificadas ou sem causa de legitimação.

2.3.1.2 *Actio de in rem verso*

A *actio de in rem verso* originalmente se tratava de um procedimento técnico pretoriano a ser utilizado em face do chefe de família (*pater familias* ou *dominus*), em virtude

⁸⁰ MENEZES LEITÃO, 2005, p. 123-124 e 127.

⁸¹ KASER, Max. *Roman Private Law*. Tradução de Rolf Dannenbring. University of South Africa, 1984, p. 244. No original: *Justinian, who was no longer bound by the classical system of actiones and the strict principles of interpretation which Applied to the classical procedural formulae, followed the East Roman academic doctrine which was influenced by Christianity, in placing the law of condictiones under the dominant principle of equity.*

⁸² ZIMMERMANN, 1990, p. 853. Javier Barrientes Grandon salienta que “[...] não há dúvida de que Pompônio não expressou uma regra ou princípio geral, como o contido nas duas passagens citadas e, além da mais que provável interpelação justiniana da primeira delas [*regulae iuris*]”. Tradução livre de: “[...] *queda fuera de toda duda que Pomponio no expresó una regla o principio general, como el que se contiene en los dos passajes citados y, amém de la más que probable interpolación justiniana del primero de ellos [regulae iuris]*” (GRANDON, Javier Barrientes. *Enriquecimiento Injustificado y codificación: modelos y decisões dogmáticas (siglo XIX)*. In: GARCÍA, Pedro Del Olmo; ARRUE, Basozabal Xavier; TORREJÓN, Ángel Juárez (Orgs.). *Enriquecimiento injustificado en la encrucijada: historia, derecho comparado y propuestas de modernización*. Navarra: Aranzadi, p. 49-120, 2017, p. 60). Daí por que muitos autores fazem severas críticas aos compiladores bizantinos no que tange às *condictiones*. Por todos, SCHULZ, 1951, p. 611.

de uma prestação inadimplida contraída por uma pessoa sob o seu pátrio poder ou poder dominical (a exemplo do *filius* e do *servus*) e que o beneficiou⁸³.

Giovanni Ettore Nanni explica, neste contexto, que os negócios jurídicos concluídos por aqueles sujeitos à potestade (*filius* ou *servus*) não criavam obrigações para o chefe de família, uma vez que os romanos clássicos ignoravam a representação direta, embora as obtenções dos sujeitos à potestade ingressassem no patrimônio da família. Por essa razão, reconheceu-se a necessidade de tutelar o credor dessas obrigações, que passou a buscar a partir da *actio de in rem verso* a restituição do enriquecimento obtido pelo *pater familias* em virtude das obrigações contraídas e inadimplidas pelos sujeitos à potestade⁸⁴.

Tammo Wallinga ensina ainda que a *actio de in rem verso* era um procedimento específico para os romanos clássicos. Isso porque o *pater familias* normalmente não se responsabilizava pelos contratos realizados por um servo ou por um filho e, por isso, só era possível recorrer à *actio de in rem verso* quando o *pater familias* efetivamente auferia um benefício patrimonial decorrente deste contrato firmado⁸⁵.

Desta forma, exigia-se para instauração da *actio de in rem verso* que a prestação não tivesse sido autorizada pelo chefe de família e que seu patrimônio tivesse se enriquecido como essa contratação desautorizada, sendo tal enriquecimento piso e teto restitutivo. Ou seja, o pretor concedia a *actio de in rem verso* diretamente contra o *pater familias*, porém sempre na medida do enriquecimento obtido e mediante uma decisão motivada⁸⁶.

Percebe-se que a *actio de in rem verso* era um procedimento técnico de uso extremamente restrito para os romanos clássicos. Todavia, assim como ocorreu no instituto das *condictiones*, os compiladores de Justiniano se afastaram das acepções clássicas e passaram a conceder maior autonomia à *actio de in rem verso* também sob o fundamento da equidade.

Menezes Leitão explica que os compiladores de Justiniano desassociaram a *actio de in rem verso* dos atos praticados pelos sujeitos à potestade e passaram a entendê-la como uma ação de caráter geral baseada na equidade, o que possibilitou a sua utilização em face de qualquer sujeito que injustamente tivesse se enriquecido em razão de convenções realizadas entre terceiras pessoas (*sui iuris*), atuando como intermediadores do *dominus*⁸⁷.

⁸³ MENEZES LEITÃO, 2005, p. 120; WALLINGA, Tammo. “Nam hoc natura aequum est neminem cum alterius detrimento fieri locupletioem”. Es de justicia natural que nadie se enriquezca a costa de otro. Principios y práctica del Derecho romano de enriquecimiento. (siglo XIX). In: GARCÍA, Pedro Del Olmo; ARRUE, Basozabal Xavier; TORREJÓN, Ángel Juárez (Orgs.). *Enriquecimiento injustificado en la encrucijada: historia, derecho comparado y propuestas de modernización*. Navarra: Aranzadi, p. 23-36, 2017.

⁸⁴ NANNI, 2004, p. 13-14.

⁸⁵ WALLINGA, 2017, p. 28.

⁸⁶ NANNI, 2004, p. 14.

⁸⁷ MENEZES LEITÃO, 2005, p. 123; e VALLE FERREIRA, 1949, p. 63.

De acordo com o preciso resumo do autor, a celebração de um contrato em benefício de outrem por meio de qualquer intermediário passou a ser pressuposto suficiente para se recorrer à *actio de in rem verso* no Direito de Justiniano⁸⁸.

2.3.1.3 *Actio negotiorum gestorum*

Embora o detalhamento clássico da *actio negotiorum gestorum* seja obscuro⁸⁹, grande parte da doutrina a considera uma ação pretoriana. Em linhas gerais, a *actio negotiorum gestorum* era originalmente um recurso a ser aplicado nos casos de gestão de negócios alheios sem outorga (ou sem mandato). Tratava-se de uma ação destinada aos casos específicos de gestão para outrem, mas principalmente no interesse e por conta de outrem⁹⁰.

A gestão de negócios era caracterizada, assim, quando um sujeito conscientemente passasse a administrar negócios alheios sem estar previamente autorizado para tanto, mas sempre com *animus* de gestor, de forma espontânea e no interesse do titular⁹¹. Assim, a *negotiorum gestio* era entendida como uma espécie de prestação de serviços de um amigo ao dono de um negócio, muitas vezes em decorrência de ausência ou de doença grave⁹².

Como sintetiza Fritz Schulz:

É uma criação original, genuinamente romana e sem paralelos nos Direitos de outros povos que não derivam do romano. É um produto da *humanitas romana*. A ideia fundamental era que um homem deveria ajudar seus semelhantes em caso de emergência. Os romanos levaram a cabo esta ideia com o seu senso comum habitual, sem confundir moral e direito. Ninguém é juridicamente obrigado a cuidar dos negócios de outro [...], mas o Direito deve favorecer e facilitar essa ação altruísta,

⁸⁸ MENEZES LEITÃO, 2005, p. 136.

⁸⁹ SCHULZ, 1951, p. 620.

⁹⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Parte Especial. Tomo XLIII. Direito das Obrigações. Gestão de negócios alheios. Atualizado por Claudia Lima Marques e Bruno Miragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 274. Segundo o autor, ainda, “a expressão “gestão de negócios” é ambígua, porque há gestão de negócios alheios e gestão de negócios próprios. Dizer-se gestão de negócios alheios não bastaria, porque tal gestão não poderia ser em virtude de negócio jurídico (*e. g.*, mandato ou de lei). Costuma-se dizer, mais explicitamente, gestão de negócios alheios sem mandato, mas também não seria suficiente: o contrato de que se irradia o dever ou o direito de gestionar pode não ser o de mandato. Daí preferirmos: gestão de negócios alheios sem outorga. Sem outorga de direito ou de poder; portanto, sem prévia relação jurídica entre o gestor de negócios e o *dominus negotii*. No direito romano, dizia-se apenas *negotiorum gestio*, mas também naqueles tempos havia o duplo sentido”. (PONTES DE MIRANDA, TOMO XLIII, 2012, p. 267).

⁹¹ NANNI, 2004, p. 17. Ernest Lorenzen discorre que os textos romanos são contraditórios, no entanto, quanto a uma possível ratificação posterior do titular do negócio. Segundo o autor, Ulpiano parece dizer que a ratificação sempre converte o *negotiorum gestio* em mandato, de modo que a ação deve estar no mandato. Por outro lado, a Scaevola permitiria a utilização da *actio negotiorum gestorum* (LORENZEN, Ernest. *The negotiorum gestio in Roman and modern civil law*. Cornell Law Review. V. 13, n. 2, fev., 1928, p. 193).

⁹² MENEZES LEITÃO, 2018, p. 486. No mesmo sentido, VAZ SERRA, Adriano Paes da Silva. *Gestão de Negócios*. Separado de Boletim do Ministério da Justiça. n. 66. Lisboa, 1957, p. 16.

garantido ao titular do negócio o direito de exigir o reembolso de suas despesas, o que naturalmente acarreta uma responsabilidade do gestor⁹³.

Embora o altruísmo esteja associado à *negotiorum gestio*, Adriano Paes da Silva Vaz Serra pontua que a defesa dos interesses alheios pode prejudicar ambas as partes. Por isso, o Direito Romano conferiu às partes envolvidas pretensões à revogação destas consequências⁹⁴.

A esse respeito, Ernest Lorenzen acrescenta que no período romano clássico o titular do negócio passou a poder utilizar uma ação – chamada de direta ou *actio negotiorum gestorum directa* – para se valer de qualquer reivindicação contra o gestor voluntário. Isso porque cabia ao gestor realizar uma espécie de prestação de contas ao final de sua gestão voluntária. Todas as eventuais vantagens auferidas neste período deveriam ser devolvidas ao titular do negócio e os eventuais prejuízos, por sua vez, também deveriam ser indenizados⁹⁵.

Da mesma forma, o gestor voluntário passou a recorrer a ação contrária – *actio negotiorum gestorum contraria* – para fazer valer suas reivindicações contra o titular do negócio. Principalmente porque ao titular cabia assumir todas as obrigações contraídas pelo gestor em seu nome e indenizá-lo nas despesas incorridas e necessárias à administração, ainda que tais despesas fossem maiores do que os rendimentos ou frutos da gestão⁹⁶.

Tais ações romanas eram totalmente independentes uma da outra. Da gestão de negócios poderia resultar direitos e obrigações para ambas as partes e, por isso, a autonomia das ações, embora a doutrina negue a existência de institutos jurídicos distintos⁹⁷.

No entanto, os compiladores bizantinos também conferiram maior autonomia a *actio negotiorum gestorum* e a vincularam à noção de equidade. Como consequência, a gestão de negócios perdeu sua precisão clássica e seu âmbito de aplicação cresceu, passando a abranger outras intromissões em matéria alheia, exceto os casos de mandato ou de tutela⁹⁸.

⁹³ SCHULZ, 1951, p. 624. Tradução livre de: “*It is a quite original genuinely Roman creation without parallels in the laws of other peoples not dependent on Roman law. It emanated from Roman humanitas. The underlying idea was that a man should help his fellow men in case of emergency. The Romans carried through this idea with their usual common sense without confusing morality and law. Nobody is legally bound to care for the affairs of another [...]; but the law should favour and facilitate such altruistic action by granting to the gestor the right to claim reimbursement of his expenses, which of course entails a liability of the gestor*”.

⁹⁴ VAZ SERRA, 1957, p. 11.

⁹⁵ LORENZEN, 1928, p. 197-198. Em sentido semelhante: SCHULZ, 1951, p. 621.

⁹⁶ LORENZEN, 1928, p. 191 e 198. O autor explica que o gestor só poderia se valer desta ação nos casos de desembolso. Quer dizer, o gestor não poderia utilizar da *actio negotiorum gestorum contraria* para buscar uma espécie de remuneração pelo trabalho realizado, tampouco para recuperar despesas se sua intervenção contrariasse a vontade expressa do titular do negócio (LORENZEN, 1928, p. 194 e 197). Por outro lado, Viera Gomes pontua que grande parte da doutrina moderna entendeu a *actio negotiorum gestorum contraria* clássica como uma espécie de recompensa pelos serviços prestados voluntariamente pelo gestor espontâneo (VIEIRA GOMES, 1998, p. 46).

⁹⁷ VAZ SERRA, 1957, p. 11.

⁹⁸ MENEZES CORDEIRO, 2020, p. 37.

Menezes Leitão ensina que a compilação de Justiniano estendeu a *actio negotiorum gestorum* aos casos de gestão de negócios entendidos como impróprios ou julgados próprios, sob a justificativa de preservação da ordem natural das riquezas⁹⁹. Ou seja, foi neste período histórico que instituição passou a ser aplicada aos casos em que o gestor não possuía *animus gerendi*, agindo no seu exclusivo interesse ao invés do interesse do titular do negócio.

Desta forma, percebe-se que a instituição romana em Justiniano ganhou contornos gerais para a obtenção da restituição do que o gestor espontâneo recebeu por um negócio de outrem, tornando-a, pois, muito próxima à *actio de in rem verso* bizantina¹⁰⁰.

2.3.2 Do renascimento do Direito Romano no medievo à modernidade europeia

O desenvolvimento do instituto do enriquecimento sem causa na tradição jurídica romano-germânica tem início com a redescoberta dos manuscritos do *Corpus Juris Civilis* de Justiniano pela Escola dos Glosadores de Bolonha, na Itália, nos séculos XI e XII¹⁰¹.

Jan Hallebeek disserta que todos os glosadores parecem ter atribuído algum significado prático à proibição ao enriquecimento sem causa, mas não havia unanimidade quanto ao remédio positivo que traduzia a *regulae iuris* do *Corpus Juris Civilis*¹⁰². De modo geral, os glosadores seguiram a interpretação extensiva das disposições bizantinas e consideraram o instituto como um princípio geral alicerçado na equidade, sendo este o fundamento imediato de determinadas instituições e soluções de direito positivo¹⁰³.

Não exista, pois, uma unidade entre os glosadores sobre a matéria¹⁰⁴. Os juristas italianos entendiam a compilação de Justiniano como sagrada, atribuindo-a uma autoridade quase bíblica e, conseqüentemente, buscavam realizar correlações entre a *regulae iuris* e as instituições presentes na compilação, isso sem questionar possíveis contradições bizantinas em relação aos demais períodos do Direito Romano¹⁰⁵. Logo, os glosadores passaram a correlacionar as *condictiones*, a *actio negotiorum gestorum* e a *actio de in rem verso* à uma

⁹⁹ MENEZES LEITÃO, 2005, p. 135.

¹⁰⁰ MENEZES LEITÃO, 2005, p. 135.

¹⁰¹ Segundo Peter Stein, foi através de uma cópia perdida, feita no século XI e conhecida como *Codex secundus*, que o Digesto de Justiniano passou a ser a fonte da *litera bononiensis*, que veio a ser estudado nas escolas do século XII (STEIN, Peter. *Roman Law in European History*. Cambridge University Press, 1999, p. 43).

¹⁰² HALLEBECK, Jan. *Developments in Mediaeval Roman Law*. In: Unjust Enrichment, coord. por Eltjo J.H. Schrage, 2ª ed., Berlin: Duncker und Humblot, 1999, p. 59-120, p. 63. O autor aponta, ainda, que os glosadores não utilizavam o termo enriquecimento sem causa (HALLEBECK, 1999).

¹⁰³ MENEZES LEITÃO, 2005, p. 146; VIEIRA GOMES, 1998, p. 55-57.

¹⁰⁴ Para maiores considerações, ler: HALLEBECK, 1999, p. 61 e ss.; e WALLINGA, 2017, p. 32 e ss.

¹⁰⁵ STEIN, 1999, p. 46 e 75.

concepção geral de vedação ao enriquecimento sem causa baseada na equidade, objetivando resolver as situações próprias de sua época a partir dessas instituições romanas-bizantinas¹⁰⁶.

A esse respeito, Menezes Leitão salienta que a Glosa encarava a vedação ao enriquecimento sem causa como um princípio geral de equidade, justificante de inúmeras soluções e regras jurídicas. Todavia, simultaneamente, inúmeros glosadores procuraram estender o campo de aplicação da *condictio*, atribuindo-se preponderância especial à *condictio sine causa*, a qual passou a ter um caráter geral e a incluir, além das demais *condictiones* tipificadas, as chamadas ações pretorianas de enriquecimento sem causa¹⁰⁷.

Tais interpretações foram difundidas pelo continente europeu por meio das universidades na sequência do século XII e, como corolário lógico, a vedação ao enriquecimento sem causa foi introduzida na doutrina canônica no início do século XIII.

A *regulae iuris* de Justiniano passou a integrar as disposições do *Liber Sextus* do Papa Bonifácio VIII em 1298 e, no final do século XVI, passou a compor o *Corpus Juris Canonici*¹⁰⁸. Para os canônicos, nem todos os ganhos obtidos durante a vida poderiam ser considerados legítimos, sempre que um ganho derivasse da infração à ordem natural ocorreria uma violação do *ius divinum*, já que se verificaria uma infração direta ao sétimo mandamento: não roubarás. Assim, a doutrina canônica sublinhou a toda evidência o enriquecimento sem causa como um princípio natural de equidade a partir das regras elementares da Igreja¹⁰⁹.

Entre os importantes doutrinadores canônicos que trataram sobre a temática estava Tomás de Aquino, para quem o enriquecimento sem causa deveria ser enquadrado nas discussões sobre a penitência e o arrependimento posterior ao pecado. Isso porque aquele que não procedesse à restituição de uma coisa alheia – fruto de um furto ou roubo, por exemplo – não demonstrava o seu verdadeiro arrependimento. Afinal, a observância da justiça para o autor canônico era necessária para a salvação divina, por conseguinte também era de necessidade para a salvação divina restituir o que foi injustamente locupletado¹¹⁰.

Vieira Gomes disserta que as interpretações de Tomás de Aquino, embora demasiadamente amplas, genéricas e relacionadas à lei divina, foram importantes para o desenvolvimento do enriquecimento sem causa, uma vez que o autor o tratou a partir das

¹⁰⁶ HALLEBECK, 1999, p. 61; WALLINGA, 2017, p. 32.

¹⁰⁷ MENEZES LEITÃO, 2005, p. 160. Igualmente, estão DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON, 1999, p. 82; e MENEZES CORDEIRO, 2020, p. 149.

¹⁰⁸ Em síntese, o direito canônico era aplicado nos tribunais da Igreja em todos os assuntos que pertenciam à jurisdição eclesiástica (os limites precisos destes últimos variavam de país para país) (STEIN, 1999, p. 50).

¹⁰⁹ MENEZES LEITÃO, 2005, p. 192-193; MENEZES CORDEIRO, 2020, p. 150.

¹¹⁰ AQUINO, Tomás de. *Suma teológica*. Vol. 6. II Seção da II Parte. Trad. Carlos-Josaphat Pinto de Oliveira (Org). São Paulo: Loyola, 2005, p. 106 e 109.

interpretações de justiça comutativa e de restauração de um equilíbrio rompido e, ao menos tempo, preocupou-se com os atos de intervenção nos direitos inerentes ao ser humano¹¹¹.

Das passagens da Suma Teológica se depreende que Tomás de Aquino não tratou propriamente da nomenclatura enriquecimento sem causa em sua obra, porém definiu claramente o dever de restituir. Para o autor, “restituir não é mais do que restabelecer alguém na posse ou no domínio [*dominium*] do que é seu. E assim, na restituição se visa uma igualdade da justiça, compensando uma coisa com outra, o que pertence à justiça comutativa”¹¹².

Dando continuidade a essa acepção, Tomás de Aquino ponderou que:

Como apoderar-se do alheio é pecado contra a justiça, também o é retê-lo. Pois, quem detém contra a vontade de seu dono um de seus bens, impede-o de usá-lo, e comete assim uma injustiça contra ele. Ora, é manifesto que nem por pouco tempo é lícito permanecer no pecado, mas se há de evitá-lo imediatamente, como diz o livro do Eclesiástico: "Foge do pecado como de uma serpente". Portanto, cada um está obrigado a restituir imediatamente ou a pedir uma dilação a quem pode permitir o uso do bem retido¹¹³.

Interessante anotar que Tomás de Aquino também diferenciava as hipóteses de intervenção nos direitos alheios para fins restitutórios. Quando inexistia injustiça no ato, a restituição deveria ocorrer de forma simples – restabelecendo a igualdade com a restituição do que se reteve do alheio –, mas quando existia injustiça na conduta, a restituição deveria ocorrer na forma de punição – o remédio deveria ser uma pena a ser arbitrada pelo juiz – ¹¹⁴.

Tais interpretações canônicas, especialmente de Tomás de Aquino, foram determinantes para o desenvolvimento do enriquecimento sem causa na Escola de Direito Natural no século XVII, mormente diante das linhas gerais do dever de restituição.

Foi por meio dos ensaios de Hugo Grócio, O Direito da Guerra e da Paz (*De iure belli ac pacis*) em 1620 e Introdução à Jurisprudência Holandesa (*Inleidinge tot de Hollandsche rechtsgeleerdheid*) em 1631, que o enriquecimento sem causa foi entendido e reconhecido como instituto jurídico e fonte de Obrigações na história da família romano-germânica.

Robert Feenstra ensina que Grócio, ao reconhecer a divisão das fontes obrigacionais derivadas da promessa e da desigualdade a partir do direito romano-canônico¹¹⁵, além de

¹¹¹ VEIRA GOMES, 1999, p. 69.

¹¹² AQUINO, 2016, p. 107.

¹¹³ AQUINO, 2016, p. 120.

¹¹⁴ AQUINO, 2016, p. 111.

¹¹⁵ Hallebeek ensina que a Súmula Teológica de Tomás de Aquino foi recebida pela Escola de Salamanca, no século XVI, como um verdadeiro manual e a doutrina da Escola de Salamanca, por sua vez, influenciou diretamente o pensamento de Hugo Grócio (HALLEBEEK, Jan. La formación de la idea de enriquecimiento injustificado como concepto jurídico em la Escuela de Salamanca. In: GARCÍA, Pedro Del Olmo (Org); BASOZABAL ARRUE, Xavier (Org.); TORREJÓN, Ángel Juárez. *Enriquecimiento injustificado en la encrucijada: historia, derecho comparado y propuestas de modernización*. Navarra: Aranzadi, p. 37-47, 2017).

reconhecer o enriquecimento sem causa como fonte autônoma de Obrigações, considerou que esta obrigação de restituir o enriquecimento surge sempre que alguém sem título jurídico obtém um *lucro* a partir da propriedade de outra pessoa e, na sequência de suas obras, passou a correlacioná-la diretamente às *condictiones* e às ações possessórias¹¹⁶.

Tomando a acepção geral de Tomás de Aquino sobre restituição, assim, Grócio considerou que existem bens próprios de cada um, sobre os quais os demais sujeitos não podem se apoderar e o direito de restituir é uma extensão deste direito de propriedade. Restituir é restabelecer alguém na posse ou na propriedade do que é seu, sendo que todos os *lucros* decorrentes da propriedade de outrem devem ser igualmente restituídos pelo agente¹¹⁷.

Das passagens da obra O Direito da Guerra e da Paz, infere-se que:

Este cuidado pela vida social, de que falamos de modo muito superficial, e que é de todo conforme ao entendimento humano, é o fundamento do direito propriamente dito, ao qual se referem o dever de se abster do bem de outrem, de restituir aquilo que, sem ser nosso, está em nossas mãos ou o *lucro* que disso tiramos, a obrigação de cumprir as promessas, a de reparar o dano causado por própria culpa e a aplicação dos castigos merecidos entre os homens¹¹⁸.

Percebe-se que Grócio adotou uma acepção ampla de *dominius* – da propriedade romana – para estabelecer as obrigações de restituir, seguindo a doutrina da Escola de Salamanca que não distinguia as ações reais das ações pessoais. A origem do dever de restituir em Grócio é uma obrigação *ex dominio*, na medida em que se baseava em ter ou ter tido uma coisa que pertencia inicialmente a outro sujeito¹¹⁹. Da mesma forma, o autor nunca utilizou a expressão obrigação de enriquecimento sem causa, mas sim a expressão *Van verbintnisse uit beat-trecking* (da obrigação decorrente dos lucros) para definir estas obrigações derivadas da desigualdade, que estavam ao lado da tradicional obrigação de reparar os danos causados¹²⁰.

Menezes Leitão disserta que é a irregularidade que produz um lucro em benefício de outrem – não derivado de uma promessa – que obriga este último à restituição em Grócio,

¹¹⁶ FEENSTRA, 1999, p. 204. Feenstra explica que em O Direito da Guerra e da Paz Grócio discorre sobre o direito restitutivo, porém a classificação de enriquecimento sem causa enquanto fonte de obrigações, de fato, só aconteceu no segundo livro, Introdução à Jurisprudência Holandesa.

¹¹⁷ GRÓCIO, Hugo. *Direito da Guerra e da Paz*. Vol. I. Trad. Ciro Mioranza. Ijuí: Editora unijuí, 2004, p. 39.

¹¹⁸ GRÓCIO, 2004, p. 39 (Grifo nosso).

¹¹⁹ HALLEBEEK, 2017, 44.

¹²⁰ Feenstra elucida que foram as subseqüentes traduções da obra de Grócio que utilizaram o termo obrigações de enriquecimento ao invés de obrigações de lucros. Para evitar dúvidas, cita-se o trecho: “*This is of great importance for the interpretation of the special section (3,30) in which Grotius elaborates the principle. The section bears the title Van verbintnisse uit baet-trecking. Lee translates this as "Of obligation from enrichment"; I would prefer to translate it more literally by "Of obligation from deriving profit", thus showing the direct link with Inleidinge 3,1,15 ("the person profited" is bound "to make compensation")*” (FEENSTRA, 1999, p. 204). No mesmo sentido, Menezes Leitão pontua que a “categoria de irregularidade designada por Grócio *beat-trecking* (obtenção de lucros) corresponde ao que hoje denominaríamos enriquecimento sem causa” (MENEZES LEITÃO, 2005, p. 255).

independentemente de como este sujeito adquiriu o lucro, sendo esta regra aplicável tanto às coisas específicas como às coisas genéricas¹²¹. Grócio exemplifica a categoria com duas hipóteses: a pessoa que se alimentou com a comida de outrem e o possuidor que, ao agir de má-fé, só pode exigir as benfeitorias necessárias e úteis após a restituição da coisa¹²².

É nesse momento que se delinearam os primeiros traços do que na contemporaneidade se denomina por enriquecimento sem causa. Isto é, instituto jurídico e fonte de Obrigações, fulcrado no dever jusracionalista do século XVII de restituir um enriquecimento (ou um lucro) sem causa jurídica que o justifique e por este limitado, correlacionado às *condictiones* e as ações possessórias, diante de um conceito amplo de *dominius* alicerçado na Escola de Salamanca.

Todavia, a Escola do Direito Natural não influenciou só a construção do instituto do enriquecimento sem causa na modernidade, mas também de todo o direito privado no continente europeu e, com ela, nasceu a necessidade de tornar em direito positivo o direito que se ensinava nas universidades¹²³. Teve início, assim, o processo histórico das codificações do direito privado nos países europeus no final do século XVIII e início do XIX, os quais passaram a desenvolver regras próprias e escritas a partir das variações nacionais.

Com corolário lógico, o enriquecimento sem causa ganhou contornos diversos em França e em Alemanha, o que influenciou diretamente o processo de codificação do instituto em Espanha e Portugal, como se passa a verificar a partir da próxima subsecção.

2.3.3 O desenvolvimento do enriquecimento sem causa na França

A partir do advento do humanismo renascentista em França, nos séculos XIV e XVI, os jurisconsultos franceses buscaram se distanciar das fontes romanas e das Glosas italianas para dar início a um direito consuetudinário no país. Os franceses se sentiram livres perante o direito romano-canônico europeu e só em alguns casos reconheciam o seu prestígio, de modo que o direito comum em França passou a ser a jurisprudência dos parlamentos franceses, referenciando-se de forma expressa a um direito comum consuetudinário no país no século XVIII e, em muitos casos, em oposição ao direito romano-canônico¹²⁴.

Entre as tendências deste período estava, portanto, a eliminação da *actio de in rem verso* e principalmente das *condictiones* romanas, estas muito em razão do desenvolvimento da

¹²¹ MENEZES LEITÃO, 2005, p. 255.

¹²² MENEZES LEITÃO, 2005, p. 255; FEENSTRA, 1999, p. 205.

¹²³ DAVID, 2002, p. 66.

¹²⁴ DAVID, 2002, p. 58-59.

doutrina da causa como requisito de validade do contrato¹²⁵. Ou seja, uma vez verificada uma das hipóteses de nulidade do contrato, dava-se o retorno do *status quo* e as *condictiones* então eram dispensáveis, assim como um instituto do enriquecimento sem causa.

Evidentemente, Robert-Joseph Pothier teve sua contribuição para este pensamento. O jurista entendia que o enriquecimento sem causa não poderia ser considerado um instituto autônomo, pois a equidade natural era suficiente para fundamentar uma obrigação. Logo, bastaria invocar a *regulae iuris* para fundar uma eventual ação de enriquecimento sem causa, desde que estranha aos contratos, inexistindo qualquer necessidade de positivação de uma cláusula geral do país¹²⁶. Por outro lado, Pothier defendia a positivação da *actio negotiorum gestorum*, da *condictio indebiti* e das ações decorrentes da construção em terreno alheio e seus frutos, as quais foram devidamente disciplinadas no Código Civil de Napoleão em 1804¹²⁷.

Como corolário lógico, o enriquecimento sem causa se tornou uma regra de parca relevância doutrinária e relacionada diretamente à equidade em França. De acordo com a precisa síntese de Georges Ripert, o enriquecimento sem causa se tornou “um rio subterrâneo, o princípio alimenta regras precisas que revelam sua existência, mas não vem nunca a dia”¹²⁸.

Foi somente no final do século XIX, em uma espécie de revolta “dos fatos contra o Código”¹²⁹, que os tribunais franceses viram a necessidade de reconhecer o instituto do enriquecimento sem causa. Tal desenvolvimento tem início com a adoção por Charles Aubry e Frédéric-Charles Rau da doutrina alemã de Karl Eduard Zachariae von Lingenthal, para quem o enriquecimento sem causa era fulcrado na *actio de in rem verso*¹³⁰. Partindo desta interpretação, os autores foram os primeiros a separar as noções de enriquecimento sem causa e de gestão de negócios em França, defendendo que a *actio de in rem verso* poderia ser admitida no ordenamento jurídico francês como legítima sancionadora do enriquecimento sem causa¹³¹.

Todavia, o instituto só se consolidou no país após o acolhimento da doutrina de Aubry e Rau pela Corte de Cassação em 15 de junho de 1892. Foi mediante o célebre *arrêt Boudier* que a Corte reconheceu a existência de uma ação de enriquecimento sem causa, mas a introduziu de forma bem alargada, posto que não deixou de relacioná-la à equidade¹³².

¹²⁵ LEITE DE CAMPOS, Diego José Paredes. *A subsidiariedade da obrigação de restituir o enriquecimento*. Coimbra: Almedina, 1974, p. 124; MENEZES LEITÃO, 2005, p. 266; MENEZES CORDEIRO, 2020, p. 151.

¹²⁶ LEITE DE CAMPOS, 1974, p. 123-125; MENEZES LEITÃO, 2005, p. 268; e CABELEIRA, 2018, p. 33.

¹²⁷ TEIXEIRA, 2011, p. 409. É importante destacar também que Pothier resgatou a gestão imprópria de negócios.

¹²⁸ RIPERT, Georges. *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, LGDJ, 4e éd., n°133, 1949, p. 246. No original: “Comme un fleuve souterrain, le principe alimente des règles précises qui en révèle l’existence, mais il ne sort jamais au jour” (RIPERT, 1949, p. 247).

¹²⁹ Expressão extraída de LEITE DE CAMPOS, 1974, p. 218.

¹³⁰ TEIXEIRA, 2011, p. 410.

¹³¹ RIPERT, 1946, p. 252.

¹³² RIPERT, 1946, p. 248; e TEIXEIRA, 2011, p. 410.

Cedric Teixeira explica que o caso tratava de um comerciante de fertilizantes que havia vendido seus produtos para um agricultor que trabalhava em terras arrendadas. Após o término do contrato de arrendamento do agricultor, este se viu insolvente e abandonou as suas colheitas sem pagar o fornecedor dos fertilizantes. O fornecedor então se voltou contra o dono das terras sob o argumento de que este tinha se beneficiado com os fertilizantes aplicados e, portanto, enriqueceu injustamente. O tribunal de primeira instância deferiu o pedido do fornecedor e, em sede de recurso, a Corte de Cassação passou a discutir se era ou não possível aplicar a *actio de in rem verso* em França. Ao final do julgamento, sob forte influência da doutrina de Aubry e Rau, a Corte entendeu por confirmar a decisão do tribunal de origem, considerando que a *actio de in rem verso*, embora não positivada, ao derivar da equidade, proíbe se enriquecer em detrimento de outros e seu exercício não pode estar sujeito a quaisquer condições¹³³.

Depreende-se que a Corte de Cassação não vinculou a *actio de in rem verso* a limites técnico-jurídicos e o sistema legal francês sentiu os perigos de um princípio tão novo e tão vago¹³⁴ até que, em 18 de outubro de 1898, a Corte finalmente delimitou os requisitos necessários à utilização da *actio de in rem verso* em França: i) que esta seja o único recurso possível no ordenamento jurídico, passando a ser tratada como um instituto subsidiário; e ii) que estivesse devidamente caracterizada a ausência de causa jurídica para o enriquecimento¹³⁵.

Em 12 de maio de 1914, a Corte de Cassação francesa ratificou:

A acção de *in rem verso*, fundada no princípio de equidade que proíbe o enriquecimento em detrimento de outrem, deve ser admitida em todos os casos em que o património de uma pessoa se encontra, sem causa legítima, enriquecido a expensas do de uma outra pessoa, e esta não disponha para obter o que lhe é devido de nenhuma acção resultante de um contrato, quase-contrato, delito ou quase-delito¹³⁶.

Como resultado desse processo evolutivo, ainda, acrescentou-se um último pressuposto à *actio de in rem verso*: o empobrecimento do titular do direito como condição e limite da ação. Ou seja, passou-se a exigir uma correlação entre o enriquecimento do agente e o empobrecimento do titular do direito para a restituição do enriquecimento sem causa¹³⁷.

Significa dizer que a construção do enriquecimento sem causa no ordenamento jurídico francês é essencialmente jurisprudencial e, embora seja reconhecido a partir de uma noção de equidade natural, este permaneceu limitado na prática, diante do reconhecimento da

¹³³ TEIXEIRA, 2011, p. 410.

¹³⁴ LEITE DE CAMPOS, 1974, p. 218.

¹³⁵ TEIXEIRA, 2011, p. 411.

¹³⁶ Arrêt Clayette *apud* LEITE DE CAMPOS, 1974, p. 158-159.

¹³⁷ MENEZES LEITÃO, 2005, p. 302.

subsidiariedade do instituto em França. De acordo a comparação de Georges Ripert, o que era um rio subterrâneo agora se tornou um fio de água, ou melhor, uma ação residual¹³⁸.

Daí por que uma cláusula geral de vedação ao enriquecimento sem causa no país só foi positivada com a reforma legislativa de 10 de fevereiro de 2016 (art. 1303), por meio da Portaria n. 2016-131¹³⁹ e, mesmo assim, não despertou grande interesse dos juristas franceses.

Nas palavras de Eric Descheemaeker:

O Direito francês de enriquecimento sem causa foi recentemente reformado pela portaria, de 10 de fevereiro de 2016, “relativa à reforma do Direito dos contratos, do regime geral das obrigações e da prova das obrigações”. Pode-se perdoar a doutrina estrangeira por não ter prestado muita atenção a esse fato, pois os juristas franceses também não prestaram muita atenção. A única parte da reforma pela qual a doutrina francesa realmente se interessou foi o Direito dos Contratos. A julgar pelo título da reforma, o enriquecimento sem causa sequer parece ter sido compreendido por ela. Isso demonstra, triste mas abertamente, o estado da doutrina de um país em que nenhum pesquisador descreve como seu principal campo de especialização o enriquecimento sem causa¹⁴⁰.

Destaca-se que a positivação da cláusula geral não alterou a sistemática do instituto em França. Os requisitos indispensáveis para a pretensão ao enriquecimento sem causa se mantiveram conforme o entendimento jurisprudencial, devendo-se comprovar o enriquecimento injustificado (sem causa de justificação) e o correlativo empobrecimento. Também se manteve a subsidiariedade do instituto no país, por meio do artigo 1303-3¹⁴¹.

A grande preocupação do legislador francês foi a nomenclatura do instituto, que passou de enriquecimento sem causa (*enrichissement sans cause*) para enriquecimento

¹³⁸ AUGUSTIN, J. M. Introduction historique à l'enrichissement sans cause en droit français. 1 *Journée d'études Poitiers-Roma*, 2007, p. 40-41.

¹³⁹ Artigo 1303. *En dehors des cas de gestion d'affaires et de paiement de l'indu, celui qui bénéficie d'un enrichissement injustifié au détriment d'autrui doit, à celui qui s'en trouve appauvri, une indemnité égale à la moindre des deux valeurs de l'enrichissement et de l'appauvrissement.* Tradução livre: Salvo os casos de gestão de negócios e de pagamento indevido, aquele que se beneficia de um enriquecimento em causa à custa de outros, deve, ao empobrecido, uma indenização igual ao menor dos dois valores, enriquecimento e empobrecimento.

¹⁴⁰ DESCHEEMEAKER, Eric. El nuevo Derecho Francés del Enriquecimiento Injustificado. Trad. de Pedro del Olmo y Ángel Juárez. In: GARCÍA, Pedro Del Olmo; ARRUE, Basozabal Xavier; TORREJÓN, Ángel Juárez (Orgs.). *Enriquecimiento injustificado en la encrucijada: historia, derecho comparado y propuestas de modernización*. Navarra: Aranzadi, p. 121-167, 2017, p. 122. Tradução livre de: “*El Derecho francés del enriquecimiento injustificado ha sido reformado recientemente por la Ordenanza (Decreto del Gobierno) de 10 de febrero de 2016 “relativa a la reforma del Derecho de contratos, el régimen general de las obligaciones y prueba de las obligaciones”. Se le puede perdonar a la doctrina extranjera por no haber prestado mucha atención a este hecho, pues no es claro que los juristas franceses hayan prestado demasiada atención tampoco. La única parte de la Reforma en la que la doctrina se ha interesado realmente ha sido el Derecho de contratos. A juzgar por el título de la Reforma, el enriquecimiento injustificado ni siquiera parece estar comprendido en ella. Esto pone de manifiesto, triste pero abiertamente, el estado de la doctrina de un país en el que ningún investigador describe como su principal campo de especialización el Derecho del enriquecimiento injustificado*”.

¹⁴¹ Artigo 1303-3. *L'appauvri n'a pas d'action sur ce fondement lorsqu'une autre action lui est ouverte ou se heurte à un obstacle de droit, tel que la prescription.* Tradução livre: O empobrecido não tem ação nesse sentido quando outra ação lhe é possível ou se depara com um obstáculo legal, como a prescrição.

injustificado (*enrichissement injustifié*) sob a justificativa de eliminar a expressão *causa* para que não se confundam a causa dos contratos, com a causa do enriquecimento sem causa, embora estas nunca tenham sido efetivamente confundidas pela doutrina francesa¹⁴².

Historicamente se pontua, ainda, que o *Code Napoléon* influenciou o processo de codificação dos países latinos europeus no decorrer do século XIX. O Código Civil italiano de 1865, o Código Civil português de 1867 e o Código Civil espanhol de 1889 positivaram a gestão de negócios e o pagamento indevido, mas não trataram de uma cláusula geral de enriquecimento sem causa e se desvincularam das demais *condictiones* à semelhança do Código de Napoleão. Por outro lado, os estudiosos alemães não seguiram a tradição francesa e o instituto do enriquecimento sem causa tomou um rumo doutrinário e legislativo bem diferente na Alemanha, como se passa a verificar no próximo subtítulo¹⁴³.

2.3.4 O desenvolvimento do enriquecimento sem causa na Alemanha

Enquanto os juristas franceses buscavam se afastar da tradição romanista e deixar de lado a consolidação de um instituto do enriquecimento sem causa em França, os juristas alemães da Escola Histórica de Direito de Friedrich Carl von Savigny, no início do século XIX, voltavam-se ao estudo das fontes do Direito Romano¹⁴⁴.

A ciência pandectista questionou todas as soluções do direito comum em sede de enriquecimento sem causa e desenvolveu uma profunda crítica ao postulado de que ninguém deveria se locupletar à custa de outrem pudesse constituir um princípio geral e indeterminado, cujas fontes estariam na acepção de equidade. Também defenderam que a *actio negotiorum gestorum* e a *actio de in rem verso* não poderiam dar fundamento bastante ao enriquecimento sem causa, em razão das construções originárias destas ações¹⁴⁵.

Era a *condictio* o alicerce do instituto do enriquecimento sem causa para os pandectistas. Savigny identificou que todas as *condictiones* sempre pertenceram a um mesmo sistema orgânico. Desde o período clássico e até mesmo no período bizantino, a *condictio*

¹⁴² DESCHEEMEAKER, 2017, p. 126-127. O autor ainda salienta que o enriquecimento sem causa passou a integrar o campo dos quase-contratos na sistemática do Código Civil francês, sendo introduzido ao lado da *negotiorum gestio* e da *condictio indebiti* (DESCHEEMEAKER, 2017, p. 126).

¹⁴³ René David discorre que o grande drama europeu foi definitivamente a rejeição da codificação francesa na Alemanha e foi, mais ainda, a atitude das universidades no alvorecer da codificação (DAVID, 2002, p. 69).

¹⁴⁴ ZIMMERMANN, Reinhard. The german civil code and the development of private law in Germany. *Oxford University Comparative Law Forum*, 2006. Disponível em: ouclf.law.ox.ac.uk. Acesso em: 09 mar. 2022. Stein explica que Savigny considerava a compilação de Justiniano como um produto de uma sociedade em declínio e, por isso, o regresso às fontes clássicas e pós-clássicas do Direito Romano (STEIN, 1999, p. 117).

¹⁴⁵ MENEZES LEITÃO, 2005, p. 332; CABELEIRA, 2018, p. 38.

sempre foi considerada um remédio a ser aplicado às situações em que o patrimônio de um sujeito teve um acréscimo diante da diminuição nos ativos de outrem, sendo que tal deslocação de riquezas não era justificada por um fundamento legal válido (ou simplesmente causa)¹⁴⁶.

Savigny considerou assim que as transformações sofridas em um determinado patrimônio só poderiam ocorrer por vontade do titular do patrimônio. Ao não ocorrer essa vontade, ou ao menos um consentimento, não haverá fundamento jurídico válido e, conseqüentemente, dar-se-á o enriquecimento sem causa, sendo a comprovação da efetiva deslocação patrimonial indispensável à pretensão ao enriquecimento para o autor¹⁴⁷.

Percebe-se que a construção argumentativa do autor não deixou de estar em conformidade com a visão moderna do direito restitutivo de Grócio, mas se centrava na acepção de deslocamento patrimonial identificada no Direito Romano. Daí por que era estritamente necessário para se recorrer a esse remédio obrigacional comprovar que aquilo de que o outro se serviu para enriquecer patrimonialmente existia originalmente no patrimônio daquele que pretende invocar a *condictio*, devendo-se obrigatoriamente comprovar a perda efetiva da propriedade da coisa para Savigny¹⁴⁸.

Trata-se da teoria unitária das *condictiones* como ações de enriquecimento (*Bereicherungsklagen*), hoje denominada de teoria unitária do descolamento patrimonial (*Vermögensverschiebung*)¹⁴⁹, a qual influenciou profundamente os juristas alemães do século XIX, provocando uma verdadeira inversão do modo de compreender as *condictiones*. Da mesma forma, o enriquecimento sem causa deixou de ser um princípio de equidade e passou a ser verdadeiramente uma fonte obrigacional derivada do sistema das *condictiones*.

Este período histórico, porém, também foi marcado pelo processo de codificação na Alemanha. Diferentemente dos demais países de tradição romano-germânica, a Alemanha não positivou um código civil no século XIX. O caminho para a unidade legal por meio de um código no país foi árduo e longo. Somente em meados do século XIX que a redação de um código civil passou a ser amplamente aceita pelos juristas germânicos¹⁵⁰ e as discussões sobre

¹⁴⁶ DANNEMANN, Gerhard. *The German Law of Unjustified Enrichment and Restitution: a comparative introduction*. Oxford: University Press, 2009, p. 8; ZIMMERMANN, 1985, p. 8.

¹⁴⁷ MENEZES LEITÃO, 2005, p. 334-335.

¹⁴⁸ VIEIRA GOMES, 1999, p. 167. No mesmo sentido, FARIÑA, Rebeca Fariña. *La restitución del enriquecimiento sin causa: un reto para el derecho español. Análisis desde una perspectiva comparada con el derecho alemán*. Pamplona: Aranzadi, 2022, p. 41.

¹⁴⁹ É importante anotar que apesar da grande influência de Savigny sobre o enriquecimento sem causa, presente ainda hoje na Alemanha, sua teoria não era unânime na doutrina alemã do século XIX. Para maiores considerações sobre o assunto, ler: CABELEIRA, 2018, p. 45.

¹⁵⁰ ZIMMERMANN, 2006. Zimmermann disserta que apesar da unidade promovida pelos estudos pandectistas, ao longo do século XIX dentro da própria Escola de Direito Histórico nasceu uma ambivalência em relação à necessidade de uma codificação própria de direito privado, marcada pelo famoso debate entre Savigny e Thibaut.

a necessidade de consagração legislativa do enriquecimento sem causa no país permearam todo o período de elaboração Código Civil alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch* – BGB).

Zimmermann explica que o título sobre enriquecimento sem causa, contudo, não pode ser considerado propriamente uma obra-prima legislativa¹⁵¹. Embora os redatores tenham negado já nos primeiros ensaios do Código a doutrina do direito comum, no sentido de que o enriquecimento sem causa tinha fundamento na equidade ou na *actio de in rem verso*¹⁵², e cristalizado a independência da gestão de negócios, a Primeira Comissão não reconheceu a necessidade da positivação de uma cláusula geral de enriquecimento sem causa na Alemanha. Todas as discussões dos redatores permeavam a positivação das regras específicas das *condictiones* (*condictio causa data causa non secuta*, *condictio ob turpem vel iniustam causa* e *condictio indebiti*)¹⁵³, identificando-se a *condictio sine causa* como residual.

Foi somente na Segunda Comissão¹⁵⁴ que se defendeu a necessidade de uma cláusula geral de enriquecimento sem causa na Alemanha, principalmente diante da influência de Savigny¹⁵⁵. Tal defesa levou à alteração do título do enriquecimento sem causa para incorporar no BGB uma cláusula geral de enriquecimento sem causa (§812¹⁵⁶), à qual todas as *condictiones* poderiam se reconduzir. Tanto que esta cláusula geral passou a encabeçar o título relativo ao enriquecimento sem causa (*Ungerechtfertigte Bereicherung*) na codificação alemã.

Somente em meados do século XIX, assim, foi amplamente aceito que uma codificação de direito privado era necessária no país. O período de gestação do Código Civil alemão teve início no ano de 1873 com a nomeação da Primeira Comissão preliminar e perdurou por, mais ou menos, trinta anos. Entre os inúmeros debates, revisões e a nomeação de duas comissões, após a publicação do Segundo Projeto da codificação e a votação final no Parlamento, finalmente, houve a promulgação no Diário do Governo do Código Civil alemão em 1896 e sua entrada em vigor pouco menos de três anos e meio depois, em 1º de janeiro de 1900 (ZIMMERMANN, 2006).

¹⁵¹ ZIMMERMANN, 1990, p. 887.

¹⁵² MENEZES LEITÃO, 2005, p. 343; e CABELEIRA, 2018, p. 47. Na síntese de Karl Larenz, “a legislação regula nos §§ 812 a 822 relações obrigacionais derivadas de enriquecimento sem causa. Trata-se de pretensões fundadas na norma que podem ser chamadas de *condictiones* de acordo com precedentes do Direito Romano e do Direito Comum. Tradução livre de: “*La ley regula em los §§ 812 a 822 relaciones obligatorias derivadas de ‘enriquecimiento injusto’*. Se trata de pretensiones fundadas em la ley que pueden ser caracterizadas como ‘condictiones’ a tenor de sus precedentes del Derecho Romano e del común” (LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*. Tomo II. Trad. Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, p. 514).

¹⁵³ Tais *condictiones* estão atualmente entre o §§ 813 e 817 do BGB. Segundo Dannemann, o título do enriquecimento sem causa no Código Civil alemão está dividido em dois grandes grupos: disposições que dizem quando o reclamante tem direito a utilizar-se do instituto (§§ 812 a 817) e disposições sobre o que e quanto pode reclamar (§§ 818 a 820). Assim, a *condictio indebiti* está nos §§ 813 e 814, a *condictio ob rem* no § 815, a *condictio ob turpem vel iniustam causam* no § 817 (DANNEMANN, 2009, p. 11).

¹⁵⁴ Sobre o processo de codificação alemão, ler: RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. A influência do BGB e da doutrina alemã no direito civil brasileiro do século XX. *Revista dos Tribunais*, v. 938, p. 79-155, dez. 2013.

¹⁵⁵ ZIMMERMANN, 1985, p. 8.; ZIMMERMANN, 1990, p. 887.

¹⁵⁶ ALEMANHA. *Bürgerliches Gesetzbuch*. § 812. (1) *Wer durch die Leistung eines anderen oder in sonstiger Weise auf dessen Kosten etwas ohne rechtlichen Grund erlangt, ist ihm zur Herausgabe verpflichtet. Diese erpflchtung besteht auch dann, wenn der rechtliche Grund später wegfällt oder der mit einer Leistung nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts bezweckte Erfolg nicht eintritt*. Tradução livre: Quem pela prestação de outra pessoa, ou por qualquer outro modo às suas custas, obter para si alguma coisa, sem fundamento jurídico, estará obrigado, para com este, à restituição. Esta obrigação existe ainda quando o fundamento jurídico mais tarde vier a faltar, ou quando, com uma prestação, não se realizar o resultado visado de acordo com o conteúdo do negócio.

Durante o processo de revisão da cláusula geral (§812) os redatores do BGB ainda, atentos a algumas críticas doutrinárias¹⁵⁷, optaram por substituir a expressão *aus dem Vermögen eines anderen* (que resulta do patrimônio de outrem) – contida na primeira redação do artigo e sob influência de Savigny – pela expressão *auf dessen Kosten* (à sua custa), sob a justificativa de que o objeto a ser restituído com fulcro no instituto não precisaria ter pertencido primeiramente ao patrimônio do titular do direito, mas apenas afetar o seu objeto patrimonial¹⁵⁸. Ainda, entenderam por destinar o §818 para as diretrizes gerais do *quantum restitutorio*¹⁵⁹.

Como corolário lógico, o Código Civil alemão passou a ser precursor da regulação geral do enriquecimento sem causa na tradição romano-germânica, contemplando o instituto como um remédio que permite atenuar o desequilíbrio produzido. Todavia, as mudanças legislativas incorporadas pela Segunda Comissão promoveram uma grande margem de abstração do instituto após a entrada em vigor do BGB em 1º de janeiro de 1900.

Zimmermann elucida que nos primeiros anos não existiam sólidas diretrizes para os requisitos às suas custas (*auf dessen Kosten*) e sem fundamento jurídico (*ohne rechtlichen Grund*) contidos na cláusula geral e, por muito tempo, a literatura jurídica se mostrou incapaz de delinear uma abordagem sólida e orientativa aos tribunais germânicos, diante das múltiplas manifestações de enriquecimento na casuística. Tanto que as primeiras interpretações dadas eram tão vagas que acabavam se aproximando da própria máxima de Pompônio¹⁶⁰.

Uma resposta clara e uniforme ao problema da abstração do enriquecimento sem causa no país se deu por meio dos ensaios de Walter Wilburg em 1934, que subdividiu o instituto em categorias segundo os tipos de enriquecimento que podem ocorrer sem causa¹⁶¹. Contudo, antes de compreender propriamente a doutrina de Wilburg, dar-se-á atenção à teoria da

¹⁵⁷ Cervantes disserta que uma das grandes críticas da teoria de Savigny estava na impossibilidade de tutelar os direitos sobre ativos intangíveis (CERVANTES, Carles Vendrell. La acción de enriquecimiento injustificado por intromisión en los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen. *Anuario de Derecho Civil*. Tomo LXV, fasc. III, jan.-mar., p. 1108-1244, Madrid: BOE, 2012, p. 1120).

¹⁵⁸ MENEZES LEITÃO, 2005, p. 349.

¹⁵⁹ ALEMANHA. Bürgerliches Gesetzbuch. § 818: “(1) Die Verpflichtung zur Herausgabe erstreckt sich auf die gezogenen Nutzungen sowie auf dasjenige, was der Empfänger auf Grund eines erlangten Rechts oder als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung des erlangten Gegenstands erwirbt. (2) Ist die Herausgabe wegen der Beschaffenheit des Erlangten nicht möglich oder ist der Empfänger aus einem anderen Grunde zur Herausgabe außerstande, so hat er den Wert zu ersetzen. (3) Die Verpflichtung zur Herausgabe oder zum Ersatz des Wertes ist ausgeschlossen, soweit der Empfänger nicht mehr bereichert ist. (4) Von dem Eintritt der Rechtshängigkeit an haftet der Empfänger nach den allgemeinen Vorschriften.”. Tradução livre: (1) O dever de restituir estende-se aos ganhos obtidos, bem como a qualquer coisa que o recebedor adquira em razão de um direito obtido ou da compensação pela destruição, dano ou privação do objeto obtido. (2) Se a restituição não for possível devido à qualidade do ganho obtido, ou se o recebedor for incapaz de restituí-lo por outro motivo, este deverá compensar seu valor. (3) O dever de restituir ou de restituir o valor é excluído na medida em que o destinatário não seja mais enriquecido. (4) A partir do momento em que a ação estiver pendente, o destinatário é responsável nos termos das disposições gerais da lei.

¹⁶⁰ ZIMMERMANN, 1985, p. 11.

¹⁶¹ ZIMMERMANN, 1985, p. 11; ZIMMERMANN, 1990, p. 889.

antijuridicidade de Fritz Schulz de 1909, que trouxe uma nova concepção ao instituto do enriquecimento sem causa ao tratar pela primeira vez a questão do lucro da intervenção.

2.3.4.1 A visão de Fritz Schulz

Fritz Schulz, também partindo das *condictiones* romanas enquanto alicerce do enriquecimento sem causa¹⁶², defendia que o elo comum da instituição não era o deslocamento patrimonial como apontado por Savigny, mas sim a conduta antijurídica¹⁶³. Para o autor alemão, a questão sempre residiu na acepção geral de que ninguém deve obter uma vantagem patrimonial por meio de uma intervenção antijurídica nos direitos alheios, sendo necessária a restituição ao titular do direito violado de toda vantagem daí derivada¹⁶⁴.

A pretensão dirigida à restituição nasce em Schulz, assim, a partir da intervenção antijurídica nos direitos alheios e o enriquecimento passa a ser injustificado por ser fruto desta conduta antijurídica¹⁶⁵. Daí por que o autor defendia que a obrigação de restituir representava o inverso da obrigação de indenizar, pois a primeira possui a função precípua de restabelecer o patrimônio do lesante à situação que estaria se não tivesse ocorrido a intervenção antijurídica¹⁶⁶.

Schulz traçou ainda quatro pressupostos para a restituição do enriquecimento sem causa: (i) a intervenção, entendida como uma conduta humana sobre um direito alheio; (ii) a existência de uma vantagem econômica ou patrimonial para este agente interventor; (iii) o nexo de causalidade¹⁶⁷ entre a intervenção e a vantagem patrimonial-econômica; e (iv) a antijuridicidade da conduta interventora, a qual existe em qualquer intervenção que o titular do patrimônio não estivesse obrigado para com o interventor a tolerar¹⁶⁸.

¹⁶² SCHULZ, 1951, p. 610. Esse pensamento ficou cristalino através da obra: SCHULZ, Fritz. *Systeme der Rechte auf den Eingriffserwerb*, ACP, 1909.

¹⁶³ Peteffi da Silva ensina que o termo antijuridicidade é fruto do desenvolvimento observado na doutrina penal alemã, mas desde as primeiras traduções do instituto feitas por países de origem latina, como o português e o espanhol, passaram a considerar, nesses países, os termos ilicitude e antijuridicidade muitas vezes por sinônimos e outras tantas vezes utilizados para marcar diferenças conceituais. (PETEFFI DA SILVA, Rafael. Antijuridicidade como requisito da responsabilidade civil extracontratual: amplitude conceitual e mecanismos de aferição. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, v. 18, p. 169-214, jan./mar. 2019.). Consequentemente, encontra-se na doutrina os termos “teoria da ilicitude” e “teoria da antijuridicidade” ao fazer referência à doutrina de Schulz. Nesta pesquisa, usa-se o termo antijuridicidade por se referir à conduta contrária à norma jurídica.

¹⁶⁴ MENEZES LEITÃO, 2005, p. 392; FARÍÑA, 2022, p. 76.

¹⁶⁵ PEREIRA COELHO, 1970, p. 62.

¹⁶⁶ LEITE DE CAMPOS, 1974, p. 462; e BASOZABAL ARRUE, Xabier. *Enriquecimiento Injustificado por Intromision en Derecho Ajeno*. Madri: Editorial Civitas, 1998, p. 57.

¹⁶⁷ Segundo Pereira Coelho, bastaria que a intervenção fosse *conditio sine qua non* da aquisição do lucro do interventor, para que se pudesse falar em causalidade na teoria de Schulz (PEREIRA COELHO, 1970, p. 6).

¹⁶⁸ SCHULZ, 1909, p. 431-433 *apud* MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de, 2005, p. 392-393.

Esta intervenção não autorizada daria a pretensão ao que Schulz denominou de lucro da intervenção (*eingriffserwerb*), entendido como todo e qualquer enriquecimento adquirido pelo agente por meio da intervenção antijurídica nos direitos alheios¹⁶⁹¹⁷⁰, sendo a expressão *à sua custa (auf dessen Kosten)* do §812 do BGB o fundamento e a extensão desta pretensão.

Evidentemente, a doutrina de Fritz Schulz trouxe uma nova e significativa acepção ao enriquecimento sem causa na Alemanha, desvincilhando-o da concepção de deslocamento patrimonial de Savigny e reconhecendo a tutela das situações de enriquecimento a partir de intervenções nos direitos alheios pela primeira vez. Foi a partir de Schulz que a doutrina alemã passou a se preocupar efetivamente com as aquisições intromissivas e os lucros daí derivados, alicerçando a *condictio* por intervenção (*Eingriffskondiktio*) na Alemanha.

No entanto, apesar da inovação na acepção de enriquecimento sem causa, a doutrina de Schulz foi objeto de violenta crítica na Alemanha. Entre as principais críticas estava o fato desta doutrina não ser fundamento bastante para a efetiva determinação dos direitos próprios de restituição, diante da diversidade da natureza das normas. Isso porque existem normas proibitivas cujo objetivo é simplesmente impor uma obrigação de não fazer aos seus destinatários, enquanto outras possuem a função de atribuir a uma determinada pessoa o âmbito exclusivo do domínio e, apenas de forma reflexa, impõem a terceiros o dever de não ingerência. Todavia, a doutrina de Schulz não fazia qualquer diferenciação entre as normas, conferindo um tratamento homogêneo a todas as normas objeto de violação antijurídica¹⁷¹.

Sobre o assunto, Xabier Basozabal Arrue explica que:

A ideia de que quem se comporta antijuridicamente não merece proteção legal denota uma perspectiva penal do fenômeno restitutivo que, talvez, poderia justificar o confisco dos lucros obtidos antijuridicamente, mas não sua redistribuição no âmbito do direito privado; e dado que nem a mera antijuridicidade da ação (Schulz), nem [...] a exigência de uma perda patrimonial (doutrina tradicional) lançam luz alguma sobre o problema, urge recorrer a novos pontos de vista valorativos, que determinem sobre aquelas posições jurídicas, cuja violação dá lugar à restituição dos benefícios patrimoniais obtidos pelo interventor, à custas do titular do direito¹⁷².

¹⁶⁹ A expressão lucro da intervenção está sendo empregada em sua concepção clássica e originária, compreendendo assim tanto os valores de mercado quanto o lucro da intervenção.

¹⁷⁰ MENEZES LEITÃO, 2005, p. 392.

¹⁷¹ BASOZABAL ARRUE, 1998, p. 61 e 62.

¹⁷² BASOZABAL ARRUE, 1998, p. 63. Tradução livre de: “*La idea de que quien se comporta antijuridicamente no mere procción jurídica denota una perspectiva penal del fenómeno restitutorio que quizá podría justificar el comiso de los beneficios obtenidos antijuridicamente, pero no su redistribucion em el ámbito del derecho privado; y dado que ni la mera antijuridicidade de la acción (Schulz), [...] ni la exigência de um perjuicio patrimonial (douctrina tradicional) arrojan luz alguna sobre el problema, urge acudir a nuevos puntos de vistas valorativos que determinen aquellas posiciones jurídicas cuya violación dá lugar a la restitución de los beneficios patrimoniales obtenidos por el intromisor ‘a costa’ de los titulares de aquéllas.*”.

Daí por que Zimmermann claramente pontua que a resposta uniforme ao problema da abstração do enriquecimento sem causa na Alemanha ocorreu por meios dos ensaios de Walter Wilburg em 1934, que foram seguidos por Ernst von Caemmerer em 1954¹⁷³.

2.3.4.2 *As visões de Walter Wilburg e de Ernst von Caemmerer*

O ponto de partida para a mudança de paradigma no ordenamento jurídico alemão nasce com a perspectiva de Wilburg, seguida anos mais tarde por von Caemmerer, de que a acentuação de uma cláusula geral de enriquecimento sem causa no BGB não era apenas historicamente, mas também dogmaticamente justificada diante das diferenças das *condictiones* e das diversas hipóteses em que o enriquecimento pode se materializar sem causa jurídica¹⁷⁴.

Von Caemmerer explica que não se pode obter êxito no âmbito do instituto do enriquecimento sem causa a partir de uma noção unitária de enriquecimento como ocorria em Savigny e em Schulz. Existem diferentes hipóteses de enriquecimento em sua natureza e, por isso, não se pode dar uma resposta única e válida a todos os casos em que o enriquecimento se materializa sem causa jurídica em um determinado ordenamento jurídico¹⁷⁵.

Sob tal perspectiva, os autores propuseram a divisão da cláusula geral de enriquecimento sem causa alemã em duas hipóteses: a primeira relativa às *condictiones* com base numa prestação (*Leistungskondiktion*), extraída da noção de prestação (*Leistung*) contida na primeira parte do §812¹⁷⁶; e a segunda relativa às *condictiones* não baseadas numa prestação (*Nichtleistungskondiktion*), a partir na locução *à sua custa (auf dessen Kosten)* expressa na segunda parte do §812, na qual se atribuiu papel predominante à *condictio* por intervenção (*Eingriffskondiktion*) idealizada por Schulz, embora não mais fulcrada na antijuridicidade¹⁷⁷.

Zimmermann explica que quando o enriquecimento não ocorrer através de uma prestação, o que está em jogo é a tutela do direito alheio à custa do qual o enriquecimento se

¹⁷³ ZIMMERMANN, 1985, p. 11. No mesmo sentido, está: DANNEMANN, 2009, p. 23.

¹⁷⁴ ZIMMERMANN, 1985, p. 11.

¹⁷⁵ VON CAEMMERER, Ernst. Problèmes fondamentaux de l'enrichissement sans cause. *Revue internationale de droit comparé*, vol. 18, n. 3, p. 573-592, jul-set, 1966, p. 576.

¹⁷⁶ A *Leistungskondiktionen* diz respeito à restituição de rendimentos que ocorreram através do erro na prestação ou deveriam ser restituídos após o desaparecimento da transação causal subjacente. E, por isso, a legislação dedica regularmente disposições especiais a cada tipo de prestação na sequência da cláusula geral (VON CAEMMERER, 1966, p. 579; ZIMMERMANN, 1985, p. 12; DANNEMANN, 2009, p. 23 e ss.). Deixa-se, porém, de analisar as *condictiones* por prestação e todas as discussões pertinentes à causa, dado à temática central do presente estudo.

¹⁷⁷ VON CAEMMERER, 1966, p. 578 e ss.; ZIMMERMANN, 1985, p. 12; e ZIMMERMANN, 1995, p. 418. Entre as *condictiones* não baseadas em uma prestação estão a *Reichgriffskondiktion* (para reivindicar o enriquecimento ocorrido através do cumprimento de dívida de outrem) e a *Verwendungskondiktion* (para reivindicar o reembolso de despesas efetuadas em coisa alheia) (ZIMMERMANN, 1985, p. 12).

verificou. Configura-se, assim, como elemento decisivo das obrigações baseadas na *condictio* por intervenção à expressão *às suas custas* (*auf dessen Kosten*), que deve ser interpretada não a partir da noção de antijuridicidade, mas sim do conteúdo de destinação do direito violado¹⁷⁸.

Isso porque o enriquecimento se materializa sem causa jurídica nos casos da *condictio* por intervenção na medida em que os ordenamentos jurídicos atribuem determinadas posições jurídicas a uma pessoa específica e estas posições se constituem absolutas e, por isso, somente ao proprietário-titular cabe desfrutar de seus direitos absolutos. Se uma pessoa acaba intervindo, sem qualquer autorização, em um direito alheio e obtém uma vantagem econômica, essa se materializa sem causa jurídica e deve ser restituída ao seu legítimo titular¹⁷⁹.

A esse respeito, Karl Larenz também disserta que “[...] a aquisição obtida pelo exercício do direito alheio se torna “à custa” de seu titular quando, mediante ela, for prejudicado o direito exclusivo de uso e exploração deste, independentemente de que, em outro caso, o titular do direito tenha feito ou não uso efetivo desta aquisição¹⁸⁰”.

Sob tal perspectiva, a *condictio* por intervenção passou a operar a proteção dos direitos de acordo com a destinação conferida por um determinado ordenamento jurídico e, a esta proteção, Wilburg denominou de conteúdo de destinação (*Zuweisungsgehalt*) e entendeu que as vantagens auferidas a partir de uma intervenção se constituem em um “enriquecimento injustificado” (sem causa jurídica) diante da ausência de autorização do titular do direito e “às custas de outrem” na medida em que contradiz a própria noção de conteúdo de destinação¹⁸¹.

De acordo com a síntese de Dannemann, a teoria do conteúdo de destinação liga a vantagem econômica que foi adquirida com o direito que foi interferido. Se a ordem jurídica atribuir a vantagem em questão ao titular do direito, a restituição será garantida¹⁸².

Percebe-se que a construção dogmática de Wilburg se apoia em uma acepção ampla do direito de propriedade – como em Grócio – que reserva ao seu titular a cessação da conduta intromissiva, a remoção de seus efeitos e de eventuais indenizações pelos danos causados e a pretensão às vantagens econômicas auferidas pelo agente interventor¹⁸³. O instituto do

¹⁷⁸ ZIMMERMANN, 1985, p. 13.

¹⁷⁹ ZIMMERMANN, 1995, p. 418.

¹⁸⁰ LARENZ, 1958, p. 526. No original: “[...] *la adquisición obtenida por ejercicio de un derecho ajeno se hace “a costa” de su titular cuando mediante ella ha sido perjudicado su derecho exclusivo al uso y aprovechamiento, prescindiendo de que em otro caso el titular hubiese hecho o no efectivamente dicha adquisición.*”.

¹⁸¹ DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON, 1988, p. 119; e BASOZABAL ARRUE, 1998, p. 68 e ss.

¹⁸² DANNEMANN, 2009, p. 94. Em complementação, Daniel Visser salienta que a *Zuweisungstheorie* deixa claro que um benefício deve ser devolvido, porque pertence exclusivamente a uma determinada pessoa e foi obtido por outrem (VISSER, Daniel. Unjustied Enrichment in Comparative Perspective. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard. *The Oxford Handbook of Comparative Law*. 2 ed. Oxford University Press, p. 961-993, 2019, p. 980).

¹⁸³ BASOZABAL ARRUE, 1998, p. 69; MENEZES LEITÃO, 2005, p. 403.

enriquecimento sem causa não se alicerça na ideia de subtração das vantagens econômicas como uma reação contra uma conduta antijurídica, tampouco na deslocação patrimonial, mas objetiva reconduzir determinadas vantagens ao seu verdadeiro titular. Trata-se da finalidade atributiva do direito usurpado, que é a verdadeira chave do dever de restituir na Alemanha¹⁸⁴.

Tanto que, vinte anos mais tarde, von Caemmerer passou a defender que é sobre a função de ordenação jurídica dos direitos que se funda a ilegitimidade do enriquecimento nos casos da *condictio* por intervenção. Se a norma jurídica destina a determinada pessoa a propriedade de uma coisa, é dar a ela o direito exclusivo de usá-la, consumi-la e aproveitá-la (*uti, frui, abuti*) e, portanto, a vantagem auferida pelo interventor deve ser restituída¹⁸⁵.

No entanto, em que pese as teses de Wilburg e de von Caemmerer possuírem como núcleo duro a noção de conteúdo de destinação jurídica, os doutrinadores alemães divergiam claramente sobre o objeto a ser restituído no âmbito da *condictio* por intervenção.

O fim econômico da propriedade – assim como de outros direitos absolutos – ultrapassa o poder direto e imediato sobre a coisa para Wilburg e, assim, a pretensão de enriquecimento nesta modalidade sempre será uma pretensão continuada da atuação jurídica relativa a todos os direitos que caem no âmbito da destinação. Por isso, o pressuposto desta pretensão é a própria destinação de um direito à utilidade alheia, tendo ela por conteúdo a restituição da utilidade assim obtida, considerando todas as vantagens daí derivadas¹⁸⁶.

Daí por que o interventor será obrigado a restituir ao titular do direito àquela parte das vantagens auferidas que mantenham ligação econômica e direta com o direito violado em Wilburg, visto que seria excessivo impor a restituição de todas as vantagens obtidas pela intervenção desautorizada como defendia Schulz, sendo ideal a realização de uma valoração de todos os fatores que contribuíram diretamente para a obtenção destas vantagens econômicas, o que permite a restituição dos valores de mercado e do lucro da intervenção no âmbito do enriquecimento sem causa. Este último, desde que, atendendo ao fato de que existe uma proporcionalidade do lucro em atenção à importância relativa de cada fator no processo de sua obtenção, para assim garantir uma adequada remuneração do fator alheio empregado¹⁸⁷.

Von Caemmerer defendia, por sua vez, que a intervenção não pode fundamentar uma pretensão de enriquecimento que vá além da própria destinação do direito violado – não sendo objeto da pretensão restituitória o lucro da intervenção –, na medida em que o objetivo do

¹⁸⁴ BASOZABAL ARRUE, 1998, p. 68.

¹⁸⁵ VON CAEMMERER, 1966, p. 580-581.

¹⁸⁶ MENEZES LEITÃO, 2005, p. 403-404.

¹⁸⁷ VIEIRA GOMES, 1998, p. 190-191.

instituto é equilibrar a ordem jurídica com a restituição do valor do desfrute do direito violado. Desta forma, para o autor, o agente interventor deverá restituir o montante que normalmente pagaria para usar, consumir ou dispor do direito objeto de intervenção, nem mais nem menos, qualquer que seja o saldo a maior no patrimônio do interventor a ele pertence¹⁸⁸.

Em outras palavras, apenas é objeto do instituto do enriquecimento sem causa a restituição dos valores de mercado para von Caemmerer. No entanto, em caso de dolo do interventor, von Caemmerer defende que não cabe ao instituto do enriquecimento sem causa tutelar esta relação, mas sim ao instituto da gestão de negócios imprópria, que também foi positivada no BGB (§ 687, II)¹⁸⁹, e, segundo o autor, impõe a restituição dos lucros da intervenção com base em um caráter sancionatório, ou nos casos de culpa em domínio da proteção dos bens imateriais, em que cabe a restituição de todos os lucros¹⁹⁰.

Embora a divergência entre os doutrinadores, a opinião largamente dominante na doutrina e na jurisprudência germânicas na contemporaneidade é aquela que nega a unidade do enriquecimento sem causa, acolhendo a doutrina da divisão tipológica do instituto na Alemanha e a *condictio* por intervenção ganha significativo espaço no âmbito do enriquecimento sem causa a partir da noção de conteúdo de destinação (*Zuweisungsgehalt*).

Consoante Dannemann:

Atualmente, a opinião majoritária na Alemanha é que a ilegalidade por si só muitas vezes não indica quem deve ter direito a um enriquecimento obtido ilegalmente. Os tribunais e a doutrina majoritária agora aplicam a doutrina do conteúdo de destinação de Wilburg e de von Caemmerer ([...] *Theorie vom Zuweisungsgehalt*) a fim de distinguir os erros que dão origem à restituição daqueles que não o fazem¹⁹¹.

A gênese histórica do desenvolvimento do enriquecimento sem causa no ordenamento jurídico germânico demonstra, portanto, que as preocupações com a restituição das vantagens

¹⁸⁸ VON CAEMMERER, 1966, p. 580.

¹⁸⁹ ALEMANHA. *Bürgerliches Gesetzbuch*. § 687, II: “Behandelt jemand ein fremdes Geschäft als sein eigenes, obwohl er weiß, dass er nicht dazu berechtigt ist, so kann der Geschäftsherr die sich aus den §§ 677, 678, 681, 682 ergebenden Ansprüche geltend machen. Macht er sie geltend, so ist er dem Geschäftsführer nach § 684 Satz 1 verpflichtet.”. Tradução livre: § 687, II: Se uma pessoa gere os negócios de outrem como se seus fossem, embora saiba que não tem o direito de fazê-lo, então o proprietário pode utilizar-se das reivindicações previstas nos artigos 677, 678, 681 e 682. Se ele as reivindicar, então o gestor do negócio estará para com ele obrigado nos termos do artigo 684, I.

¹⁹⁰ VON CAEMMERER, 1966, p. 588. Anota-se que este ponto será retomado nos próximos subtítulos.

¹⁹¹ DANNEMANN, 2009, p. 94. No original: *Currently, the majority view in Germany is that unlawfulness in itself will often not indicate who should be entitled to an enrichment which was gained unlawfully. Courts and the majority of academics now apply Wilburg's and von Caemmerer's doctrine of attribution ([...] Theorie vom Zuweisungsgehalt) in order to distinguish wrongs which give rise to restitution from those which do not.* Nesse sentido, também estão: VISSER, 2019, p. 988 e ss.; e SCHWENZER, Ingeborg. Development of Comparative Law in Germany, Switzerland, and Austria. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard. *The Oxford Handbook of Comparative Law*. 2 ed. Oxford University Press, p. 55-86, 2019, p. 76.

econômicas auferidas por aquele que intervém nos direitos alheios nasceram no seio do instituto através do reconhecimento da *condictio* por intervenção. *A prima facie*, se determinada pessoa, sem autorização, ingere os licores de outrem; utiliza a imagem de outrem na propaganda dos produtos que lhe pertencem; subtrai pequenas quantidades de farinha da padaria; utiliza o automóvel alheio para ganhar uma competição desportiva; edita obra literária sem autorização do autor, cabe à *condictio* por intervenção a restauração do equilíbrio rompido à luz da teoria do conteúdo da destinação¹⁹². A grande divergência doutrinária reside justamente no objeto a ser restituído nestas hipóteses: se todas as vantagens econômicas provenientes da intervenção (valores de mercado e lucros da intervenção) ou se somente os valores de mercado.

Como corolário lógico, no próximo subtítulo verificar-se-á como o ordenamento jurídico alemão está tratando a temática da restituição do lucro da intervenção na contemporaneidade. Da mesma forma, serão analisadas as soluções traçadas pelos ordenamentos jurídicos português e espanhol que, no âmbito do enriquecimento sem causa, trocaram a matriz francesa pela alemã, reconhecendo não só o instituto do enriquecimento sem causa, mas também definindo parâmetros para aplicação da *condictio* por intervenção¹⁹³.

2.4 O TRATAMENTO CONFERIDO AO LUCRO DA INTERVENÇÃO NA TRADIÇÃO JURÍDICA ROMANO-GERMÂNICA

Um fato inegável na história do desenvolvimento do instituto do enriquecimento sem causa é a profunda e extensa influência do direito alemão em Portugal e Espanha. Com a positivação da cláusula geral de vedação ao enriquecimento sem causa no BGB (§812) e a consagração da doutrina da divisão tipológica do instituto na Alemanha, grandes juristas

¹⁹² JIUKOSKI DA SILVA, 2019, p. 52.

¹⁹³ A presente pesquisa não analisará a realidade italiana sobre o enriquecimento sem causa, pois a gênese histórica demonstra que o instituto em Itália acabou sendo “descoberto” a fim de suprir as lacunas legislativas. E, embora a cláusula geral de vedação ao enriquecimento sem causa tenha sido positivada no Código Civil italiano de 1942, através do artigo 2041, sob a seguinte redação: “Quem, sem justa causa, se enriqueceu à custa de outra pessoa é obrigado, dentro dos limites do enriquecimento, a indenizar esta última pela correlativa diminuição patrimonial. Se o enriquecimento havia por objeto uma coisa determinada, aquele que recebeu é obrigado a restituí-lo *in natura*, se existir ao tempo da demanda” (“*Chi, senza una giusta causa, si è arricchito a danno di un'altra persona è tenuto, nei limiti dell'arricchimento a indennizzare quest'ultima della correlativa diminuzione patrimoniale. Qualora l'arricchimento abbia per oggetto una cosa determinata, colui che l'ha ricevuta è tenuto a restituirla in natura, se sussiste al tempo della domanda*”); a influência francesa permaneceu no direito italiano, tanto que, como dispõe Paolo Gallo, a aceção parte do pressuposto de que para caracterizar o dever de restituir exige-se uma efetiva diminuição patrimonial, assim, o instituto seria incapaz de restituir os eventuais lucros obtidos. Enquanto na Alemanha, para impor a obrigação de restituição, não há necessidade da prova da diminuição patrimonial, mas é suficiente que o lucro tenha sido obtido injustamente à custa de outro; na Itália, onde não só é essencial a prova de dano em sentido próprio, mas é imposta a obrigação de restituição apenas da medida de menor valor entre o enriquecimento e a respectiva diminuição patrimonial (GALLO, Paolo. *L'arricchimento senza causa*. Padova: Università di Trento, 1990, p. 384-385).

portugueses e espanhóis passaram a se dedicar ao estudo do enriquecimento sem causa, recepcionando nos países não só a matriz alemã, como também a *condictio* por intervenção a partir da teoria do conteúdo de destinação do direito violado.

À luz de Carles Vendrell Cervantes, “uma das construções jurídicas modernas mais decisivas para o direito do enriquecimento e, em especial, para a configuração dogmática dos remédios restituitórios derivados da intervenção nos direitos subjetivos absolutos”¹⁹⁴.

Desde então valiosas considerações dogmáticas a respeito das intervenções não autorizadas nos direitos alheios foram desenvolvidas em Portugal e Espanha, formando-se duas correntes que podem ser resumidas entre os seguidores de Wilburg e de von Caemmerer.

Em outras palavras, é possível identificar a divergência doutrinária que reside no objeto a ser restituído no âmbito da *condictio* por intervenção, se todas as vantagens econômicas provenientes do ato de intervenção (valores de mercado e lucro da intervenção) à luz dos ensinamentos de Wilburg, ou se somente os valores de mercado, excluindo a restituição do lucro da intervenção do âmbito do enriquecimento sem causa, como defendia von Caemmerer. Esta divergência aparece ainda pautada na tutela aplicada ao ato de intervenção segundo a natureza do direito subjetivo absoluto ou da posição jurídica análoga violados, criando-se soluções jurídicas diversas a partir das situações fáticas analisadas e da tradição jurídica dos ordenamentos que se apoiaram na teoria alemã do conteúdo de destinação.

Dentro desse cenário, passa-se a verificar as perspectivas doutrinárias e práticas a respeito do lucro da intervenção nos ordenamentos jurídicos alemão, português e espanhol.

2.4.1 O tratamento dado ao lucro da intervenção na Alemanha

Em termos gerais, a doutrina da *condictio* por intervenção (*Eingriffskondiktio*) é adotada majoritariamente no ordenamento jurídico alemão e seu campo de aplicação é determinado a partir do conteúdo de destinação do direito violado¹⁹⁵.

Isso significa que para se recorrer à *condictio* por intervenção na Alemanha não basta identificar um enriquecimento a partir de um ato de intervenção não autorizado em um direito alheio, deve-se antes verificar se este enriquecimento se deu às custas de outrem, o que só ocorrerá se o direito violado possuir conteúdo de destinação. Somente aqueles direitos ou

¹⁹⁴ CERVANTES, 2012, p. 1124. No original: “[...] una de las construcciones jurídicas modernas más decisivas para el Derecho del enriquecimiento y, en especial, para la configuración dogmática de los remedios jurídicos restitutorios derivados de la infracción de derechos subjetivos absolutos”.

¹⁹⁵ DANNEMANN, 2009, p. 92 e 94. Essa afirmativa também pode ser verificada em VISSER, 2019, p. 988 e ss.

posições jurídicas com conteúdo de destinação conferem a seu titular a tutela da *condictio* por intervenção em face do agente interventor na contemporaneidade germânica.

O conceito de conteúdo de destinação está ainda vinculado ao que se convencionou chamar de aproveitamento econômico que certos direitos subjetivos absolutos e posições jurídicas análogas conferem a seus titulares. De um lado, a noção de conteúdo de destinação não deixa de ser uma cláusula aberta, capaz de identificar as posições jurídicas que merecem ser tuteladas no ordenamento jurídico alemão, porém, de outro lado, contempla um critério específico que se traduz na comprovação de uma posição jurídica que destina com exclusividade ao seu titular todos os proveitos derivados de seu exercício. Tal destinação comporta as faculdades de ceder a um terceiro a posição jurídica para sua exploração e de proibir uma intervenção, não autorizada, por parte de qualquer outra pessoa¹⁹⁶.

Daniel Visser ensina que o conteúdo de destinação pode ser entendido como um “princípio guarda-chuva”, mas, embora seja opaco à primeira vista, como frequentemente acontece com padrões civilistas gerais, os tribunais alemães fizeram muito para tornar seus contornos delimitados e visíveis por meio de suas decisões ao longo dos anos¹⁹⁷.

Nesse contexto, tornou-se consenso que a tutela da *condictio* por intervenção no sistema alemão circunda os direitos subjetivos absolutos, na medida em que são direitos oponíveis *erga omnes*, a exemplo do direito de propriedade, dos direitos de propriedade industrial, dos direitos autorais e dos direitos da personalidade. Em contrapartida, a *condictio* por intervenção não é aplicada em casos envolvendo os direitos relativos que o titular possui em face a uma pessoa, como ocorre nos direitos originados das relações jurídicas contratuais¹⁹⁸.

Evidentemente, ao consolidar o aproveitamento econômico como critério de verificação do conteúdo de destinação do direito violado, a sistemática germânica permitiu a exclusão do âmbito de proteção da *condictio* por intervenção de outras situações que, embora comprovada a conduta intromissiva na esfera jurídica alheia e a obtenção de uma vantagem econômica a partir desta intromissão, não apresentam relevância atributiva, visto que não se está presente o caráter exclusivo do titular daquele direito que recaiu o ato de intervenção¹⁹⁹.

Essa exclusão ocorre frequentemente pelo Tribunal Federal de Justiça alemão (*Bundesgerichtshof* - BGH) ao tratar de livre concorrência que, apesar de envolverem

¹⁹⁶ BASOZABAL ARRUE, 1998, p. 81; CERVANTES, 2012, p. 1131; FARIÑA, 2022, p. 100.

¹⁹⁷ VISSER, 2019, p. 927.

¹⁹⁸ DANNEMANN, 2009, p. 92. Anota-se que o autor reconhece a aplicação da *condictio* por intervenção às posições jurídicas análogas aos direitos subjetivos absolutos, mas a maioria dos casos repousa nos últimos.

¹⁹⁹ CERVANTES, 2012, p. 1131-1132.

investimentos consideráveis, não resultam na obtenção de uma posição protegida por um direito exclusivo ou por uma posição de conteúdo jurídico-econômico análoga²⁰⁰. Nesse sentido,

A, uma conhecida empresa química especializada no desenvolvimento e comercialização de produtos fitofarmacêuticos, obteve a autorização para comercialização de um novo produto, e isso, depois de comprovar, após um dispendioso período de investigação, que o referido produto carecia de efeitos tóxicos relevantes. Posteriormente, B, outra empresa do setor, obteve autorização para comercializar um produto semelhante ao de A; o que conseguiu valendo-se dos estudos e ensaios desenvolvidos por A, os quais estavam incluídos na documentação que A apresentou para o registro de seu produto. A interpôs uma ação enriquecimento sem causa por intervenção (*Eingriffskondiktion*), §812 BGB, em face de B, porque a autorização de comercialização de B só foi concedida pela administração competente com base nos estudos e testes realizados por A. O Tribunal de Justiça Federal então rejeitou a pretensão de A, sob o fundamento de que A carece, no que diz respeito aos estudos e ensaios em questão, de uma posição com conteúdo de destinação. Isto é, de uma posição que permita proibir B de realizar o pedido de autorização do produto ou sua posterior comercialização²⁰¹.

Consoante considerações de Dannemann, a posição adotada pelo BGH ao indeferir a pretensão da demandante foi acertada. Para o autor, a demandante estava protegida contra cópias, distribuições e *marketing*, mas não contra a leitura dos estudos depositados para realização de outros produtos, porque a própria legislação alemã não atribui à demandante as vantagens que outros possam obter a partir das conclusões de seus estudos²⁰².

O modelo paradigmático de aplicação da *condictio* por intervenção na Alemanha, por outro lado, reside nas hipóteses envolvendo o direito de propriedade. Trata-se dos casos clássicos de uso, consumo ou exploração dos bens materiais por um não proprietário.

²⁰⁰ CERVANTES, 2012, p.1132; DANNEMANN, 2009, p. 98.

²⁰¹ BGH 9.3.1989, Caso Forschungskosten, *GRUR*, 1990, núm. 3, p. 221-223 *apud* CERVANTES, 2012, p. 1132. No original: “A, una conocida empresa química innovadora especializada en el desarrollo y comercialización de productos fitosanitarios, obtuvo la autorización de comercialización de un nuevo producto, y ello, después de acreditar, tras un costoso período de investigación, que dicho producto carecía de efectos tóxicos relevantes. Con posterioridad, B, otra empresa del sector, obtuvo la autorización de comercialización de un producto similar al de A; lo que consiguió valiéndose de los estudios y ensayos desarrollados por A y que constaban en la documentación que presentó A para el registro de su producto. A interpuso una acción de enriquecimiento injustificado por intromisión (*Eingriffskondiktion*) ex § 812 BGB frente a B por cuanto la autorización de comercialización de éste solo pudo ser concedida por la Administración competente sobre la base de los estudios y ensayos realizados por A. El Tribunal Supremo Federal rechaza la pretensión porque A carece, respecto de los estudios y ensayos en cuestión, de una posición con contenido de atribución, esto es, de una posición que le permita prohibir a B la solicitud de autorización del producto o su posterior comercialización”.

²⁰² DANNEMANN, 2009, p. 98. Entende-se importante anotar que à época da decisão não existia norma que regulasse a leitura e o uso dos estudos de produtos fitofarmacêuticos depositados na Alemanha e o caso não foi considerado um segredo industrial. Hoje o ordenamento jurídico alemão conta com a transposição da Diretiva Europeia 91/414/CEE de 15 de julho de 1991 que proíbe que as autoridades de comercialização utilizem os estudos, os ensaios e outras documentações em favor de terceiros, salvo nos casos em que o depositante expressamente autorizar. Legislação esta que aos olhos desta pesquisadora poderia mudar o rumo da decisão. No entanto, o comentário ao acórdão de Gerhard Dannemann é datado de 2009, o que indica que não houve qualquer mudança de posicionamento do BGH deste então. Além disso, o autor chega a comparar o caso aos estudos acadêmicos que são citados constantemente pelos advogados nos tribunais e, logicamente, são utilizados para a obtenção de vantagens econômicas.

Desde os primeiros anos, após a vigência do BGB, as decisões da antiga Corte Imperial de Justiça alemã (*Reichsgericht* - RG) determinavam a restituição dos valores de mercado ao verificar uma intervenção não autorizada no direito de propriedade, considerando, para tanto, os acréscimos patrimoniais propriamente ditos ou a poupança de despesas.

A título de exemplo, o RG em 1919 reconheceu o dever de restituir em um caso em que um sujeito fez transitar uma linha ferroviária pela propriedade do autor da demanda em extensão maior do que o acordo contratual realizado entre as partes, pois a utilização da maior parte da propriedade implica, para o Tribunal, o pagamento de uma compensação adequada, que o interventor poupou, estando assim enriquecendo à custa do autor²⁰³. Em 1924, ainda, um segundo caso de intervenção não autorizada em bens alheios chegou ao RG. Tratava-se da extração de carvão mineral. A empresa ré tinha extraído carvão a partir da propriedade do autor, sem qualquer autorização, concretizando assim o dever de restituir à luz da *condictio* por intervenção para o Tribunal, com base no valor do carvão retirado indevidamente²⁰⁴.

O entendimento do RG foi seguido pelo BGH. Em 1954, um caso envolvendo um sujeito que consumiu sem autorização gasolina alheia chegou ao Tribunal. Para os julgadores, o agente deveria restituir a poupança de despesas resultante deste consumo. Dois anos depois, ainda, o BGH decidiu o caso de um sujeito que utilizou, sem qualquer autorização da proprietária, um passeio para colocação um cartaz publicitário. Segundo o Tribunal, o interventor deveria restituir a poupança de despesas diante da não celebração da locação²⁰⁵.

Embora o entendimento consolidado de que o direito de propriedade concede ao proprietário os direitos exclusivos de uso e gozo, assim como o direito de auferir as vantagens patrimoniais decorrentes, é discutível na Alemanha até que ponto a propriedade de um imóvel implica o direito exclusivo de utilização da imagem deste mesmo imóvel²⁰⁶.

Por exemplo, em 1974, o BGH reconheceu o dever de restituir de um sujeito que tirou fotografias das instalações de uma propriedade alheia e as utilizou, sem autorização, em um cartão postal. Para a Corte, as fotografias tiradas das instalações do proprietário dão a este o direito de reivindicar para si as vantagens do uso comercial das fotografias, pois estas são acessíveis com o seu consentimento. De outro viés, em 1989, o mesmo Tribunal negou a restituição em um caso que as fotografias foram tiradas de um local acessível ao público, sob o fundamento que qualquer pessoa pode tirar fotografias de edifícios alheios de um espaço

²⁰³ Ent. 20/12/1919 em RGZ 97 (1920), p. 310-312 *apud* MENEZES LEITÃO, 2005, p. 687.

²⁰⁴ Ent. 20/12/1924 em RGZ 110 (1925), p. 1-19 *apud* MENEZES LEITÃO, 2005, p. 688.

²⁰⁵ Ent. BGH 03/06/1954 em BGHZ 14 (1954), p. 7-11; e Ent. BGH 19/12/1956 em BGHZ 22 (1957), p. 395-400 *apud* MENEZES LEITÃO, 2005, p. 688.

²⁰⁶ DANNEMANN, 2009, p. 97.

público e auferir lucros vendendo essas fotografias, mas o ganho comercial associado às fotografias tiradas das instalações privadas pertence ao proprietário²⁰⁷.

Quanto aos casos de intervenção em direitos imateriais, os tribunais germânicos firmaram entendimento no sentido de reconhecer a aplicação da *condictio* por intervenção apenas nos casos que envolvem intervenções não culposas – culpa em sentido *lato* –, assim como que o valor a ser restituído nesta modalidade deve corresponder exatamente ao preço de licença de uso do direito usado sem autorização (*Lizenzgebühr* ou *Lizenzanalogie*).

Dannemann pontua que o direito autoral é um exemplo típico de direito com aproveitamento econômico. Um dos propósitos principais dos direitos autorais é justamente garantir que o criador de uma obra se beneficie economicamente com sua criação, assim como ocorre com os demais direitos de propriedade intelectual²⁰⁸. Todavia, em caso de intervenção culposa – culpa em sentido *lato* – nos direitos de propriedade intelectual a restituição tem ocorrido no país, explica o autor, “irritantemente e certamente inconsistente com a cláusula geral de danos do BGB”²⁰⁹, a partir da responsabilidade civil em vez do instituto do enriquecimento sem causa. Isto é, os titulares dos direitos de propriedade intelectual possuem uma escolha entre “danos restituitórios” e “danos indenizatórios”²¹⁰.

Essa peculiaridade tem início nas decisões do próprio RG. Antes da vigência do BGB e da consolidação da cláusula geral de enriquecimento sem causa, o Tribunal alemão havia elaborado uma construção jurisprudencial acerca das possibilidades de quantificação dos danos patrimoniais nas demandas envolvendo direitos de propriedade intelectual. Trata-se do triplice método de cálculo das indenizações (*Dreifache Schadensberechnung*), que foi desenvolvido diante da dificuldade probatória dos danos (em sua acepção clássica) e do nexo de causalidade

²⁰⁷ Ent. 20/9/1974 em BGH (1975) e 14/03/1989 em BGH (1989) *apud* DANNEMANN, 2009, p. 97.

²⁰⁸ Em apertada síntese, a propriedade intelectual é o campo do direito que se dedica à tutela dos bens imateriais ou ativos intangíveis, originados pela capacidade de criação humana. Ramifica-se em duas vertentes clássicas: os direitos autorais e a propriedade industrial. O primeiro tutelando os bens da esfera cultural e do conhecimento humano, ou seja, as criações artísticas, científicas e literárias; enquanto a segunda tem por objeto a proteção das criações e aplicações na indústria ou no comércio, traduz-se nas patentes de invenção, nos modelos de utilidade, nos desenhos ou modelos industriais e nas marcas etc. (MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de. *Direito de Autor*. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2018, p. 11).

²⁰⁹ Ana Frazão ensina que o modelo alemão adotou uma estrutura intermediária entre as cláusulas gerais abrangentes do modelo francês (adotado no Brasil) e a tipificação das condutas existentes no modelo anglo-saxão. O BGB prevê três cláusulas: (i) § 823 I, que considerou dano suscetível de reparação a violação dolosa ou culposa de direitos especificamente enumerados: a vida, o corpo, a saúde, a liberdade, a propriedade ou outro direito de um indivíduo fixados em lei; (ii) § 823 II, que considerou dano suscetível de reparação o decorrente da violação de um direito contido em uma norma de proteção (*schutzgesetz*) estabelecida em favor de outrem (entre os quais não estão inseridos os direitos imateriais); e (iii) § 826, correspondente à *iniuria romana*, que considerou dano a conduta dolosa e violadora dos bons costumes. Ademais, o direito alemão usa a teoria da diferença para quantificar os danos patrimoniais (FRAZÃO, Ana. Principais Distinções e Aproximações da Responsabilidade Civil nos Modelos Francês, Alemão e Anglo-Saxão. In: RODRIGUES JR., Otávio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital. *Responsabilidade civil contemporânea*. São Paulo: Atlas, p. 748-766, 2011, p. 252).

²¹⁰ DANNEMANN, 2009, p. 95.

entre a intervenção antijurídica e os danos suportados pelo titular do direito, assim como da adoção de medidas preventivas para evitar as intervenções nos direitos imateriais²¹¹.

O início da construção jurisprudencial alemã se deu em 8 de agosto de 1895, no conhecido caso *Ariston*. A demanda envolvia o uso, sem autorização, de uma composição musical do autor da ação em um aparelho musical mecânico desenvolvido pelo réu. Quando a pretensão autoral chegou à Corte, embora fundada da lei alemã de direitos autorais de 1870, levantava a problemática de não existir um dano indenizável, nos termos da teoria da diferença²¹². Ao contrário, o autor e sua composição musical tinham ganhado popularidade, antes não alcançada, graças à intervenção do réu. Tanto que o tribunal de apelação alemão utilizou este fundamento para julgar improcedentes os pedidos do autor²¹³.

No entanto, analisando a conduta do agente interventor e as diretrizes da então vigente lei de direitos autorais²¹⁴, o RG decidiu que o dano deveria ser valorado de acordo com três critérios distintos em casos de violação aos direitos autorais: se se tratar de uma ação do réu, genericamente considerada, o dano corresponde a diferença que o patrimônio do autor experimentara; se a causa determinante for a ausência de autorização do titular do direito violado, o dano é representado pelo importe que este regularmente pode exigir do réu; e se o fato relevante é que o réu interviu e ficou com os proveitos derivados do exercício do direito do autor, o dano estará constituído a partir dos lucros que aquele obteve indevidamente²¹⁵.

O titular do direito violado pode então escolher por quantificar o montante indenizatório a partir de três hipóteses: (i) a tradicional, mediante a prova dos lucros cessantes; (ii) o cálculo dos valores de mercado (o preço da licença de uso); ou (iii) o cálculo dos lucros da intervenção²¹⁶. Outrossim, o lesado, independentemente das hipóteses elencadas, teria que ressarcir os danos emergentes suportados, uma vez devidamente comprovados²¹⁷.

Como corolário lógico, o tríptico método de cômputo das indenizações desenvolvido pelo RG foi seguido nas decisões do BGH e estendido, ao longo dos anos, aos casos de

²¹¹ BASOZABAL ARRUE, Xabier. Método triple de cômputo del daño: la indemnización del lucro cesante em las leyes de protección industrial e intelectual. *Anuario de Derecho Civil*, p. 1263-1299, Madrid: BOE, 1997.

²¹² A teoria da diferença alemã segue o seguinte raciocínio: “O dano patrimonial implica uma diminuição do patrimônio e este é, no fundo, um conceito aritmético. Logo, o dano (interesse) deve ser avaliado em direito por meio dum cálculo diferencial e, além disso, em dinheiro deve ser operada a sua reparação” (FISCHER, Hans Albercht. *A reparação dos danos no direito civil*. Trad. Arruda Ferrer Correa. São Paulo: Saraiva, 1938, p. 139).

²¹³ Ent. 08/08/1895 em RG 35, p. 63 *apud* BASOZABAL ARRUE, 1997, p. 1264 e CERVANTES, 2012, p. 1176.

²¹⁴ Segundo o § 18, VI, o responsável pela intervenção, que tivesse atuado sem culpa, responde pelos danos causados até o limite do valor do enriquecimento auferido (BASOZABAL ARRUE, 1997, p. 1265).

²¹⁵ BASOZABAL ARRUE, 1997, p. 1265.

²¹⁶ Anota-se que a faculdade de escolha não se perde até que se dê a liquidação dos valores, pois, só assim, atente-se suficientemente os interesses do titular do direito, que, em um primeiro momento, não consegue identificar o método que melhor o convém. Para melhor compreensão, ler: BASOZABAL ARRUE, 1997, p. 1265-1266.

²¹⁷ BASOZABAL ARRUE, 1997, p. 1267.

intervenção nos direitos de patentes, de modelos e desenhos industriais, de marca e a determinados ilícitos derivados da concorrência desleal²¹⁸.

Todavia, embora o método tenha sido criado para facilitação da tutela indenizatória, com a consolidação da *condictio* por intervenção, inúmeras críticas da doutrina alemã sobre a incongruência do método, em relação aos mecanismos compensatórios da responsabilidade civil clássica e restitutórios do enriquecimento sem causa, foram desenvolvidas e as decisões alemãs aos poucos evoluíram no sentido de abandonar esta construção *praeter legem*²¹⁹.

Em meados do século XX, portanto, o BGH passou a reconhecer a aplicação do instituto do enriquecimento sem causa na modalidade da *condictio* por intervenção aos casos de violação dos direitos autorais, limitando a pretensão aos valores de mercado da posição usurpada (ou seja, como se tivesse sido celebrado um contrato de licença)²²⁰. Sequencialmente, o BGH também reconheceu a aplicação da *condictio* por intervenção aos casos de violação de patentes e de modelos industriais. Foi através do caso *Kunststoffhohlprofil I*, em 30 de novembro de 1976, que o Tribunal alemão reconheceu a aplicabilidade da *condictio* por intervenção e, na segunda decisão sobre o mesmo caso (*Kunststoffhohlprofil II*), em 24 de novembro de 1981, posicionou-se sobre a extensão do valor a ser restituído, pronunciando-se contra qualquer restituição medida a partir de todo o ganho obtido com o ato de intervenção, traçando antes que a restituição deve ser medida a partir da usual contraprestação²²¹.

Todavia, o que se pensava ser uma “reliquia histórica”²²² passou a ser novamente uma realidade no ordenamento jurídico alemão diante da transposição ao direito alemão das

²¹⁸ BASOZABAL ARRUE, 1997, p. 1267; e CERVANTES, 2012, p. 1177.

²¹⁹ BASOZABAL ARRUE, Xabier, 1997, p. 1286; e MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de, 2005, p. 696. Para Jakobs, o entendimento do *Reichsgericht*, na verdade, apenas reconheceu uma autêntica pretensão de enriquecimento sem causa (*Eingriffskondiktio*) (*Op. cit.*, p. 1265). Na visão de Vieira Gomes, ainda, “não parece estar em causa uma indemnização de um dano de acordo com os moldes tradicionais, mas, antes, a restituição de um lucro [...] quer esta se reconduza ou baseie no enriquecimento sem causa ou na gestão imprópria de negócios” (VIEIRA GOMES, 1998, p. 787).

²²⁰ “Na Ent. 12/2/1952 em BGHZ 5, p. 116-124 o réu, que estava autorizado por contrato a filmar uma peça de teatro da autora e a utilizar o filme por um prazo limitado, utilizou-o para além desse prazo, tendo o Tribunal considerado que deveria restituir o excesso da remuneração poupado. [...] Na Ent. 28/11/1961 em BGHZ 36, p. 171-186, o réu divulgou sem autorização no seu hotel aos hóspedes por intermédio de altifalantes emissões de rádio protegidas, tendo o Tribunal determinado a restituição do enriquecimento. Na Ent. 2/7/1971 em BGHZ 56, p. 371-323, os herdeiros de um compositor falecido exigem a restituição do enriquecimento por plágio de uma de suas obras musicais, tendo o Tribunal julgado procedente.” (MENEZES LEITÃO, 2005, p. 699-700).

²²¹ Ent. 30/11/1976, BGHZ 68, p. 90-101; e Ent. 24/11/1981 em BGHZ 82 (1982), p. 299-310 *apud* MENEZES LEITÃO, 2005, p. 705.

²²² Segundo as considerações de Basozabal Arrue, em um estudo de direito comparado publicado em 1997, “[...] *Dreifache Schadensberechnung* é uma reliquia histórica de uma época em que a exclusão de ações de enriquecimento forçou a jurisprudência a construir uma criatura particular que, sob sua função tradicional (indenizar), abarcara novos compromissos [...] e funções [...] No original: “[...] *Dreifache Schadensberechnung* es una reliquia histórica de un tempo en el que la exclusión de las acciones de enriquecimiento obligó a la jurisprudencia a construir una particular criatura que bajo su función tradicional (indenizar) abarcara nuevos compromissos [...] y funciones [...]” (BASOZABAL ARRUE, 1997, p. 1286).

diretrizes da Diretiva 2004/48 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de abril de 2004, que passou a consagrar os parâmetros mínimos de proteção aos direitos de propriedade intelectual em nível comunitário europeu e incorporou no âmbito da responsabilidade civil os lucros da intervenção e os valores de mercado (ou o preço da licença de uso)²²³.

Daí por que Tobias Helms, ao escrever especificamente sobre a possibilidade de restituição do lucro da intervenção na Alemanha em 2015, pontuou que a legislação prevê a restituição dos lucros da intervenção, em caso de dolo ou culpa do agente, como uma forma especial de compensação de danos ao tratar de direitos de propriedade intelectual, sendo a redação das legislações de direitos autorais (*UrhG*), de direitos de patentes (*PatG*) e de direitos de marcas (*MarkenG*) baseada exclusivamente nas diretrizes da Diretiva 2004/48/CE²²⁴²²⁵.

²²³ De acordo com art. 13.1 da Diretiva 2004/48/CE, em caso de violação de direitos de propriedade intelectual o montante das indenizações por perdas e danos deve ter em conta todos os "aspectos relevantes", incluindo "qualquer lucro injusto obtido pelo infrator" (UNIÃO EUROPEIA. *Diretiva 2004/48/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de Abril de 2004, relativa ao respeito dos direitos de propriedade intelectual*. Cons. nº 1. 2004. Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32004L0048R\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32004L0048R(01)). Acesso em: 01 out. 2021).

²²⁴ HELMS, Tobias. *Disgorgement of Profits in German Law*. In: HONDIUS, Ewoud; JANSSEN, André (Coords.). *Disgorgement of profits: gain-base remedies throughout the world*. Ius Comparatum. Global Studies in Comparative Law, Springer International, p. 219 -230, 2015, p. 224.

²²⁵ Para conhecimento, respectivamente: § 97, II, *UrhG*: “*Wer die Handlung vorsätzlich oder fahrlässig vornimmt, ist dem Verletzten zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet. Bei der Bemessung des Schadensersatzes kann auch der Gewinn, den der Verletzer durch die Verletzung des Rechts erzielt hat, berücksichtigt werden. Der Schadensersatzanspruch kann auch auf der Grundlage des Betrages berechnet werden, den der Verletzer als angemessene Vergütung hätte entrichten müssen, wenn er die Erlaubnis zur Nutzung des verletzten Rechts eingeholt hätte. Urheber, Verfasser wissenschaftlicher Ausgaben (§ 70), Lichtbildner (§ 72) und ausübende Künstler (§ 73) können auch wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine Entschädigung in Geld verlangen, wenn und soweit dies der Billigkeit entspricht.*”. Tradução livre: Qualquer pessoa que, deliberada ou negligentemente, executar o ato, será obrigada a compensar o lesado pelo dano resultante. Para o cálculo da indenização, o lucro obtido pelo infrator através da violação do direito também pode ser levado em consideração. A pretensão indenizatória também pode ser calculada com base no montante que o infrator deveria ter pago como remuneração equitativa se tivesse obtido autorização para sua utilização. Autores, escritores de edições científicas (§ 70), fotógrafos (§ 72) e intérpretes (§ 73) também podem exigir uma compensação em dinheiro pelos danos não patrimoniais, na medida em que isso seja exigido pela equidade; § 139, II, *PatG*: “*Wer die Handlung vorsätzlich oder fahrlässig vornimmt, ist dem Verletzten zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet. Bei der Bemessung des Schadensersatzes kann auch der Gewinn, den der Verletzer durch die Verletzung des Rechts erzielt hat, berücksichtigt werden. Der Schadensersatzanspruch kann auch auf der Grundlage des Betrages berechnet werden, den der Verletzer als angemessene Vergütung hätte entrichten müssen, wenn er die Erlaubnis zur Benutzung der Erfindung eingeholt hätte.*”. Tradução livre: Aquele que praticar o ato infrator, intencional ou negligentemente, será obrigado a reparar o lesado pelos danos causados. Para o cálculo da indenização, o lucro que o infrator obteve a partir da violação do direito também poderá ser considerado. A pretensão indenizatória também pode ser calculada com base no montante que o infrator teria de pagar como remuneração equitativa, caso tivesse obtido autorização para utilizar a invenção; e § 14, VI, *MarkenG*: “*Wer die Verletzungshandlung vorsätzlich oder fahrlässig begeht, ist dem Inhaber der Marke zum Ersatz des durch die Verletzungshandlung entstandenen Schadens verpflichtet. Bei der Bemessung des Schadensersatzes kann auch der Gewinn, den der Verletzer durch die Verletzung des Rechts erzielt hat, berücksichtigt werden. Der Schadensersatzanspruch kann auch auf der Grundlage des Betrages berechnet werden, den der Verletzer als angemessene Vergütung hätte entrichten müssen, wenn er die Erlaubnis zur Nutzung der Marke eingeholt hätte.*”. Tradução livre: Aquele que praticar o ato infrator, intencional ou negligentemente, será obrigado a reparar o titular da marca pelos danos sofridos mediante a conduta lesiva. Para o cálculo da indenização, também poderá ser considerado o lucro que o infrator obteve através da violação do direito. A pretensão indenizatória também pode

Para o autor:

Conceitualmente, a ideia de o lucro da intervenção ser um tipo especial de compensação parece contraditória à primeira vista, uma vez que a restituição dos lucros da intervenção é definida como o oposto conceitual de compensação. No entanto, um olhar mais atento revela importantes semelhanças entre as duas abordagens. Para começar, é evidente que os lucros obtidos por meio da violação do direito de outrem pode corresponder ao dano sofrido pelo titular do direito. Mas mesmo quando os lucros da intervenção não correspondem aos danos sofridos, o lucro obtido com a exploração ilegal de um bem jurídico de outrem indica o potencial de exploração pecuniária inerente a esse interesse. Além disso, exigir provas precisas dos danos reais sofridos pela parte lesada é, por vezes, irrealista²²⁶.

Nos últimos anos, ainda, o BGH consolidou o entendimento de que somente podem ser deduzidos os custos específicos aplicados pelo agente interventor para o cômputo da indenização por lucros da intervenção (a matéria prima, a produção e afins)²²⁷ e, portanto, alterando completamente as demandas indenizatórias nesse sentido. Em algumas áreas, a restituição dos lucros da intervenção se tornou predominante na casuística²²⁸.

Percebe-se que a aplicação da *condictio* por intervenção nos casos de direitos de propriedade intelectual na Alemanha está reduzida às intervenções que não envolvem condutas culposas ou dolosas, sendo o *quantum* restituitório limitado aos valores de mercado. Nega-se, portanto, a restituição do lucro da intervenção, que só será possível enquanto “danos restituitórios” nos casos de uso, deliberado ou negligente, dos direitos alheios, nos termos da legislação alemã vigente, descontando-se ainda os eventuais custos do interventor.

Em se tratando dos direitos de personalidade, por fim, Dannemann explica que no direito alemão prevalece a visão de que a tutela da *condictio* por intervenção depende do grau que o direito de personalidade violado possui de comercialização. Logo, admite-se a tutela da *condictio* por intervenção nas violações aos direitos à imagem e ao nome, mas nega-se frequentemente nos casos envolvendo outras manifestações da personalidade²²⁹.

ser calculada com base no montante que o infrator deveria ter pago como remuneração adequada, caso tivesse obtido autorização para utilizar a marca.

²²⁶ HELMS, 2015, p. 224. Tradução livre de: “Conceptually, the idea of disgorgement of profits being a special type of compensation appears contradictory at first glance since disgorgement of profits is defined as the conceptual opposite of compensation (cf. the definition of disgorgement of profits above). However, a closer look reveals important similarities between the two approaches. To begin with, it is evident that illegal gains made through the infringement of another person’s right can correspond to the damage suffered by the aggrieved party. But even where the profits made do not correspond to the damages suffered, the profit made through the illegal exploitation of another person’s legal interest indicates the potential for pecuniary exploitation inherent in that interest. Moreover, demanding precise evidence of actual damages suffered by the aggrieved party is sometimes unrealistic”.

²²⁷ BGHZ 145, 366, 372 *apud* HELMS, 2015, p. 225.

²²⁸ HELMS, 2015, p. 225.

²²⁹ DANNEMANN, 2009, p. 95.

Significa dizer que a posição adotada é pelo reconhecimento do conteúdo de destinação dos direitos da personalidade, mas se elenca como critério para definir os limites do enriquecimento sem causa a existência de um mercado usual e razoável do direito violado, que também é utilizado para valoração das vantagens auferidas pelo interventor. Esse critério exclui os casos em que o valor de uso, consumo ou exploração é simbólico²³⁰ e, conseqüentemente, os casos de violação à honra não são tutelados pela *condictio* por intervenção²³¹.

O direito à imagem assim possui, como um dos casos emblemáticos na Alemanha, a demanda de Paul Dahlke em 1956. O famoso ator alemão acordou com um fotógrafo a realização de uma sessão de fotografias, as quais seriam exploradas pelo próprio ator. Tempos depois, porém, o fotógrafo cedeu uma das fotos, sem qualquer autorização do ator, a uma fabricante de motonetas, que vinculou a imagem deste a um de seus produtos. Quando a demanda chegou ao BGH, o Tribunal condenou o fotógrafo a restituir ao ator, com fulcro na *condictio* por intervenção, os valores que habitualmente seriam acordados entre as partes para a realização do trabalho. De outro lado, o Tribunal entendeu por não condenar a empresa que utilizou as fotografias, visto que ficou comprovado nos autos que esta não tinha qualquer conhecimento de que o fotógrafo não estava autorizado a divulgar as fotografias²³².

O direito ao nome ganhou ainda significativa expressão na Alemanha com o caso Carrera em 1981²³³. Uma campanha dedicada à comercialização de carros de corrida de brinquedos utilizou, nas caixas do produto, a imagem e o nome de um dos carros de propriedade

²³⁰ CERVANTES, 2012, p. 1157. Para exemplificar, no caso *Normalbürger* (AG Hamburg 4/11/1990), em que um cidadão comum demandou em face de uma revista que havia publicado sua imagem, capturada na rua, em uma reportagem sobre um teatro, o Tribunal, apesar de entender que existe uma clara intromissão ilegítima, afastou o dever de restituir ao entender que, mesmo que o autor autorizasse a veiculação de sua imagem, não receberia remuneração para tanto. O que não quer dizer, efetivamente, que pessoas que não utilizam sua imagem para fins comerciais (modelos, atletas ou atores famosos) não são restituídas em caso de utilização, não autorizada, de sua imagem na Alemanha. A questão toda envolve, em verdade, as características distintivas das pessoas. Por exemplo, no caso *boda regional* (LG Hamburg 28/05/2010), em que houve a publicação não autorizada em uma revista de uma fotografia do casamento dos demandantes, houve o reconhecimento do dever de restituir à luz da *condictio* por intervenção. E a interventora foi condenada a pagar o preço hipotético pela autorização do uso da imagem, fixada em dois mil euros para cada cônjuge (CERVANTES, 2012, p. 1157).

²³¹ Dannemann deixa claro ainda que na contemporaneidade alemã se discute a aplicação da *condictio* por intervenção nos casos de violação à privacidade (DANNEMANN, 2009, p. 95).

²³² Ent. 08/05/1956, BGH 9 (1956), p. 427-430 *apud* CERVANTES, 2012, p. 1151 e DANNEMAAN, 2009, p. 95. Além disso, a primeira vez que os tribunais alemães reconheceram a hipótese de aplicação do enriquecimento sem causa, nos casos de violação aos direitos de personalidade, ocorreu em 28 de dezembro de 1899, no caso do ex-chanceler Otto von Bismarck. Após o falecimento do ex-chanceler, dois jornalistas invadiram a residência da família, sem autorização, e fotografaram o corpo com fins de publicação. As fotografias acabaram sendo vendidas por quantia bastante significativa e foram divulgadas nos jornais locais, sem autorização da família. Os filhos ajuizaram ação exigindo a proibição da divulgação das fotos e a restituição dos negativos. O RG julgou procedente a demanda e condenou os réus a restituir aos herdeiros tudo o que foi obtido por meio da violação de domicílio, considerando tanto os negativos quanto a apropriação das correspondentes vantagens. Menezes Leitão, contudo, esclarece que o fundamento utilizado pelo RG foi a *condictio ex iniusta causa* e assim a fundamentação não parte da lesão à personalidade (Ent. 28/12/1899 em RGZ 45, p. 170-174 *apud* MENEZES LEITÃO, 2005, p. 716).

²³³ Ent. 26/06/1981, BGHZ 1981, p. 75-82 *apud* CERVANTES, 2012, p. 1152.

da empresa autora da demanda (fabricante do veículo). O BGH admitiu a alegação autoral de enriquecimento sem causa pela clara violação ao nome da empresa (§ 812 do BGB), considerando, em termos de restituição, as despesas poupadas pela interventora.

Manifestadamente, as restituições nos casos de intervenção nos direitos da personalidade não contemplam os lucros da intervenção na Alemanha. O entendimento atual tem no preço ficto da licença de uso do direito violado o critério limitativo do *quantum restituitório*, não havendo lugar a restituição dos lucros obtidos pelo agente interventor²³⁴.

Nota-se que a *condictio* por intervenção ganha um caráter reintegratório no direito germânico na contemporaneidade, na medida em que os tribunais seguem a doutrina de von Caemmerer. O objeto a ser restituído com fulcro na *condictio* por intervenção está limitado ao valor uso, consumo ou alienação do direito usurpado e, como tal²³⁵, dando uma interpretação objetiva e restritiva ao termo “obtido” constante no §818, I, do BGB²³⁶ e negando que os lucros da intervenção possam integrar a pretensão por enriquecimento sem causa.

Esse entendimento também é seguido pela doutrina majoritária alemã²³⁷. Logo, a restituição dos lucros da intervenção está no direito alemão, em primeiro lugar, no regime da gestão imprópria de negócios alheios (§ 687 do BGB)²³⁸, pois quando alguém intervém na

²³⁴ Destaca-se que o BGH, em 1999, chegou a aplicar o tríplice método de cálculo das indenizações aos casos de intervenção no direito de imagem. O caso tratava-se do uso sem autorização da imagem de uma atriz, já falecida, por uma empresa em um anúncio publicitário vinculado a um determinado produto. O BGH facultou à filha da atriz (autora da demanda) assim a escolha entre os três critérios: (i) a prova do dano concreto; (ii) o preço da licença ficta; ou *então* (iii) os lucros que a empresa obteve a partir da exploração não autorizada da imagem da atriz (lucros da intervenção). Ao final, a autora escolheu a figura de licença fictícia e, a partir daí, juntamente com novas discussões jurisprudenciais a respeito, os tribunais alemães começaram a utilizar o parâmetro para fixação dos lucros cessantes (Ent. 1/12/1999, BGH (2000), p. 715-720 *apud* CERVANTES, 2012, p. 1209). Ademais, Helms expõe que a jurisprudência tem considerado no cálculo das indenizações o preço da licença ficta (*Lizenzanalogie*) ainda na contemporaneidade, não reconhecendo o lucro da intervenção no âmbito da responsabilidade civil (HELMS, 2015, p. 225-226). Para maiores esclarecimentos sobre a tutela da imagem na Alemanha, ainda, ler: ZANINI, Leonardo E. A. A proteção da imagem na Alemanha. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 6, n. 2, 2017.

²³⁵ VON CAEMMERER, 1966.

²³⁶ § 818: “(1) Die Verpflichtung zur Herausgabe erstreckt sich auf die gezogenen Nutzungen sowie auf dasjenige, was der Empfänger auf Grund eines erlangten Rechts oder als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung des erlangten Gegenstands erwirbt. (2) Ist die Herausgabe wegen der Beschaffenheit des Erlangten nicht möglich oder ist der Empfänger aus einem anderen Grunde zur Herausgabe außerstande, so hat er den Wert zu ersetzen.”. Tradução livre: (1) O dever de restituir se estende aos ganhos obtidos, bem como a qualquer coisa que o recebedor adquira em razão de um direito obtido ou da compensação pela destruição, dano ou privação do objeto obtido. (2) Se a restituição não for possível devido à qualidade do ganho obtido, ou se o recebedor for incapaz de restituí-lo por outro motivo, este deverá compensar seu valor.

²³⁷ Anota-se que parte da doutrina alemã contemporânea critica o pensamento de von Caemmerer. O próprio Wilburg criticou a tese de von Caemmerer que, para o autor, tem um conteúdo mais indenizatório do que propriamente restituitório (WILBURG, Walter. *Zusammenspiel der Kräfte im Aufbau des Schuldrechts*. Acp, 1963, p. 346-350 *apud* VIEIRA GOMES, 1998, p. 196). Nesse contexto, ainda, destaca-se que Visser discorre que na Alemanha a ideia de restituir benefícios indevidamente auferidos não é exclusiva do instituto do enriquecimento sem causa, sendo compartilhada com outras normas, a exemplo da gestão de negócios imprópria (VISSER, 2019).

²³⁸ HELMS, 2015, p. 220.

esfera jurídica de outrem, para fins de exploração do direito violado, está agindo de má-fé ao gerir como próprio o negócio de outrem, cabendo a devolução de todos os lucros obtidos.

A esse respeito, Dannemann escreve que

O leitor pode se perguntar por que é necessário recorrer a uma disposição opaca e, na melhor das hipóteses, periférica, quando a *Eingriffskondiktion* já prevê um remédio para casos de violação. A razão pela qual a *negotiorum gestio* tornou-se uma opção atraente diz respeito à medida de sua restituição. Isso porque a *negotiorum gestio* confere o direito a tudo o que o interventor obteve ao conduzir os negócios do requerente, dado que este remédio é baseado nos ganhos. Portanto, deixa-se fora de discussão se o requerente tem o direito de retirar do requerido quaisquer lucros obtidos (por exemplo, publicidade usando o bom nome do requerente), ou limitado à restituição calculada de acordo com ao valor do uso do direito infringido (por exemplo, a taxa de licença apropriada)²³⁹.

Para o autor, ainda, no contexto entre os institutos do enriquecimento sem causa, da responsabilidade civil e da gestão imprópria de negócios (tomados em conjunto), pode-se afirmar que existe um sistema de três níveis de remédios frente às intervenções nos direitos alheios: no primeiro estão os valores de mercado sob o manto da *condictio* por intervenção; no segundo estão os danos indenizáveis nos termos do §823 do BGB²⁴⁰; e no terceiro está a restituição dos lucros da intervenção sob o manto da gestão imprópria de negócios²⁴¹.

Desta forma, o reconhecimento de uma ação de enriquecimento sem causa por intervenção nos direitos de outrem está vinculado a um caráter reintegratório no ordenamento jurídico alemão, ainda que se comprove a existência do lucro da intervenção. Majoritariamente, adota-se a limitação dos valores a serem restituídos diante de uma aceção restritiva do termo “obtido” constante no artigo §818, I, do BGB, seguindo as disposições de von Caemmerer.

Evidentemente, tal posicionamento acaba restringindo a pouquíssimas hipóteses a restituição do lucro da intervenção na Alemanha, mormente porque a aplicação da *negotiorum gestio* só ocorre a partir da comprovação da “gestão”²⁴². Na prática, então, a restituição dos lucros da intervenção acaba ocorrendo na maior parte dos casos ao tratar de violação dos direitos imateriais, enquanto dano à luz das diretrizes da Diretiva 2004/48/CE.

²³⁹ DANNEMANN, 2009, p. 104. Tradução livre de: *The reader may wonder why it is necessary to resort to an opaque and at best peripheral provision when the Eingriffskondiktion already provides a remedy for cases of infringement. The reason why unjustified negotiorum gestio became an attractive option concerns its measure of restitution. As it entitles the claimant to anything which the interferer obtained by conducting the claimant's business, this remedy is gain-based. Therefore for intentional infringements, this provision puts beyond discussion whether the claimant is entitled to strip the defendant of any profits made (for example by advertising using the claimant's good name), or limited to restitution calculated according to the value of the use of the infringed right (for example the appropriate licence fee).*

²⁴⁰ O autor não se refere à violação nos direitos de propriedade intelectual (DANNEMANN, 2009, p. 95).

²⁴¹ DANNEMANN, 2009, p. 104.

²⁴² HELMS, 2015, p. 221. Pontua-se que o autor, *lege ferenda*, defende a ampliação da gestão imprópria de negócios. Para maiores considerações, ler: HELMS, 2015, p. 221.

2.4.2 O tratamento dado ao lucro da intervenção em Portugal

Como mencionado anteriormente, a primeira codificação civil portuguesa não consagrou uma cláusula geral de vedação ao enriquecimento sem causa diante da forte influência napoleônica à época no país²⁴³, tampouco a doutrina portuguesa se dedicou imediatamente ao problema do enriquecimento sem causa no sistema jurídico português²⁴⁴.

O instituto é fruto de uma lenta construção iniciada após a chamada recepção da ciência pandectista por Guilherme Alves Moreira em Portugal. Segundo disserta António Menezes Cordeiro, Moreira foi responsável por reformular o entendimento da doutrina portuguesa sobre diversos institutos civilistas a partir de sua obra *Instituições de Direito Civil Português* publicada em 1907 e, entre eles, estava o enriquecimento sem causa²⁴⁵.

Moreira foi o primeiro autor português a estudar efetivamente as raízes do enriquecimento sem causa, rejeitando a construção francesa (de Aubry e Rau) da *actio de in rem verso* e as reconduções doutrinárias à gestão de negócios e à responsabilidade civil, por serem institutos diversos em sua natureza, e assim filiando-se à doutrina de Savigny²⁴⁶.

Todavia, o despertar da doutrina tradicional portuguesa para o enriquecimento sem causa tardou alguns anos. Doutrinadores, como José Tavares (1929), Cunha Gonçalves (1929), Jaime de Gouveia (1933), Paulo Cunha (1938) e Vasco Taborda Ferreira (1946), mais de duas décadas depois, reconheceram a aplicabilidade do instituto no país, mas não eliminaram a antiga influência napoleônica e defenderam a subsidiariedade do instituto em Portugal²⁴⁷.

Menezes Leitão ensina que esse lento reconhecimento do enriquecimento sem causa pela doutrina portuguesa ainda tardou sua aplicabilidade pelos tribunais portugueses. As primeiras decisões dos tribunais superiores reconhecendo o instituto no país ocorreram tão somente no ano de 1933 e sempre com muita cautela, uma vez que os tribunais pareciam desconhecer propriamente o instituto à época e que grande parte da doutrina portuguesa defendia a sua subsidiariedade à luz da influência francesa ainda existente no país²⁴⁸.

²⁴³ António Menezes Cordeiro pontua que o Código de Seabra (1867), de autoria do Visconde de Seabra (1795-1895), é filho de seu tempo. O Código se integra no sistema napoleônico, seja a nível de sistemática legal, seja pelos princípios, seja em muitas das suas soluções (MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil VI. Direito das Obrigações*. Introdução. 3 ed. Coimbra: Almedina, 2019, p. 197).

²⁴⁴ Menezes Cordeiro disserta que o Código se limitava, diante da forte influência francesa em terras portuguesas à época, a tratar da *condictio indebiti* e da gestão de negócios (MENEZES CORDEIRO, 2020, p. 182).

²⁴⁵ MENEZES CORDEIRO, 2019, p. 205.

²⁴⁶ MOREIRA, Guilherme Alves. *Instituições do direito civil português: Das Obrigações*. vol. 2, Coimbra: Coimbra Editora, 1907, p. 719-726.

²⁴⁷ MENEZES CORDEIRO, 2020, p. 185; LEITE DE CAMPOS, 1974, p. 171 e ss.

²⁴⁸ MENEZES LEITÃO, 2005, p. 322-323.

No entanto, nos anos quarenta o enriquecimento sem causa já era perfeitamente radicado nas cortes portuguesas. Nessa consagração pesou a doutrina de Moreira, que tinha nas *condictiones* o alicerce do enriquecimento sem causa à luz da doutrina de Savigny²⁴⁹.

Evidentemente, a doutrina de Moreira não influenciou somente o desenvolvimento do enriquecimento sem causa nos tribunais portugueses à época. O professor inspirou profundamente toda a nova geração de civilistas portugueses, culminando, pois, na edição de um novo Código Civil português em 1966 ou na efetiva recepção da doutrina alemã na sistemática portuguesa²⁵⁰.

Como corolário lógico, uma cláusula geral de vedação ao enriquecimento sem causa foi positivada no Código Civil de 1966. O anteprojeto da codificação, idealizado por Adriano Paes da Silva Vaz Serra, demonstrava a efetiva abertura doutrinal à matriz germânica do enriquecimento sem causa, consagrando uma cláusula geral e enumerando simultaneamente as *condictiones* romanas à semelhança do BGB²⁵¹. O autor dedicou ainda um artigo ao caráter não-subsidiário do instituto e cedeu espaço à doutrina alemã da divisão do instituto ao dedicar um artigo aos atos de intervenção, apesar da evidente influência pandectista em seus escritos²⁵².

João de Matos Antunes Varela foi ainda responsável por seguir os trabalhos de Vaz Serra na Comissão do Código Civil de 1966 e, após duas revisões ministeriais, trouxe um caráter simplista ao enriquecimento sem causa na codificação, extraíndo grande parte dos artigos idealizados por Vaz Serra e acentuando os resquícios da influência francesa da doutrina dominante à época ao introduzir no Código a natureza subsidiária do instituto²⁵³.

²⁴⁹ MENEZES CORDEIRO, 2020, p. 188. Sobre essa evolução, Manuel Augusto Domingues de Andrade afirmava: “o princípio do não-locupletamento à custa alheia tem sido nos últimos tempos francamente proclamado e aplicado não só pelos autores como pelos tribunais, quando em tempos não muito distantes era acolhido com bastante reserva, principalmente pelos tribunais, que até quase pareciam desconhecer-lo” (ANDRADE, Manuel Augusto Domingues de. *Sobre a recente evolução do direito privado português*. BFD, p. 284-343, 1946, p. 303).

²⁵⁰ RODRIGUES JUNIOR, 2013.

²⁵¹ Tal influência fica nítida nos escritos de Vaz Serra no Boletim do Ministério da Justiça português de 1958. Embora o autor não limite seus estudos à realidade alemã, demonstra seu posicionamento pela doutrina alemã, conferindo importância ímpar ao sistema das *condiciones*. (VAZ SERRA, Adriano Paes da Silva. *Enriquecimento sem causa*. *Boletim do Ministério da Justiça*, n. 81 e 82. dez. 1958).

²⁵² O autor propôs, respectivamente, o “Art. 11º - Caráter não subsidiário do direito de reconhecimento. 1. O direito de enriquecimento não é excluído pelo facto de haver outro à disposição do interessado para a reparação do seu prejuízo ou pelo facto de este ter podido, se dirigente obter este outro direito. 2. O direito de enriquecimento não é admitido quando der lugar a que se iludem disposições imperativas da lei ou do negócio jurídico regula que não consistam se obtenha certo resultado ou quando o mesmo conflito de interesses for regulado de modo exclusivo por outras por outras disposições” e “Art. 7º. 3. Aquele que obteve um enriquecimento por meio de um acto objectivamente contrário ao direito, embora, por falta de imputabilidade do agente ou por outro motivo, não seja um facto ilícito, é obrigado a restituir o referido enriquecimento” (VAZ SERRA, 1946, p. 264 e 269).

²⁵³ MENEZES CORDEIRO, 2020, p. 197; MENEZES LEITÃO, 2005, p. 382. A subsidiariedade do instituto está consagrada no artigo 474 do Código Civil português, que dispõe: “Não há lugar à restituição por enriquecimento, quando a lei facultar ao empobrecido outro meio de ser indemnizado ou restituído, negar o direito à restituição ou atribuir outros feitos ao enriquecimento” (PORTUGAL. *Decreto Lei n. 47344*, de 25 de novembro de 1966).

Desse modo, a cláusula geral de vedação ao enriquecimento sem causa em Portugal restou consagrada no artigo 473 com a seguinte redação:

1. Aquele que, sem causa justificativa, enriquecer à custa de outrem é obrigado a restituir aquilo com que injustamente se locupletou.
2. A obrigação de restituir, por enriquecimento sem causa, tem de modo especial por objecto o que for indevidamente recebido, ou o que for recebido por virtude de uma causa que deixou de existir ou em vista de um efeito que não se verificou²⁵⁴.

Menezes Leitão disserta que a redação final do título dedicado à vedação ao enriquecimento sem causa acabou implicando em uma junção de elementos contraditórios em Portugal. De um lado, construiu-se um instituto com base no sistema alemão das *condictiones* romanas e, de outro, prevaleceu o carácter subsidiário do instituto desenvolvido no direito francês²⁵⁵. Porém, não há dúvidas na doutrina portuguesa contemporânea da consagração da divisão do instituto do enriquecimento sem causa à luz a doutrina moderna alemã²⁵⁶.

Quanto à *condictio* por intervenção, ou enriquecimento por intervenção para os portugueses, esta está alicerçada na locução “à custa de outrem” contida no art. 473, nº 1, à semelhança da cláusula geral alemã, na medida em que o requisito é interpretado diante da vantagem patrimonial alcançada por um agente a partir dos direitos de outrem. No entanto, diante do carácter subsidiário do instituto, o titular do direito violado só poderá se valer do enriquecimento por intervenção, objetivando as vantagens econômicas auferidas pelo interventor, se não houver outro regime capaz de resolver a problemática²⁵⁷.

A ingerência na esfera jurídica alheia é contemplada primordialmente por outros regimes jurídicos em Portugal. A lei nega o direito à restituição nos casos de prescrição, usucapião, prestação de alimentos provisórios e no caso dos frutos naturais e civis percebidos pelo possuidor de boa-fé (art. 1270), bem como atribui outros efeitos ao enriquecimento, diferentes da obrigação de enriquecimento sem causa, quanto às benfeitorias úteis que possam ser levantadas sem detrimento da coisa (art. 1273º), quanto à especificação do regime de acessão (art. 1337º) e quanto ao regime da gestão de negócios (art. 472º). Da mesma forma se

Código Civil português. Disponível em: <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-lei/1966-34509075-49808975>. Acesso em: 21 ago. 2022).

²⁵⁴ PORTUGAL, 1966.

²⁵⁵ MENEZES LEITÃO, 2005, p. 383. Para maiores considerações, ler: MENEZES LEITÃO, 2005, p. 911-921.

²⁵⁶ O autor explica que o enriquecimento sem causa está dividido em quatro categorias em Portugal. Em síntese, o art. 473, nº 2, consagra três hipóteses típicas que estão relacionadas à *condictio* por prestação, quais sejam: a *condictio indebiti*, a *condictio ob causam finitam* e a *condictio causa data causa non secuta*. O art. 473, nº 1, por sua vez, é base legal para o desenvolvimento da *condictio* por intervenção, assim como do enriquecimento resultante de despesas efetuadas por outrem (*condictio* por dispêndios) e enriquecimento por desconsideração do patrimônio do alienante em caso de transmissão de bens para terceiros (MENEZES LEITÃO, 2005, p. 950-958). O mesmo está referenciado em MENEZES CORDEIRO, 2022, p. 208-2009.

²⁵⁷ MENEZES LEITÃO, 2005, p. 664.

houver causa de nulidade, anulação ou resolução de um negócio jurídico, sequer se chega a questionar a aplicabilidade do enriquecimento sem causa, dado que destas hipóteses serão aplicadas as hipóteses de destruição retroativa das atribuições patrimoniais²⁵⁸.

Logo, a pretensão por enriquecimento sem causa só será livremente exercitável se verificada a existência de uma situação de fato não regulada por qualquer outra norma no sistema português e se configurados os pressupostos indispensáveis do instituto²⁵⁹.

Rui de Alarcão ensina ainda que são três os pressupostos para configuração da pretensão de restituição: (i) a obtenção de um enriquecimento, que se traduz na melhoria da situação patrimonial do agente, seja a obtenção de um valor, seja de um ganho de caráter pecuniário, como são o aumento do ativo patrimonial, a diminuição do passivo, a poupança de uma despesa e o uso, a fruição ou o consumo de coisa alheia; (ii) que o enriquecimento tenha ocorrido à custa de outrem, ou seja, que a vantagem patrimonial tenha ocorrido a partir do patrimônio de outra pessoa, abrangendo os deslocamentos patrimoniais e as intervenções não autorizadas nos direitos alheios; e (iii) que inexista causa justificadora deste enriquecimento, que se reduz na ausência de fundamento jurídico para o enriquecimento, explicando o porquê de sua remoção do patrimônio onde se produziu. Isso porque o enriquecimento carece de causa quando, segundo a ordenação jurídica dos bens e direitos, deve caber a outrem²⁶⁰.

Efetivamente o problema que envolve o enriquecimento por intervenção se colocou pela primeira vez no Superior Tribunal de Justiça português (STJ português) no âmbito do direito de propriedade, e antes mesmo da positivação da cláusula geral, em 3 de abril de 1964, com o seguinte caso:

O dono de um terreno arenoso plantado de amieiros, na margem do rio Dão, verificou que os donos do prédio vizinho tinham cortado 205 pés de amieiro e retirado daquele terreno 500 camionetas de areia, que posteriormente venderam, pelo que lhes intentou uma ação de indenização com fundamento na responsabilidade civil (art. 2361 do Código Civil de 1867). Os réus defenderam-se alegando, entre outras coisas, que, por força da ação do rio, o terreno ribeirinho se encontrava a receber de novo a quantidade de areia que lhe tinha sido retida. O STJ entendeu que esta situação impedia a atribuição de indenização pela extração de areia do terreno, nos termos do art. 2364 do Código Civil de 1867, pelo que julgou ação apenas procedente quanto à indenização pelo corte dos amieiros, considerando, no entanto, que a restituição do enriquecimento dos réus à custa dos autores poderia ser exigido numa outra ação, em que se invocasse essa causa de pedir²⁶¹.

²⁵⁸ ANTUNES VARELA, 2000, p. 500; LEITE DE CAMPOS, 1974, p. 326; MENEZES LEITÃO, 2005, p. 664; e ALARCÃO, Rui de. *Direito das Obrigações*. Coimbra, 1983, p. 161-166.

²⁵⁹ LEITE DE CAMPOS, 1974, p. 327.

²⁶⁰ ALARCÃO, Rui de. 1983, p. 154-160. Igualmente está ANTUNES VARELA, 2000, p. 482 e ss.

²⁶¹ Cfr. Ac. STJ 3/4/1964 em BMJ 136 (maio 1964), p. 317-322 *apud* MENEZES LEITÃO, 2005, p. 691.

Apesar de nesse acórdão a referência ao enriquecimento por intervenção não passar propriamente de um *obiter dictum*, Menezes Leitão ensina que foi a partir deste julgado que a doutrina portuguesa começou a se interessar efetivamente pelo estudo das hipóteses de enriquecimento resultantes de um ato de intervenção em direitos alheios e, entre elas, estava a análise da possibilidade de restituição do lucro da intervenção no direito português²⁶².

2.4.2.1 A visão de Francisco Manuel Pereira Coelho

Um dos primeiros doutrinadores portugueses a se dedicar ao estudo do enriquecimento por intervenção foi Francisco Manuel Pereira Coelho²⁶³. O jurista publicou sua obra *O Enriquecimento e o Dano* em 1970 e conduziu seus estudos sobre o enriquecimento por intervenção a partir da noção de lucro da intervenção no direito português.

O interesse teórico de Pereira Coelho estava alinhado à possibilidade, ou não, de enquadrar dogmaticamente o lucro da intervenção na sistemática do ordenamento jurídico português diante do inegável interesse da economia moderna nos direitos imateriais – obras intelectuais, patentes, marcas, modelos e desenhos industriais – e nos direitos da personalidade – nome e imagem – e todos aqueles direitos cuja rentabilidade depende essencialmente do critério e da iniciativa de quem os utiliza ou aproveita²⁶⁴. Dessa forma, o autor desenvolveu seus estudos a partir das noções essenciais de dano e de enriquecimento presentes na responsabilidade civil e no enriquecimento sem causa²⁶⁵, chegando às teorias alemãs do enriquecimento sem causa e do terceiro método de cálculo das indenizações.

²⁶² MENEZES LEITÃO, 2005, p. 691. Vaz Serra inclusive realizou algumas anotações ao acórdão que foram determinantes para o despertar doutrinário sobre o enriquecimento por intervenção, na medida em que defendeu o lugar da ação de enriquecimento sem causa independentemente da existência de um prejuízo efetivo. Isso pois ao ocorrer a utilização sem autorização de um direito alheio, embora inexistindo deslocação patrimonial propriamente dito, não seria razoável que o enriquecido guardasse o valor deste uso consigo, devendo restituir as vantagens econômicas obtidas sob o fundamento da teoria do conteúdo da destinação (VAZ SERRA, Adriano Paes da Silva. Anotação ao acórdão STJ 03/10/1964. RLJ, ano 97, p. 334-336, 1964-1965).

²⁶³ PEREIRA COELHO, 1970.

²⁶⁴ PEREIRA COELHO, 1970, 14-15.

²⁶⁵ É importante destacar que para o autor a discussão sobre o lucro da intervenção só nasce quando a intervenção não causa danos ao titular do direito ou, causando danos, o proveito econômico do interventor excede aos danos causados ao titular do direito. Isso porque na visão do autor “[...] pode dizer-se que a *responsabilidade civil visa a remover o dano; a remoção do enriquecimento é indirecta e eventual*. O que provoca aqui uma reacção da lei é a perda ou diminuição verificada no património de A (lesado) e não o possível aumento ou vantagem advindo ao património de B (lesante). É aquele dano de A que a lei pretende remover, *transferindo-o* do património de A para o de B. E o que *justifica* tal transferência não é o eventual enriquecimento de B, senão a acção ilícita deste; por via de tal *acção ilícita* se estabelece a *ligação* ou *contacto* entre a perda de A e a esfera jurídica de B, e se legitima que seja este a suportar aquela perda. O possível enriquecimento do lesante é em princípio indiferente à lei. [...] E se, *eventualmente*, a acção de B o enriqueceu, a remoção desse enriquecimento é *indirecta* – resulta por tabela da remoção do dano. Obrigando a lei B a dar a A o que está a menos no património deste, nessa medida obriga a sair do património de B alguma coisa do que aí está *a mais*.” e “Pelo contrário, *o enriquecimento sem causa visa a*

Entre as primeiras conclusões do autor português estava o fato de o lucro da intervenção não se coadunar com a estrutura fundante do instituto da responsabilidade civil na sistemática portuguesa, como se infere no trecho:

Nota-se ainda que a ideia de inserção do enriquecimento do responsável na obrigação de indemnizar não tem na lei apoio de qualquer espécie. Antes pelo contrário. O art. 562 assinala à indemnização o objectivo de “reconstruir a situação que existia se não se tivesse verificado o evento que obriga à reparação” - a situação que existia *no patrimônio do credor*, naturalmente. E, segundo o art. 566 n.º 2, é pela diferença entre a situação real e a situação hipotética actual *do patrimônio do lesado* que em princípio se mede a indenização em dinheiro a prestar. Por último, o preceito do art. 494 igualmente não favorece a doutrina que estamos a criticar. Este preceito, sem dúvida um daqueles em que a referida função sancionatória e preventiva da responsabilidade civil se evidencia, permite ao juiz, em caso de mera culpa, fixar equitativamente a indenização em montante inferior ao dos danos causados, “desde que o grau de culpabilidade do agente, a situação económica deste e do lesado e as demais circunstâncias do caso o justifiquem”. E entre as “demais circunstâncias do caso” deve incluir-se o enriquecimento do agente: a solução é razoável e está inteiramente coberta pela letra da lei. Repara-se, porém, que o art. 494 só permite ao juiz fixar indemnização *inferior* ao montante dos danos - nunca uma indenização *superior*, por mais grave que seja culpa do autor do facto ilícito ou (poderá acrescentar-se) por maior que seja o lucro que ele obteve com o mesmo facto²⁶⁶.

Por outro lado, ao analisar a recente cláusula geral de enriquecimento sem causa do Código Civil português, o autor considerou que o instituto do enriquecimento sem causa objetiva remover o enriquecimento do patrimônio do enriquecido, transferindo-o para o patrimônio empobrecido, sendo a locução “à custa de outrem” constante no art. 473, n.º 1, fundamento bastante para o enriquecimento por intervenção²⁶⁷.

Pereira Coelho afirmou, assim, que a diretiva válida ao ordenamento português é aquela concebida no ordenamento alemão a partir da locução “*auf Kosten*” do §812 do BGB, a qual foi fonte inspiradora para a redação do artigo 473 do Código Civil de 1966. Logo, o enriquecimento será obtido à custa de outrem quando este proveito pertencia ou estava reservado a outra pessoa diante da ordenação jurídica dos bens e direitos, conforme perpetua a teoria alemã do conteúdo de destinação (*Zuweisungsgehalt* ou *Zuweisungslehre*)²⁶⁸.

remover o enriquecimento; a remoção do dano é indirecta e eventual. O que provoca aqui uma reacção da lei é a vantagem ou aumento injustificado do patrimônio de A (enriquecido) e não a possível perda ou diminuição verificada no patrimônio de B (empobrecido). [...] O dano do empobrecido é em princípio indiferente à lei. Pode ele mesmo não ter sofrido dano nenhum (se a acção do enriquecido apenas *criou*, mas não *destruiu* riqueza), como frequentes vezes acontece. E se, *eventualmente*, a acção de A prejudicou B, a remoção deste prejuízo é *indirecta* – resulta por tabela da remoção do enriquecimento. Obrigando a lei A a dar a B o que está *a mais* no seu patrimônio, nessa medida faz entrar no patrimônio de B alguma coisa do que aí esteja *a menos*” (grifos do autor) (PEREIRA COELHO, 1970, p. 24-26). Para maiores considerações, ler: PEREIRA COELHO, 1970.

²⁶⁶ PEREIRA COELHO, 1970, p. 41-42 (grifos do autor).

²⁶⁷ PEREIRA COELHO, 1970, p. 42.

²⁶⁸ PEREIRA COELHO, 1970, p. 52-53.

A partir desta conclusão inicial, o autor seguiu perquirindo sobre a possibilidade (ou não) de restituição do lucro da intervenção no sistema jurídico português, considerando para tanto as bases teóricas desenvolvidas por Schulz, Wilburg e von Caemmerer.

Nesse contexto, Pereira Coelho dissertou que é inegável o mérito da construção doutrinária de Wilburg quanto à defesa do conteúdo de destinação e, com ela, a restituição do lucro da intervenção perde aquele caráter de confisco que assumia no pensamento de Schulz. Todavia, os caminhos que a doutrina de Wilburg propõe ao enriquecimento por intervenção não são satisfatórios para o autor português, na medida em que é difícil identificar na prática a parte do lucro que efetivamente mantém ligação econômica com o direito violado²⁶⁹. Por outro lado, defendeu ser viável limitar a obrigação de restituir ao valor objetivo do uso, consumido ou alienação dos direitos subjetivos absolutos à luz de von Caemmerer, na medida em que o enriquecimento obtido pelo agente interventor seria o próprio emprego do direito violado e não o efeito deste sobre o patrimônio do agente enriquecido como entendia Wilburg²⁷⁰.

Na avaliação de Pereira Coelho, deve-se então entender o enriquecimento por intervenção como uma espécie de “responsabilidade quase-contratual”²⁷¹, visto que o agente interventor terá que restituir ao titular do direito violado o que normalmente teria que pagar para usar, consumidor ou dispor dos bens e direitos na sistemática portuguesa.

Nesse sentido, são palavras do autor:

É justo que o titular do direito receba, nos termos expostos, uma adequada compensação pelo emprego que o interventor indevidamente fez dos seus bens; para além disso, porém, já não parece que o interesse do titular do direito seja digno de protecção legal. A pretensão do titular do direito, de que o lucro da intervenção deveria pertencer-lhe porque foi feito com os seus bens, relevaria de uma exagerada e ultrapassada concepção do direito de propriedade e dos demais direitos absolutos, além de que o lucro, o mais das vezes, não é feito apenas com os bens do titular do direito, mas ainda com os do próprio interventor²⁷².

Pereira Coelho prelecionou ainda, e divergindo expressamente de von Caemmerer, que nos quadros do enriquecimento sem causa o titular do direito só poderá exigir do interventor o que este obteve à custa dele, ou seja, a diferença ou saldo existente no patrimônio do agente interventor à data em que lhe for judicialmente exigida a restituição, mas sempre até o limite do valor objetivo de uso, consumido e alienação do direito violado (dos valores de mercado)²⁷³.

²⁶⁹ PEREIRA COELHO, 1970, p. 66.

²⁷⁰ PEREIRA COELHO, 1970, p. 70.

²⁷¹ Para maiores considerações, ler: LEITE DE CAMPOS, 1974, p. 489.

²⁷² PEREIRA COELHO, 1970, p. 86.

²⁷³ PEREIRA COELHO, 1970, p. 84. Interessante ressaltar que o próprio autor evidencia que existem outros interesses gerais ao tratar de intervenções não autorizadas nos direitos alheios, como o interesse da não intromissão ou o interesse de uma eficaz sanção e prevenção dos fatos ilícitos, quando estes não causam danos, e que a solução

A única possibilidade de uma resposta diversa seria nos casos de evidente má-fé do agente interventor para Pereira Coelho. Quando o agente interventor sabe que são alheios os bens ou direitos que usa, consome ou aliena e tem a intenção de se apropriar dos lucros que a sua intervenção lhe traga, hipótese em que justificaria a aplicação do instituto da gestão de negócios imprópria, e não do enriquecimento por intervenção, permitindo ao titular do direito exigir, exclusivamente neste caso e segundo este regime, o lucro da intervenção²⁷⁴.

Todavia, o próprio autor acaba reconhecendo que o instituto da gestão imprópria de negócios não foi recepcionado no ordenamento jurídico português²⁷⁵. Efetivamente, o anteprojeto do Código Civil de 1966 de Vaz Serra dedicou um artigo à gestão imprópria de negócios, porém este artigo foi eliminado logo na primeira revisão ministerial²⁷⁶. Tal eliminação ocorreu sob a justificativa de não existir tradição jurídica do instituto, tampouco por este não resultar dos princípios gerais do direito português. Daí por que Pereira Coelho defendeu não ser legítima a orientação de restituição do lucro da intervenção nestes casos²⁷⁷.

Menezes Leitão, ao publicar sua obra *O enriquecimento sem causa no Direito Civil* em 2005, parece se aproximar – ao menos em partes – das diretrizes doutrinárias de Pereira Coelho e, conseqüentemente, filia-se à doutrina alemã de von Caemmerer.

Isso porque o autor considera que a teoria do conteúdo da destinação permite explicar, em termos mais adequados, quando ocorre um enriquecimento às custas de outrem na modalidade da *condictio* por intervenção, pois se propõe a identificar qual posição jurídica de outrem foi afetada e se essa posição faz nascer uma pretensão de enriquecimento sem causa. A única questão crítica reside no fato de que a expressão “conteúdo da destinação” fornece apenas uma orientação geral, deixando em aberto a determinação dessas posições jurídicas²⁷⁸.

proposta acaba por encorajar o agente a intervir na esfera jurídica alheia. Mas, ainda assim, continua defendendo seu posicionamento. Para maiores considerações, ler: PEREIRA COELHO, 1970, p. 87.

²⁷⁴ PEREIRA COELHO, 1970, p. 105 e ss.

²⁷⁵ PEREIRA COELHO, 1970, p. 109.

²⁷⁶ “Art. 17º - Gestão de um negócio como próprio sabendo que é alheio. 1. Aquele que gere como o próprio, sabendo que é alheio, é obrigado a reparar o dano, que assim causar ao dono do mesmo negócio, bem como a responder, para com este, de acordo com as regras da responsabilidade agravada por enriquecimento sem causa. 2. Além disso, responde o dito agente, para com o dono do negócio, como se fosse um verdadeiro gestor, salvo tratando-se de normas incompatíveis com a situação do caso, em especial, da prevista na 2ª parte do §8º do art. 3º. O agente é obrigado a entregar ao dono do negócio mesmo aquilo que, devido a circunstâncias especiais suas, obteve com a gestão. 3. Se o dono do negócio fizer valer contra o agente os direitos, que lhe pertenciam contra um verdadeiro gestor de negócios, deve reembolsá-lo das despesas feitas, até o limite de seu enriquecimento, se não incorre em maior responsabilidade. Observam-se, não é no que toca o reembolso por benfeitorias, as regras aplicáveis nas relações entre o proprietário e o possuidor de má-fé. 4. A circunstância de o dono do negócio fazer valer os direitos que lhe competiriam contra um verdadeiro gestor de negócios, não significa por si só aprovação da gestão. 5. A doutrina deste artigo é aplicável também ao caso de negócio em si mesmo neutrais pelo agente, em nome alheio, mas no interesse próprio” (VAZ SERRA, Adriano Paes da Silva. *Gestão de Negócios*. Separado do Boletim do Ministério da Justiça. Lisboa, 1957, p. 240-241).

²⁷⁷ PEREIRA COELHO, 1970, p. 112.

²⁷⁸ MENEZES LEITÃO, 2005, p. 787.

Quanto ao objeto a ser restituído, o autor considera que a restituição sempre será o valor de exploração do direito afetado (valores de mercado) e não os ganhos patrimoniais auferidos pelo agente interventor (lucro da intervenção)²⁷⁹, como se infere no trecho:

[...] o que deve ser restituído é sempre o valor da exploração e não os ganhos patrimoniais do interventor. A restituição dos ganhos patrimoniais obtidos pelo interventor é uma solução admissível nos quadros da gestão de negócios imprópria, ou da posse de má-fé (art. 1271) mas não corresponde a uma solução prevista no âmbito do enriquecimento sem causa²⁸⁰.

Como corolário lógico, Menezes Leitão defende que a restituição dos lucros da intervenção pode ocorrer em Portugal – mesmo com a ausência normativa identificada por Pereira Coelho – segundo o regime de gestão imprópria de negócios, mas sempre limitada aos casos em que estão comprovados o *dominus* do agente ao encargo inerente ao gestor²⁸¹.

2.4.2.2 A visão de João de Matos Antunes Varela

João de Matos Antunes Varela também publicou a primeira edição de sua obra *Das Obrigações em Geral* em 1970, dedicando um capítulo ao enriquecimento sem causa. O jurista traçou suas considerações a partir da redação da cláusula geral constante no artigo 473 do Código Civil português de 1966, tratando sobre o enriquecimento por intervenção.

Entre suas considerações, Antunes Varela reconheceu que a expressão enriquecer “à custa de outrem” deve ser interpretada no mesmo sentido da locução *auf dessen Kosten* do §812 do BGB. Por isso, ao proprietário da casa de praia onde outrem se instalou indevidamente, ao dono do veículo ou do cavalo que outrem utilizou, sem autorização, para ganhar uma premiação em uma corrida esportiva e ao dono da padaria que o padeiro subtraiu algumas porções de farinha, ainda que pequenas, cabe a tutela da *condictio* por intervenção²⁸².

²⁷⁹ MENEZES LEITÃO, 2005, p. 880-881.

²⁸⁰ MENEZES LEITÃO, 2005, p. 881. Interessante anotar que o autor português reconhece que a doutrina portuguesa majoritária acaba adotando o posicionamento de Walter Wilburg (MENEZES LEITÃO, 2005, p. 880), como será analisado no próximo subtítulo.

²⁸¹ Menezes Leitão discorda expressamente de Pereira Coelho quanto à aplicação do regime da gestão imprópria de negócios na sistemática portuguesa. Para o autor, não se pode deixar o agente de má-fé em situação melhor da que o agente de boa-fé e, por isso, as diretrizes do artigo 472 do Código Civil português devem ser aplicadas também ao agente de má-fé. Além disso, é de se pontuar que neste caso deverá o agente restituir todo o lucro obtido com a gestão imprópria (MENEZES LEITÃO, 2005, p. 683). Para situar, dispõe o artigo 472 do Código Civil português: “1. Se alguém gerir negócio alheio, convencido de que ele lhe pertence, só é aplicável o disposto nesta secção se houver aprovação da gestão; em quaisquer outras circunstâncias, são aplicáveis à gestão as regras do enriquecimento sem causa, sem prejuízo de outras que ao caso couberem. 2. Se houver culpa do gestor na violação do direito alheio, são aplicáveis ao caso as regras da responsabilidade civil” (PORTUGAL, 1966).

²⁸² ANTUNES VARELA, 2000, p. 490-491. Destaca-se que o autor claramente discorre que a legislação portuguesa importou a legislação e a doutrina germânica do enriquecimento sem causa (*Idem*, p. 490).

Também nestes casos cabe reverter ao titular do direito ou ao dono da coisa o lucro proveniente do ato de intervenção para Antunes Varela, na medida em que o ordenamento jurídico português comunga das ideias difundidas na literatura jurídica alemã pelos autores da doutrina do conteúdo de destinação (*Zuweisungsgehalt*), como se infere no trecho:

[...] os direitos reais, bem como a propriedade intelectual (direito de autor e propriedade industrial), não constituem simples direitos de exclusão, assentes sobre o dever geral de não ingerência (de terceiros) na ligação do titular com a res, obra, patente, invento, etc. Mais do que isso, os direitos reais e direitos absolutos afins reservam para o respectivo titular o aproveitamento económico dos bens correspondentes, expresso nas vantagens provenientes do seu uso, fruição, consumo ou alienação. Tudo quanto estes bens sejam capazes de render ou produzir pertence, em princípio, de acordo com o conteúdo da destinação ou afectação de tais direitos, ao respectivo titular. A pessoa que, intrometendo-se nos bens jurídicos alheios, consegue uma vantagem patrimonial, obtém-na à custa do titular do respectivo direito, mesmo que este não estivesse disposto a praticar os actos donde a vantagem procede. A aquisição feita pelo intrometido carece de causa, porque, segunda a tal correcta ordenação jurídica dos bens, a vantagem patrimonial alcançada pelo enriquecido pertence a outra pessoa – ao titular do direito²⁸³.

Na visão de Antunes Varela, deve-se então restituir ao titular do direito violado tudo quanto tenha sido obtido à custa de outrem, não sendo possível limitar o objeto da restituição ao valor objetivo do uso, consumo ou alienação dos direitos alheios (valores de mercado), porque claramente não é este o limite escolhido e utilizado na legislação portuguesa²⁸⁴.

Nas palavras do autor:

A lei manda restituir (art. 479, 1)²⁸⁵ tudo quanto tenha sido obtido à custa de outrem – por conseguinte, os *proventos* ou o *produto* do uso da coisa (quando o enriquecimento provenha do uso da coisa alheia, e não o *valor objetivo do uso*, que é ou pode ser grandeza distinta). De contrário, tudo se passaria como se ao intrometido fosse lícito *expropriar* os bens alheios, *alugá-los* ou *arrendá-los* por sua mera força e iniciativa, embora pagando seu justo preço ou a sua justa renda ou aluguer. E a solução repugna, principalmente quando o autor da intromissão tenha agido com *dolo* ou *má-fé*. [...] Por consequência, nos casos de intromissão em coisa alheia, a restituição terá por objecto tudo aquilo que foi obtido à custa do titular da coisa, mediante o uso, a fruição ou o consumo indevido dela. Se nos proventos assim arrecadados houverem concorrido, além do uso ou fruição da coisa, outros factores, diferentes, como trabalho, a experiência, o espírito de iniciativa ou a perícia do beneficiado, haverá que abater no *lucro* por ele obtido a parte correspondente a esses factores, porque só a diferença se pode, rigorosamente, considerar como alcançada à custa do titular da coisa²⁸⁶.

²⁸³ ANTUNES VARELA, 2000, p. 491-493.

²⁸⁴ ANTUNES VARELA, 2000, p. 514.

²⁸⁵ Dispõe o artigo 479, 1. “A obrigação de restituir fundada no enriquecimento sem causa compreende tudo quanto se tenha obtido à custa do empobrecido ou, se a restituição em espécie não for possível, o valor correspondente” (PORTUGAL, 1966).

²⁸⁶ ANTUNES VARELA, 2000, p. 515 (grifos no original).

A acepção de Antunes Varela, apoiada na construção de Wilburg, foi adotada pela doutrina majoritária portuguesa. Doutrinadores como Diego José Paredes Leite de Campos (1974), Rui de Alarcão (1983) e Mário Júlio de Almeida Costa (1999), que também se dedicaram ao estudo do tema, corroboraram com o entendimento de Antunes Varela²⁸⁷.

Como bem enfatiza Almeida Costa:

A solução a dar a estas situações, no domínio da nossa lei, não pode desconhecer que o nº 1 do art. 479 se refere à restituição de quanto tenha sido obtido à custa de outrem. Assim: por um lado, a restituição abrangerá tudo o que se conseguiu a expensas do titular da coisa, mediante o uso, fruição ou consumo indevidos dela – e que pode não coincidir com o valor objetivo; mas, por outro lado, dever-se-á descontar o que resultou de factores diferentes e pessoais do beneficiário, como o seu trabalho, espírito de iniciativa, expediência ou perícia²⁸⁸.

No mesmo sentido, Rui de Alarcão considera que o requisito “à custa de outrem” deve compreender também os casos de intervenções não autorizadas nos direitos de outrem, à luz da doutrina do conteúdo de destinação. Para o autor português, “todas as vantagens económicas que uma coisa é susceptível de proporcionar pertencem, de acordo com o seu “conteúdo de destinação”, ao respectivo titular, estão-lhe reservadas, ainda que ele se não dispusesse a utilizá-las”²⁸⁹ e, por isso, “no caso de uso ou consumo de um bem alheio, o enriquecimento dependerá, na sua existência e no seu montante, não do preço de utilização ou aquisição desse bem [...]”²⁹⁰.

Finalmente, Leite de Campos disserta que o obtido à custa de outrem é simultaneamente pressuposto e medida da obrigação de restituir e, portanto, defende expressamente que “o enriquecido terá de restituir ao credor aquela parte do enriquecimento que seja imputável economicamente aos bens jurídicos alheios”²⁹¹.

O autor fundamenta sua posição afirmando que o instituto do enriquecimento sem causa tem como objetivo defender a distribuição natural das riquezas, entendida não

²⁸⁷ Observa-se que Vieira Gomes também é partidário da hipótese de devolução dos lucros da intervenção ao titular do direito, porém não adere ao posicionamento da doutrina alemã. Para Vieira Gomes (1998, p. 755-756), o titular do direito não tem apenas o direito de utilizar seus bens, mas também possui uma expectativa legítima de que quando decidir aliená-lo, será nos termos por si escolhidos e “a simples condenação do agente a pagar o preço de mercado faz tábuas rasas dessa perda”. Ademais, o autor defende a impossibilidade de uma abordagem unitária do tema, defendendo, inclusive, a possibilidade da aplicação da responsabilidade civil (*Idem*, p. 808).

²⁸⁸ ALMEIDA COSTA, 2009, p. 445.

²⁸⁹ ALARCÃO, 1983, p. 157.

²⁹⁰ O autor continua: “muitas vezes, na verdade – sobretudo nos casos de uso ou consumo de bens alheios – o lucro da intervenção resulta da conjugação de uma complexa série de elementos causais, nem todos pertencentes da esfera do empobrecido. Para esse lucro poderão também ter concorrido factores próprios do enriquecido, que tais como as qualidades pessoais, bens de sua titularidade, etc. Há assim que determinar qual a parte do enriquecimento que deve ser imputada à deslocação, qual a contribuição relativa que os bens usurpados tiveram na produção do acréscimo patrimonial, pois só nessa parte se poderá dizer que o enriquecimento foi obtido às custas de outrem, lhe pertencendo, segunda a correcta ordenação jurídica dos bens” (ALARCÃO, 1983, p. 169 e 171).

²⁹¹ LEITE DE CAMPOS, 1974, p. 484.

estaticamente, mas sim dinamicamente, de modo a compreender os resultados úteis das atividades produtivas derivadas de direitos titularizados por outrem e, por isso, o titular do direito violado possui a pretensão a todos os benefícios obtidos no limite de seus direitos²⁹².

Em outras palavras, como os lucros da intervenção são produzidos a partir dos direitos titularizados por outrem, não há motivos para que o agente interventor conserve em seu patrimônio a parcela do acréscimo patrimonial líquido superior ao valor objetivo dos direitos utilizados (valores de mercado) e imputável economicamente a estes. O titular do direito tem, por força do próprio direito, uma pretensão a toda vantagem econômica derivada deste direito²⁹³. Se para a obtenção desta vantagem econômica tiverem concorrido outros fatores pertencentes ao agente interventor, a exemplo de sua experiência, do espírito de sua iniciativa ou de demais qualidades pessoais, contudo, deve-se abater do lucro (líquido) obtido a parte correspondente a esses fatores e o saldo deverá ser destinado ao titular do direito, pois este só receberá o lucro na medida em que este foi produzido com os seus bens ou direitos²⁹⁴.

Na conclusão de Leite de Campos o titular do direito deve “ver-se atribuído todo o enriquecimento, mesmo o lucro da intervenção, não só pela razão positiva de que foi realizado com os seus bens, como pela negativa de que não há razão para se conceder ao enriquecido. Em nada tal solução entrava a livre iniciativa dos indivíduos. *Dar o seu a seu dono* não é, com certeza, um entrave às iniciativas legítimas”²⁹⁵.

2.4.2.3 O lucro da intervenção na contemporaneidade portuguesa

Tradicionalmente, as discussões doutrinárias sobre a possibilidade de restituição dos lucros da intervenção são travadas no âmbito do enriquecimento sem causa em Portugal. Poucos

²⁹² LEITE DE CAMPOS, 1974, p. 484.

²⁹³ LEITE DE CAMPOS, 1974, p. 484 e 489-491. O autor critica expressamente a tese de von Caemmerer afirmando que “a ideia de von Caemmerer de que a obrigação de restituir tem como objecto exclusivamente o valor objetivo do uso ou dos bens consumidos ou alienados aparece deslocada no campo do enriquecimento sem causa. Este instituto refere-se, como já vimos, aos efeitos que uma determinada deslocação patrimonial produziu no património para onde se dirigiu, e visa remover os efeitos patrimonialmente benéficos que neste se verifiquem sem causa à custa do património de onde proveio tal deslocação. [...] Sublinha-se que o obtido (enriquecimento) não é, como pretende von Caemmerer, o próprio uso, consumo ou alienação enquanto tais, mas sim o efeito deste sobre o património do sujeito passivo da obrigação de restituir. O emprego não é um bem do titular do direito mas uma acção do intrometido que aquele podia proibir” (LEITE DE CAMPOS, 1974, p. 486). O autor ainda critica a posição de Pereira Coelho ao discorrer “a solução de Pereira Coelho permitiria a expropriação de bens alheios mediante o seu pagamento pelo justo preço. A consciência desta expropriabilidade dos bens alheios levará a prejudicar os interesses da não intromissão em esfera jurídica alheia e de uma eficaz sanção e prevenção dos factos ilícitos. O intrometido será estimulado a agir em detrimento da esfera jurídica alheia quando espere que a intromissão lhe traga lucro mais elevado do que o valor objectivo dos bens alheios e do que os prejuízos causados ao titular do direito.” (LEITE DE CAMPOS, 1974, p. 488).

²⁹⁴ LEITE DE CAMPOS, 1974, p. 492.

²⁹⁵ LEITE DE CAMPOS, 1974, p. 492 (grifos do autor).

são aqueles estudiosos que divergem da doutrina majoritária²⁹⁶ e, portanto, a questão está centrada no alcance do montante a ser restituído na modalidade do enriquecimento por intervenção, diante da dualidade da doutrina portuguesa identificada.

Ao analisar as decisões do STJ português, por outro lado, verifica-se que o Tribunal tende a adotar as doutrinas de Pereira Coelho e de Menezes Leitão, na medida em que limita a pretensão do titular do direito aos valores de mercado na maior parte dos julgados²⁹⁷.

Uma das primeiras decisões do STJ português sobre a temática ocorreu em 22 de abril de 1999. Tratava-se de um caso envolvendo a comercialização de máquinas industriais. Em síntese, o réu havia fabricado e comercializado máquinas industriais, de forma dolosa, com as características da patente de invenção depositada em nome do autor da demanda. O Tribunal entendeu que o réu praticou uma ingerência injustificada na propriedade industrial do autor, auferindo vantagens econômicas que a este eram destinadas, segundo a ordenação jurídica dos bens, e assim verificando-se um enriquecimento do réu à custa do autor, sem justificação, o que constitui fonte de obrigação de restituir conforme art. 473 do Código Civil português. Quanto ao montante a ser restituído, o Tribunal ainda entendeu que o réu deveria restituir ao autor o valor que normalmente pagaria se tivesse recebido uma autorização para o uso da patente, ou seja, uma espécie de comissão de 15-20% do preço de venda do maquinário²⁹⁸.

Tal entendimento foi mantido pelo STJ português nos anos seguintes. Em 2002, em um caso envolvendo o uso de um prédio sem autorização do proprietário, o Tribunal considerou

²⁹⁶ Defendendo a possibilidade de utilização da responsabilidade civil para restituição do lucro da intervenção estão ANTUNES, Henrique Souza. *Da inclusão do lucro ilícito e de efeitos punitivos entre as consequências da responsabilidade civil extrapatrimonial: a sua legitimação pelo dano*. Lisboa: Coimbra Editora, 2011; e LOURENÇO, Paula Meira. Os Danos Punitivos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. Vol. XLIII, n.2, p. 1019-1111. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

²⁹⁷ Esta pesquisa utilizou a ferramenta de busca do Superior Tribunal de Justiça português de 1999 até 2022, aplicando-se como parâmetros “enriquecimento por intervenção” e “enriquecimento sem causa”. Diante do número de resultados encontrados, citar-se-á apenas aqueles pertinentes ao tema do lucro da intervenção.

²⁹⁸ Cf. PORTUGAL. STJ. Recurso de Revista n.º 234/99, 2.ª Secção, Rel. Quirino Soares, julgado em 22 de abril de 1999. Neste mesmo ano, o Tribunal ainda decidiu: “I - A atribuição dos direitos reais é constituída por normas de ordenação que reservam o gozo e a disposição de determinado bem ao respectivo titular. II - Tudo quanto os bens sejam capazes de produzir ou render pertence, em princípio, ao respectivo proprietário. III - Dai que a intervenção ou ingerência na esfera jurídica alheia possa ser facto constitutivo de responsabilidade civil segundo os critérios do art.º 483 do CC. IV - Sempre porém, que o interventor tenha retirado da coisa, objecto de direito real, certas vantagens, pode dizer-se que obteve um enriquecimento à custa do titular desse direito, na medida em que se apropriou de utilidades que a ordem jurídica reservava exclusivamente a este último. V - No enriquecimento por intervenção o elemento central reside na obtenção do enriquecimento à custa de outrem, pelo que, nas hipóteses de utilização de bens alheios, o dano patrimonial do lesado pode simplesmente não existir. VI - A pessoa que, intrometendo-se na utilização de bens alheios consegue uma vantagem patrimonial, obtém-na à custa do titular desse direito, ainda que este não estivesse disposto a realizar os actos de onde procede tal vantagem. VII - Os dois institutos - responsabilidade civil e enriquecimento sem causa - podem concorrer, na qualificação da mesma situação, principalmente nos casos de intromissão nos direitos alheios. VIII - Apesar de o lesado entender que os factos alegados integram um caso de responsabilidade civil e não de enriquecimento sem causa, nada impede que o tribunal, na falta de dano reparável, ordene a restituição do montante do enriquecimento.” (PORTUGAL. STJ. Recurso de Revista n.º 147/99, 1.ª Secção, Relator Silva Paixão, julgado em 23 de março de 1999.).

que a utilização antijurídica do bem alheio pode ser causa de responsabilidade civil ou de enriquecimento sem causa, mas no caso concreto restou verificado o injustificado enriquecimento à custa do proprietário do prédio, porque não houve comprovação de danos, devendo o réu restituir o valor do arrendamento do local²⁹⁹. Em 2005, o Tribunal resolveu conceder a restituição pelo uso da marca alheia “Colombo”, considerando que ocorreu um enriquecimento da empresa ré às custas da empresa detentora da marca, porque aquela usou a denominação desta, sem sua autorização e sem lhe ter pago a respectiva utilização, na publicidade do seu empreendimento “Parque Colombo”. O Tribunal entendeu, para tanto, que o valor a ser restituído no caso corresponde ao preço que normalmente a empresa ré pagaria pela utilização da marca alheia³⁰⁰. Em 2006, em outro caso envolvendo o uso indevido da propriedade alheio, a Corte ainda condenou o réu a restituir o período de 61 (sessenta e um) meses que este utilizou, sem autorização, uma fração do imóvel da autora, considerando para tanto o valor de exploração do bem que esta deixou de receber durante esse período³⁰¹.

Notável ainda que, em 2009, o Tribunal decidiu um caso envolvendo o uso sem autorização, pelas rés, da marca registrada em nome da autora da demanda e vislumbrou a restituição do lucro da intervenção. Segundo a Corte, ficou comprovada a utilização indevida da marca da empresa autora – marca composta pela figura de um padrão de xadrez em castanho, creme, vermelho e preto, conhecido como xadrez Burberry – e a comercialização de produtos fabricados pela ré (sapatos e malas) com o padrão propriedade exclusiva desta.

Por tais razões, o Tribunal condenou a empresa ré a restituir o lucro obtido, veja-se:

Esse enriquecimento deveu-se à ingerência ou intromissão das rés no uso e fruição de um direito da A. Obtiveram com isso uma vantagem patrimonial sem que, porém, exista qualquer empobrecimento corresponsivo da A. Apesar disso, é claro que a

²⁹⁹ PORTUGAL. STJ. Recurso de Revista n.º 283/02, 7.ª Secção, Relator Cons. Quirino Soares, julgado em 28 de fevereiro de 2002.

³⁰⁰ PORTUGAL. STJ. Recurso de Revista n.º 04B46/01, 1.ª Secção, Relator Custódio Montes, julgado em 24 de fevereiro de 2005. O juízo de primeiro grau havia reconhecido o dever de restituir da empresa ré e valorou o montante a ser restituído considerando o lucro da intervenção, como se infere: “é essa diferença entre o lucro que as Rés obtiveram na venda do empreendimento e o lucro que sempre obteriam no mesmo negócio que nos dá a medida do enriquecimento das Rés e que foi obtido à custa do património da Autora. Nos termos periciais, esse valor há-de ser encontrado aplicando a percentagem de 2,5% ao volume total de vendas. Como se provou que o empreendimento das Rés gerou um volume de vendas no valor de Esc. 5 823 505 060\$00, o valor do enriquecimento das Rés será, de acordo com este cálculo 145 587 626\$50”. Contudo, o STJ português reformou a decisão neste ponto, passando a considerar como limite da restituição os valores de mercado. O Tribunal utilizou a doutrina de Pereira Coelho para fundamentar a mudança de entendimento, fixando na ementa do acórdão: “O montante desse enriquecimento correspondente ao valor do uso desse sinal distintivo, ou seja, ao preço que o terceiro pagaria pela utilização da referida insígnia, na publicidade do seu empreendimento.”.

³⁰¹ PORTUGAL. STJ. Recurso de Revista n.º 2135/06, 2.ª Secção, Relator Ferreira Girão, julgado em 21 de setembro de 2006. Em 2006, foi localizado outro acórdão tratando sobre a temática. O caso envolvia a colocação de painéis publicitários no imóvel alheio. Para maiores reflexões, ler: PORTUGAL. STJ. Recurso de Revista n.º 3745/05, 7.ª Secção, Relator Ferreira de Sousa, julgado em 12-01-2006. Disponível em: https://www.stj.pt/?page_id=4471. Acesso em: 11 ago. 2022.

vantagem conseguida o foi à custa da A., dona da marca protegida. Como ensina A. Varela (Das Obrigações em geral – I-6ª ed.) “A vantagem patrimonial diz-se, em tais casos, obtida à custa de outrem – por ser obtida com meios ou instrumentos pertencentes a outrem”- Em tais circunstâncias deve reverter para o titular do direito ou dono das coisas todo o lucro obtido por quem se intromete no uso ou fruição da coisa ou direito, - É o que ensina a chamada teoria da destinação ou de afectação. Continuando a citar A. Varela “... os direitos reais e direitos absolutos afins reservam para o respectivo titular o aproveitamento económico dos bens correspondentes, expresso nas vantagens provenientes do seu uso, consumo ou alienação. Tudo quanto estes bens sejam capazes de render ou produzir pertence, em princípio, de acordo com o conteúdo da destinação ou afectação de tais direitos, ao respectivo titular. A pessoa que, intrometendo-se nos bens jurídicos alheios, consegue uma vantagem patrimonial, obtém-na à custa do titular do respectivo direito, mesmo que este não estivesse disposto a realizar os actos donde a vantagem procede. A aquisição feita pelo intrometido carece de causa porque, segundo a tal concreta ordenação jurídica dos bens, a vantagem patrimonial alcançada pelo enriquecimento pertence a outra pessoa – ao titular do direito -. Trata-se de uma vantagem que estava reservada ao titular do direito segundo o conteúdo da destinação desse direito”³⁰².

Tal decisão parece adotar um entendimento minoritário entre as decisões do STJ português, ou demonstrar o início de uma divergência, dado que se localizaram dois acórdãos nos anos seguintes nos quais a Corte considerou como limite restitutivo os valores de mercado³⁰³.

Todavia, é interessante notar que a controvérsia da doutrina portuguesa parece ter passado absolutamente despercebida pela jurisprudência. Embora a inegável tendência à adoção da doutrina de Pereira Coelho para a fixação do limite restitutivo, não foram encontradas maiores discussões nas decisões da Corte sobre os parâmetros a serem fixados no âmbito do enriquecimento por intervenção. Desde os primeiros acórdãos se percebe que os valores de mercado foram adotados como limite restitutivo, porém sem maiores fundamentações que justifiquem tal posicionamento do Tribunal, que vem se mantendo ao longo dos anos.

De outro lado, a sistemática portuguesa também acabou se deparando com a mudança legislativa, promovida pela Lei n.º 16 de 01 de abril de 2008, a partir das diretrizes da Diretiva 2004/48/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, que consagrou os lucros da intervenção como elemento das indenizações nos casos de violação aos direitos de propriedade intelectual.

Tradicionalmente os direitos de propriedade intelectual no direito português também são regulados por legislação especial. As disposições legais sobre os direitos autorais compõem

³⁰² PORTUGAL. STJ. Recurso de Revista n.º 20/03.3TYLSB.S1, Relator Moreira Alves, julgado em 03 de novembro de 2009. Vê-se dos fundamentos do acórdão que o Tribunal utilizou a doutrina de Antunes Varela para fundamentar a manutenção do entendimento *a quo*, fixando na ementa do acórdão: “*O enriquecimento deveu-se à ingerência ou intromissão das rés no uso e fruição de um direito da autora; em tais circunstâncias deve reverter para o titular do direito ou dono das coisas todo o lucro obtido por quem se intromete no uso ou fruição da coisa ou direito, de acordo com a teoria da destinação ou da afectação.*”

³⁰³ PORTUGAL. STJ. Recurso de Revista n.º 634-B/1995.L1.S1, 7.ª Secção, Relator Sérgio Poças, julgado em 14 de abril de 2011.; e PORTUGAL. STJ. Recurso de Revista n.º 3789/18.7T8BRG.G1, 2.ª Secção, Relator Alcides Rodrigues, julgado em 14 de novembro de 2019.

o Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos (CDADC) e os direitos de propriedade industrial são regulados pelo Código da Propriedade Industrial (CPI) e, diante da transposição da Diretiva 2004/48/CE, as normas passaram a reconhecer como parâmetro para a determinação das indenizações os lucros da intervenção e os lucros cessantes, ao lado dos danos emergentes sofridos pelo titular do direito, bem como os encargos suportados com a proteção do direito e cessação da conduta lesiva (artigo 211 do CDADC e artigo 347 do CPI)³⁰⁴.

Evidentemente, duas são as problemáticas que envolvem tal transposição. A primeira delas é justamente o fato de que tradicionalmente a doutrina portuguesa analisa os lucros da intervenção como hipótese de enriquecimento sem causa. A segunda diz respeito ao fato de a teoria geral da responsabilidade civil em Portugal não contemplar outros critérios de fixação da indenização, senão o princípio da reparação integral dos prejuízos e a teoria da diferença. Isso pois o princípio subjacente à obrigação de indenizar é a reconstrução da situação em que o

³⁰⁴ Art. 211 do CDADC: “1- Quem, com dolo ou mera culpa, viole ilicitamente o direito de autor ou os direitos conexos de outrem, fica obrigado a indemnizar a parte lesada pelas perdas e danos resultantes da violação. 2 - Na determinação do montante da indemnização por perdas e danos, patrimoniais e não patrimoniais, o tribunal deve atender ao lucro obtido pelo infractor, aos lucros cessantes e danos emergentes sofridos pela parte lesada e aos encargos por esta suportados com a protecção do direito de autor ou dos direitos conexos, bem como com a investigação e cessação da conduta lesiva do seu direito. 3 - Para o cálculo da indemnização devida à parte lesada, deve atender-se à importância da receita resultante da conduta ilícita do infractor, designadamente do espectáculo ou espectáculos ilicitamente realizados. 4 - O tribunal deve atender ainda aos danos não patrimoniais causados pela conduta do infractor, bem como às circunstâncias da infracção, à gravidade da lesão sofrida e ao grau de difusão ilícita da obra ou da prestação. 5 - Na impossibilidade de se fixar, nos termos dos números anteriores, o montante do prejuízo efectivamente sofrido pela parte lesada, e desde que este não se oponha, pode o tribunal, em alternativa, estabelecer uma quantia fixa com recurso à equidade, que tenha por base, no mínimo, as remunerações que teriam sido auferidas caso o infractor tivesse solicitado autorização para utilizar os direitos em questão e os encargos por aquela suportados com a protecção do direito de autor ou dos direitos conexos, bem como com a investigação e cessação da conduta lesiva do seu direito. 6 - Quando, em relação à parte lesada, a conduta do infractor constitua prática reiterada ou se revele especialmente gravosa, pode o tribunal determinar a indemnização que lhe é devida com recurso à cumulação de todos ou de alguns dos critérios previstos nos nº 2 a 5” (PORTUGAL, *Decreto-Lei n.º 63/85*. Disponível em: <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-lei/1985-34475475-124448199>. Acesso em: 12 ago. 2022) e art. 347 do CPI “1 - Quem, com dolo ou mera culpa, viole ilicitamente o direito de propriedade industrial ou segredo comercial de outrem, fica obrigado a indemnizar a parte lesada pelos danos resultantes da violação. 2 - Na determinação do montante da indemnização por perdas e danos, o tribunal deve atender nomeadamente ao lucro obtido pelo infrator e aos danos emergentes e lucros cessantes sofridos pela parte lesada e deverá ter em consideração os encargos suportados com a protecção, a investigação e a cessação da conduta lesiva do seu direito. 3 - Para o cálculo da indemnização devida à parte lesada, deve atender-se à importância da receita resultante da conduta ilícita do infrator. 4 - O tribunal deve atender ainda aos danos não patrimoniais causados pela conduta do infrator. 5 - Na impossibilidade de se fixar, nos termos dos números anteriores, o montante do prejuízo efetivamente sofrido pela parte lesada, e desde que esta não se oponha, pode o tribunal, em alternativa, estabelecer uma quantia fixa com recurso à equidade, que tenha por base, no mínimo, as remunerações que teriam sido auferidas pela parte lesada caso o infrator tivesse solicitado autorização para utilizar os direitos de propriedade industrial ou os segredos comerciais em questão e os encargos suportados com a protecção do direito de propriedade industrial ou do segredo comercial, bem como com a investigação e cessação da conduta lesiva. 6 - Quando, em relação à parte lesada, a conduta do infrator constitua prática reiterada ou se revele especialmente gravosa, pode o tribunal determinar a indemnização que lhe é devida com recurso à cumulação de todos ou de alguns dos aspetos previstos nos nº 2 a 5. 7 - Em qualquer caso, o tribunal deve fixar uma quantia razoável destinada a cobrir os custos, devidamente comprovados, suportados pela parte lesada com a investigação e a cessação da conduta lesiva (PORTUGAL, *Decreto-Lei n.º 110/2018*. Disponível em: <https://dre.pt/dre/detalhe/decreto-lei/110-2018-117279933>. Acesso em: 12 ago. 2022).

lesado estaria se não houvesse o evento danoso (art. 562 do Código Civil português)³⁰⁵, ou seja, a reposição natural e, não sendo possível reconstruir o estado anterior à lesão, passa-se à possibilidade de indenização em pecúnia, considerando a extensão dos danos³⁰⁶.

Como corolário lógico, a indeterminação doutrinária após a mudança legislativa é manifesta, existindo as mais diversas opiniões na academia, uns defendendo a restituição dos lucros da intervenção à luz do enriquecimento sem causa, outros defendendo a mudança legal diante da adoção do ‘terceiro método’ de cálculo das indenizações ou de um critério punitivo³⁰⁷.

Por sua vez, as decisões do STJ português vêm aplicando as disposições legais sem maiores discussões. A Corte se posicionou no sentido de que, uma vez provado que o lesado é titular de um direito de propriedade intelectual e que o lesante usou, sem qualquer autorização, um bem imaterial de propriedade daquele, encontram-se preenchidos os requisitos da responsabilidade civil nos quadros estabelecidos pela(s) norma(s)³⁰⁸. Ademais, a indenização a ser fixada (ainda que por equidade) deve se basear nos danos suportados pela vítima, que podem ser de natureza não patrimonial e patrimonial, este último abrangendo os danos emergentes, os lucros cessantes e os lucros da intervenção³⁰⁹.

A esse respeito, Menezes Leitão ainda acrescenta que os novos critérios de fixação das indenizações no âmbito dos direitos de propriedade intelectual são restritos aos casos de dolo ou culpa diante da redação dos artigos 211 e 347. Logo, o autor defende que deve permanecer aberta a via da cláusula geral de enriquecimento sem causa às hipóteses de intervenção não

³⁰⁵ Dispõe o art. 562 do CC: “Quem estiver obrigado a reparar um dano deve reconstituir a situação que existiria, se não se tivesse verificado o evento que obriga à reparação.” (PORTUGAL, 1966).

³⁰⁶ RIBEIRO DE ALMEIDA, Alberto. Responsabilidade Civil pela violação de Direitos Subjetivos de Propriedade Intelectual – As influências anglosaxónicas. *Revista de Direito Intelectual*, Coimbra, n. 2, p. 165-187, 2014.

³⁰⁷ LEITÃO, Adelaide Menezes. A tutela dos direitos de Propriedade Intelectual na Directiva 2004/48/CE. *Direito da Sociedade da Informação*. Vol. VII, p. 173-205, Coimbra Editora, Coimbra, 2008; PEREIRA, Alexandre Libório Dias. A modernização do Direito do Autor na União Europeia – o pacote legislativo da Comissão. *Revista de Direito Intelectual*. n.º 2. p. 7-21. Coimbra: Almedina, 2017; PEREIRA, Alexandre Libório Dias. Tutela efetiva da propriedade intelectual (*enforcement*), em especial a proteção dos direitos de autor e conexos contra a pirataria. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*. n.º 4003, p. 241-266. Coimbra: Gestlegal, 2017; e RIBEIRO DE ALMEIDA, 2014; ANTUNES, Henrique Sousa. Disgorgement or profits in Portugal: a Journey between the present and the future. In: HONDIUS, Ewoud; JANSSEN, André (Coords.). *Disgorgement of profits: gain-base remedies throughout the world*. Ius Comparatum. Global Studies in Comparative Law, Springer International, p. 171-186, 2015. Na academia, atualmente, existem algumas dissertações de mestrado tratando do tema como, BODNAR, Adriana Bispo. *A tutela da propriedade industrial pelo enriquecimento sem causa*. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas). Universidade de Lisboa, Lisboa, 2009; e SARMENTO, Léa Helena Pessoa dos Santos. *A tutela dos Direitos da Propriedade Industrial pela Responsabilidade Civil*. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Ano 3, n.º 8, p. 6113-6182, 2014.

³⁰⁸ Sobre o assunto, Adelaide Menezes Leitão observa que “É curioso que, neste ponto, haja uma aproximação entre a violação de direitos intelectuais e a violação de normas de protecção, em relação às quais se defende a existência de uma função de *Beweiserleichterung*, isto é, de facilitação ao lesado da prova do dano, bastando-se com a prova da violação da norma de protecção [...]” (LEITÃO, 2008, p. 196).

³⁰⁹ Cf. PORTUGAL. STJ. Recu8m8irso de Revista n.º 3952/08.9TJVNf.P1.S1, 1.ª Secção, Relator Silva Gonçalves, julgado em 17 de dezembro de 2014; e Cf. PORTUGAL. STJ. Recurso de Revista n.º 225/13.9YHLSB.L1.S1, 7.ª Secção, Relator Oliveira Abreu, julgado em 14 de março de 2019.

culposa do interventor, sendo a restituição correspondente, nestes casos, ao valor que normalmente seria contratado para a utilização do bem (aos valores de mercado)³¹⁰.

Conclui-se, assim, que a ação de enriquecimento por intervenção também acaba vinculada a um caráter reintegratório na jurisprudência portuguesa, embora a doutrina majoritariamente defenda a restituição dos lucros da intervenção. Da mesma forma, observa-se que inexistem maiores fundamentações nas decisões do STJ português que justifiquem tal posicionamento, o que restringe a restituição do lucro da intervenção no país aos casos de violação dos direitos imateriais enquanto dano à luz das diretrizes da Diretiva 2004/48/CE.

2.4.3 O tratamento dado ao lucro da intervenção na Espanha

Igualmente seguindo o modelo napoleônico, o Código Civil espanhol de 1889 não positivou uma cláusula geral de vedação ao enriquecimento sem causa, dedicando apenas um capítulo à *condictio indebiti* (ao *cobro de lo indebido*). Dessa forma, a construção do enriquecimento sem causa como uma figura institucional de caráter concreto também é fruto de um longo debate doutrinário e de uma vagarosa posição jurisprudencial em Espanha³¹¹.

As primeiras decisões do Tribunal Supremo espanhol (TS) se firmaram no princípio da equidade, através da máxima do direito espanhol de que “*ninguno non deue enriquecerse torticeramente con daño de otro*” contida em *Las Partidas*³¹², para reconhecer a possibilidade de restituir o enriquecimento sem causa (ou imoral) em Espanha. Todavia, tais decisões eram marcadas pela imprecisão diante da falta de requisitos sólidos e da delimitação de uma ação concreta para reclamar sua aplicação, muito porque não existiam discussões doutrinárias sobre o enriquecimento sem causa nos primeiros anos após a codificação no país³¹³.

A mudança de entendimento dos tribunais superiores teve início com a obra *El enriquecimiento sin causa en el derecho español* desenvolvida por Rafael Núñez Lagos e

³¹⁰ MENEZES LEITÃO, 2018, p. 301-302.

³¹¹ CERVANTES, 2012, p. 1112-1113; RUBIO, María Paz García. Propuestas o modelos de regulación del enriquecimiento sin causa em España. In: GARCÍA, Pedro Del Olmo (Org); BASOZABAL ARRUE, Xavier (Org.); TORREJÓN, Ángel Juárez. *Enriquecimiento injustificado en la encrucijada: historia, derecho comparado y propuestas de modernización*. Navarra: Aranzadi, 2017, p. 248-249; e GIL, 2017, p. 19-22.

³¹² Considerado um dos mais importantes legados do direito espanhol, as *Siete Partidas* são um compilado de leis espanholas criado no reinado de Afonso X (e complementado ao longo dos anos) que regeram a Espanha da idade média à era moderna (SETE partidas. In: *Biblioteca Digital Mundial*. Washington: Library of Congress, 2017. Disponível em: <https://www.wdl.org/pt/item/10642/>. Acesso em: 15 set. 2022). Segundo Díez-Picazo, ainda, o trecho ditado de *Las Partidas* (“ninguém deve enriquecer-se injustamente com o prejuízo de outro”) introduziu no direito espanhol a *regulae iuris* de Justiniano (50,17,206) (DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON, 1988, p. 15-16).

³¹³ DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON, 1988, p. 15-16; GIL, 2017, p. 22; e ALVARÉZ-CAPEROCHIPI, José Antonio. *El enriquecimiento sin causa*. Granada: Editorial Comares, 1993, p. 123 e ss.

publicada em 1934³¹⁴. O autor foi responsável por introduzir as primeiras discussões doutrinárias sobre o enriquecimento sem causa enquanto fonte de obrigações em Espanha, fulcrando-se muito na teoria pandectista do deslocamento patrimonial, o que levou a Corte espanhola a admitir progressivamente a existência de uma ação de enriquecimento sem causa propriamente dita e a definir os seus pressupostos elementares a partir da aceção de descolamento patrimonial sem causa jurídica introduzida no país por Núñez Lagos³¹⁵.

Evidentemente, a posição adotada pela Corte Superior acabou reduzindo a aplicabilidade do enriquecimento sem causa aos casos de deslocamento patrimonial em Espanha. Além disso, o TS passou a reconhecer a subsidiariedade do instituto pouco tempo depois, em face da forte influência francesa existente no país à época³¹⁶.

Com corolário lógico, a dificuldade prática da teoria unitária do deslocamento patrimonial para explicar o enriquecimento sem causa, somada à adoção do critério da subsidiariedade pelo TS, levou a doutrina a se interessar pela temática, na tentativa de dar uma resposta clara ao problema da abstração do enriquecimento sem causa em Espanha.

Entre os importantes estudos da época está, assim, a proposta de reformulação do instituto do enriquecimento sem causa de Luís Díez-Picazo y Ponce de León, entregue para sua entrada na Real Academia de Jurisprudência e Legislação da Espanha em 1987³¹⁷.

Para superar a abordagem conferida ao enriquecimento sem causa até então no país, Díez-Picazo considerou que não se pode reconduzir o instituto do enriquecimento sem causa à uma única causa válida de enriquecimento – na medida em que a causa de um enriquecimento pode ser tão variada como são as operações jurídicas – e, por isso, a ausência da causa de um enriquecimento não é uma aceção que se pode ser atribuída a um único significado, a ser aplicado igualmente a todas as hipóteses de enriquecimento³¹⁸.

³¹⁴ LAGOS, Rafael Núñez. *El enriquecimiento sin causa en el derecho español*. Madrid: Editorial Reus, 1934. Díez-Picazo pontua ainda que foi através dos estudos de Núñez Lagos que houve uma mudança de entendimento nas decisões do Alto Tribunal espanhol a partir da década de quarenta (DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON, 1988, p. 21). O mesmo está em CERVANTES, 2012, p. 1118-1119; ALVARÉZ-CAPEROCHIPI, 1993, p. 127; e GIL, 2017, p. 22.

³¹⁵ LAGOS, 1934, p. 91 e ss.

³¹⁶ Alvaréz-Caperochipi discorre que, aos poucos, a experiência jurídica espanhol ficou dividida. De um lado, estava presente a influência pandectista diante da introdução promovida por Núñez Lagos e, de outro, estava a influência francesa, principalmente diante da concretização da subsidiariedade do instituto no país (ALVARÉZ-CAPEROCHIPI, 1993, p. 124).

³¹⁷ O estudo de Díez-Picazo foi publicado no ano seguinte: DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON, Luis. La doctrina del enriquecimiento injustificado. In: DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON, Luis; DE LA CAMARA, Manuel. *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*. Madrid: Editorial Civitas, 1988, p. 15-136. Interessante anotar que o autor elenca no início de sua obra as razões de seu interesse pela figura do enriquecimento sem causa e, entre elas, está justamente sua insatisfação com o tratamento conferido ao instituto na sistemática espanhola até então (DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON, 1988, p. 9).

³¹⁸ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON, 1988, p. 63.

Nesse sentido são palavras do autor:

A impossibilidade de construir explicações unitárias impõe a conclusão de que tudo o que envolve mover-se no plano da abstração não permite sair da abstração. Tanto o raciocínio quanto as tentativas de configurar a pretensão de enriquecimento e apontar seus limites precisam de uma dose de concretização. Não se trata aqui da concretude a que a casuística dá lugar, mas de um meio-termo entre a casuística e a abstração que pode ser descrito como tipologia ou formação de tipos. Só construindo uma tipologia é possível compreender o instituto que nos interessa³¹⁹.

A partir da reflexão sobre os “tipos” de enriquecimento, portanto, Díez-Picazo se aproximou da teoria alemã de Wilburg e de von Caemmerer, para elaborar uma classificação tipológica do enriquecimento sem causa, segundo a sistemática do ordenamento espanhol.

O estudo de outra realidade jurídica levou o autor a identificar os tipos de enriquecimento e os classificar em grupos. A cada um dos grupos, Díez-Picazo pôde conferir a solução mais adequada à luz da tradição espanhola, visto que o autor se preocupava com a importação crua de uma teoria desenvolvida para um ordenamento jurídico específico, tomando o tratamento do enriquecimento sem causa na Alemanha como ponto de partida³²⁰.

Sob tal perspectiva, Díez-Picazo considerou que as raízes do enriquecimento sem causa estão nas *condictiones* romanas e que o ordenamento jurídico espanhol necessitava apenas de três *condictiones*: a *condictio de prestación*, a *condictio por intromisión* e a *condictio por inversión o desembolso*³²¹. Consequentemente, tornou-se o primeiro doutrinador a introduzir as noções essenciais da *condictio* por intervenção na realidade espanhola.

Isso porque o autor defendeu a necessidade de reconhecer a pretensão restitutória nos casos em que um determinado agente auferir vantagens econômicas a partir de uma intervenção, não autorizada, na esfera jurídica alheia, baseando-se na teoria alemã do conteúdo de destinação (*contenido de atribución*). Todavia, observou que algumas hipóteses de intervenções – não autorizada na esfera jurídica alheia – estavam disciplinadas nas relações entre proprietário e possuidor e outras no regime de acessão em Espanha, como se infere nos trechos:

Na primeira linha são para lembrar, notoriamente, os artigos 451 e 455 do Código Civil: o artigo 451 do Código Civil permite que o possuidor de boa-fé faça seus os frutos percebidos enquanto a posse não tenha sido legalmente interrompida, e artigo 455 do Código Civil ordena que o possuidor de má-fé abone os frutos percebidos e

³¹⁹ Tradução livre de: “La imposibilidad de construir explicaciones unitarias impone la conclusión de que todo lo que sea moverse em el plano de la abstracción no permite nunca salir de la abstracción. Tanto el razonamiento, como los intentos de configurar la pretensión de enriquecimiento y de señalar sus limites, necesitan una dosis de concreción. No se trata aqui de la concreción a que da lugar el casuismo, sino de un terreno intermedio entre casuística y abstracción que puede calificarse como tipologia o de formación de tipos. Sólo construyendo una tipologia es posible comprender el instituto que nos ocupa.” (DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON, 1988, p. 97).

³²⁰ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON, 1988, p. 65.

³²¹ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON, 1988, p. 100 e 127.

aqueles outros que o legítimo possuidor poderia ter percebido, reconhecendo-lhe o direito de ser restituído pelas despesas necessárias feitas para a conservação da coisa.

Os preceitos citados contêm o que se pode considerar como regras básicas do direito espanhol em matéria de intervenção nos bens alheios. [...] A regra geral relativa ao exercício injustificado do *ius fruendi* parece estar no artigo 455, que ordena a restituição não apenas dos frutos recebidos, mas também dos frutos chamados *percipiendi*, ou seja, aqueles que normalmente teriam sido recebidos. Na regra de restituição ou pagamento dos frutos recebidos, a ideia básica que a inspira pode ser equiparada à *condictio* de intervenção.

O segundo grupo de preceitos que devem ser contados em nosso Direito para tentar construir os perfis de uma *condictio* por intromissão, encontra-se em alguns pontos do regime jurídico da acessão. [...] Os artigos 353 e seguintes mostram a importante característica que, nesses casos, a boa-fé não isenta a restituição de valores, como no artigo 451, talvez em razão de que aqui a utilização é do valor total da coisa principal e não simplesmente de seus frutos. A boa-fé exime da obrigação de indenizar eventuais danos sofridos ou prejuízos, mas não isenta a regra geral de direito, e a obrigação correlativa, de pagar os valores. Assim, por exemplo, o artigo 360, na hipótese de utilização de material alheios em uma obra, obriga sempre o pagamento do valor e, também, impõe um dever de indenização pelos eventuais danos e perjúrios sofridos, quando se havia agido de má-fé³²².

Logo, a lacuna legislativa estaria em duas hipóteses para Díez-Picazo, nas quais poderiam ser aplicadas as linhas gerais da *condictio* por intervenção: (i) quando determinado sujeito usa de uma coisa alheia sem empregá-la, transformá-la, incorporá-la a outra própria ou sem extrair frutos; ou (ii) na usurpação dos direitos de propriedade intelectual ou industrial³²³.

Na primeira hipótese, poderia ser restituído o valor que normalmente se atribui à possibilidade de utilização da coisa alheia, como ocorre no clássico exemplo do uso da casa alheia sem causação de danos ao imóvel. Na segunda hipótese, porém, poderia ser restituído o

³²² No original: “En la primera línea son de recordar, notoriamente, los artículos 451 y 455 del Código Civil: el artículo 451 del Código Civil permite que el poseedor de buena fe haga suyos los frutos percibidos mientras no haya sido legalmente interrumpida la posesión, y el artículo 455 del Código Civil ordena que el poseedor de mala fe abone los frutos percibidos y aquellos otros que el poseedor legítimo hubiera podido percibir, reconociéndole únicamente el derecho a ser reintegrado de los gastos necesarios hechos para la conservación de la cosa. [...] Los preceptos citados contienen lo que pueden considerarse las reglas básicas del Derecho español en materia de intromisión en el disfrute de bienes ajenos. [...] La regla general en punto al ejercicio injustificado del *ius fruendi* parece encontrarse en el artículo 455, que ordena restituir no sólo los frutos percibidos, sino los frutos llamados *percipiendi*, esto es, aquellos que normalmente se hubieran podido percibir. En la regla de la restitución o abono de los frutos percibidos, la idea básica que la inspira se puede en paralelo con la *condictio* por intromisión” e “El segundo grupo de preceptos con que hay que contar en nuestro Derecho para tratar de construir los perfiles de una *condictio* por intromisión, se encontra en algunos puntos del régimen jurídico de la accesión. [...] En los artículos 353 y siguientes luce con la importante característica de que en ellos la buena fe no exime de la restitución del valor como en el artículo 451, tal vez en razón de que aquí la utilización es del valor entero de la cosa principal y no simplemente de sus frutos. La buena fe exime de la obligación de pagar los daños y perjuicios, pero no exceptúa la regla general del derecho, y de la correlativa obligación, del abono del valor. Así, por ejemplo, el artículo 360, en la hipótesis de utilización de materiales ajenos en una obra, obliga siempre al abono del valor y, además, impone el deber de resarcimiento de los daños y perjuicios cuando se hubiera obrado de mala fe.” (DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, 1988, p. 121-123).

³²³ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, 1988, p. 124-125.

lucro da intervenção ao titular do direito violado, isso também a partir de uma interpretação sistemática das legislações de propriedade intelectual e industrial vigentes no país à época³²⁴.

Evidentemente, os estudos de Díez-Picazo passaram a influenciar a civilística e os tribunais espanhóis nos anos seguintes. Tais influências permitiram, assim, a consagração da divisão tipológica do enriquecimento sem causa na Espanha anos depois³²⁵ e novas discussões doutrinárias no que tange a *condictio* por intervenção e o lucro da intervenção.

2.4.3.1 A visão de Xabier Basozabal Arrue

Um dos mais importantes estudos sobre a *condictio* por intervenção na Espanha foi desenvolvido por Xabier Basozabal Arrue. Em sua obra *Enriquecimiento Injustificado por Intromision en Derecho Ajeno* publicada em 1998³²⁶, o autor reacendeu as discussões doutrinárias espanholas sobre a necessidade de tutelar as intervenções não autorizadas nos direitos alheios, delineando o fundamento e as funções da *condictio* por intervenção.

Basozabal Arrue considerou, inicialmente, que o fundamento da *condictio* por intervenção reside na materialização *a posteriori* da dimensão atributiva do direito subjetivo absoluto usurpado e não na conduta do agente interventor – como entendiam os defensores da teoria germânica da antijuridicidade da conduta –, uma vez que é tão-somente o conteúdo de destinação do direito subjetivo absoluto usurpado ou de uma posição jurídica análoga que provoca o nascimento da obrigação de restituir nesta modalidade³²⁷.

Desta forma, a pretensão de enriquecimento sem causa serve ao titular do direito violado de maneira a reclamar contra quem obtém algum proveito econômico a partir do exercício não consentido de seu direito, independentemente da existência ou não de danos indenizáveis³²⁸, principalmente porque o desequilíbrio patrimonial injustificado, nascido do

³²⁴ DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON, 1988, p. 123-125. Para o autor, no segundo caso, pode-se entender que o artigo 25 da antiga lei de propriedade intelectual trazia um preceito da *condictio* por intervenção. Tal artigo reconhecia o dever de restituir todos os valores arrecadados (lucros) ao titular do direito violado, nos casos de apresentações de obras dramáticas em locais públicos sem a autorização do titular. Somando, o artigo 135 da lei de propriedade industrial reconhecia a possibilidade de restituir todos os produtos obtidos, sem prejuízo de eventuais perdas e danos (DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON, 1988, p. 124-125).

³²⁵ Em recente obra destinada ao estudo do enriquecimento sem causa, Rebecca Fariña discorreu que no ordenamento jurídico espanhol prevalece a divisão tipológica de Díez-Picazo (FARIÑA, 2022, p. 144).

³²⁶ BASOZABAL ARRUE, Xabier. *Enriquecimiento Injustificado por Intromision en Derecho Ajeno*. Madri: Editorial Civitas, 1998.

³²⁷ BASOZABAL ARRUE, 1998, p. 71.

³²⁸ BASOZABAL ARRUE, 1998, p. 69. Em um artigo publicado recentemente no Brasil, o autor reafirmou que o mesmo suporte fático pode dar lugar a um concurso de pretensões. Isso ocorre nos casos de intervenção nos direitos alheios, na medida em que pode causar um dano ao titular do direito e um enriquecimento ao agente interventor. Logo, o titular do direito violado tem a sua disposição as ações de dano e de enriquecimento. A discussão residiria então no fato de ser um concurso alternativo ou cumulativo. (BASOZABAL ARRUE, Xabier. Las Fronteras entre

desfrute ou consumo ilegítimo de um direito de outrem, somente se equilibra, para o autor espanhol, com a restituição do valor deste desfrute ou consumo à pessoa que o ordenamento jurídico legitimamente concedeu atribuição jurídica³²⁹.

Sob tal perspectiva, ainda, torna-se indispensável completar o sentido e o alcance da própria concepção de conteúdo de destinação para Basozabal Arrue. Isso ocorre através da adoção de um critério, sólido e orientativo, capaz de determinar quais posições jurídicas possuem conteúdo de destinação a partir de cada ordenamento jurídico³³⁰.

Esse critério residiria na existência de um monopólio de exploração, como se infere nos seguintes trechos:

Quem é titular de um direito, cujo objeto tenha pleno e exclusivo poder de gozo e disposição, tem uma proteção específica no caso de terceiro se apropriar sem o seu consentimento (seja contratual ou derivado de simples tolerância) de todos ou algumas das facultades que lhe são reservados.

Em suma, o que é decisivo para a restituição por intervenção é que, uma vez demonstrado pelo mercado o valor econômico de uma posição jurídica, a decisão sobre sua exploração tenha sido reservada pelo ordenamento jurídico ao seu titular. A juridicidade do critério reside justamente no fato de que não é o mercado que concede o monopólio da exploração sobre a referida posição, mas sim o ordenamento jurídico no qual o direito ao enriquecimento é incardinado com coerência valorativa. O mercado atua como um sensor e evidencia a existência de um valor comercial para um objeto jurídico sobre o qual o ordenamento jurídico concede o monopólio de exploração ao seu proprietário³³¹.

Não se trata, por oportuno, de um critério que se rende a meras circunstâncias econômicas ou mercadológicas. Ao contrário, trata-se essencialmente de um marco jurídico estável, ainda que móvel, visto que podem aparecer novas posições de fato merecedoras de tutela jurídica para o Basozabal Arrue, assim como há alguns anos reconheceu-se o valor comercial dos direitos à imagem e ao nome, o que hoje está fora de qualquer dúvida³³².

la responsabilidad civil y el enriquecimiento injustificado. In: RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski; ROSENVALD, Nelson (Coord.). *Novas Fronteiras da Responsabilidade Civil*. Indaiatuba: Editora Foco, 2020, p. 255-280). Anota-se que a análise sobre a subsidiariedade do instituto será realizada em momento oportuno nesta pesquisa.

³²⁹ BASOZABAL ARRUE, 1998, p. 71.

³³⁰ BASOZABAL ARRUE, 1998, p. 75.

³³¹ No original: “*Quine sea titular de un derecho sobre cuyo objeto tenga facultad plena y exclusiva de desfrute y disposición cuenta con una protección específica para el caso de que un tercero se apropie sin su consentimiento (sea éste contractual o derivado de simple tolerancia) de todas o alguna de las facultades a él reservadas*” e “*Con todo, lo decisivo para la restitución por intromisión es que, una vez demostrado por el mercado el valor económico de una posición jurídica, la decisión sobre su explotación haya sido reservada por el ordenamiento jurídico a su titular. La juridicidad del criterio estriba precisamente en que no es el mercado quien concede el monopólio de explotación sobre la posición mencionada, sino el ordenamiento jurídico en el que el derecho de enriquecimiento se incardina con coherencia valorativa. El mercado actúa a modo de sensor y evidencia la existencia de un valor comercial para un objeto jurídico sobre el que el ordenamiento concede el monopólio de explotación a su titular.*” (BASOZABAL ARRUE, 1998, p. 71 e 84).

³³² BASOZABAL ARRUE, 1998, p. 84.

A adoção deste critério é também capaz de delimitar o próprio objeto a ser restituído do âmbito da *condictio* por intervenção em Espanha. Segundo Basozabal Arrue, se a ideia central é proteger o aproveitamento econômico daquele que poderia ter legitimado a conduta interventora a partir de seu consentimento, a ausência deste desencadeia um mecanismo obrigacional pelo qual cabe restituir ao titular do direito o que este teria obtido se tivesse permitido a conduta interventora. Ou seja, o preço de mercado do direito usurpado³³³.

A priori, portanto, o titular do direito possui direito à restituição do preço da licença de exploração (dos valores de mercado) e não todas as vantagens auferidas pelo interventor, pois só aquele corresponde efetivamente ao valor de reintegração do direito violado. Todavia, se o agente interventor agir de má-fé, como uma função excepcional e punitiva do direito restitutivo, deve-se restituir o lucro auferido a partir da intervenção³³⁴.

Em outras palavras, é possível distinguir no módulo restitutivo da *condictio* por intervenção duas hipóteses:

Uma básica, correspondente ao preço do objeto usurpado (de caráter objetivo e fundamentada na reintegração do direito usurpado); e uma extraordinária para comportamento dolosos, que atinge a diferença entre o anterior e o total do ganho líquido obtido pelo interventor (de caráter subjetivo e fundamentada na necessidade de prevenir e punir a conduta intromissiva)³³⁵.

A solução traçada pelo autor, em todo caso, está contextualizada a partir de uma interpretação alargada da obrigação de restituir os frutos percebidos pelo possuidor, uma vez que os artigos 451 e 455 do Código Civil espanhol³³⁶ constituem as regras básicas no direito

³³³ BASOZABAL ARRUE, 1998, p. 85.

³³⁴ BASOZABAL ARRUE, 1998, p. 98. Basozabal Arrue considera que a *condictio* por intervenção, via de regra, deve assumir uma concepção quase-contratual ou objetiva da problemática das intervenções em direitos alheios, a partir da ideia de “contrato fático” ou “comportamento social típico”, mormente porque cabe ao direito penal, ao menos como ponto de partida, o caráter preventivo-punitivo e não ao direito privado, que só excepcionalmente deve adotá-lo. Além disso, ao contrário do direito alemão, o direito espanhol não reconhece a gestão imprópria de negócios que, conforme defende von Caemmerer, seria responsável pela restituição de todos os lucros da intervenção (BASOZABAL ARRUE, 1998, p. 85 e 97-98). Em artigo mais recente sobre o tema, o autor discorre que a restituição do lucro da intervenção acaba trabalhando com um critério de imputação subjetiva ou então deve-se adotar um critério punitivo, limitado à má-fé (BASOZABAL ARRUE, 2020, p. 261).

³³⁵ BASOZABAL ARRUE, Xabier, 1998, p. 99. No original: “Una básica, correspondiente al valor sustitutorio o precio del objeto usurpado (de carácter objetivo y fundamentada en la reintegración del derecho usurpado); y una extraordinaria para comportamientos dolosos, que alcanzase la diferencia entre la anterior y el total de la ganancia neta obtenida por el intromisor (de carácter subjetivo y fundamentada en la necesidad de prevenir y penar la conducta intromisiva).”.

³³⁶ ESPANHA. Código Civil. Art. 451. *El poseedor de buena fe hace suyos los frutos percibidos mientras no sea interrumpida legalmente la posesión. Se entienden percibidos los frutos naturales e industriales desde que se alcanzan o separan. Los frutos civiles se consideran producidos por días, y pertenecen al poseedor de buena fe en esa proporción.* Tradução livre: “O possuidor de boa-fé faz seus os frutos percebidos enquanto não seja interrompida legalmente a posse. Se entendem percebidos os frutos naturais e industriais desde que possam ser levantados ou separados. Os frutos civis são considerados produzidos por dia e pertencem ao possuidor de boa-fé nessa proporção”. Art. 455. *El poseedor de mala fe abonará los frutos percibidos y los que el poseedor legítimo hubiera*

espanhol em matéria de enriquecimento sem causa por intervenção, não autorizada, nos direitos subjetivos absolutos de outrem³³⁷.

Portanto, Basozabal Arrue defende a aplicação do artigo 455 do Código Civil espanhol como o fundamento normativo da *condictio* por intervenção e, ao reconhecer um caráter reintegratório, discorre que a expressão “frutos percebidos” deve ser equiparada, em um primeiro momento, aos “valores do desfrute do bem usurpado”³³⁸. Todavia, ao ser comprovada a má-fé do interventor, para o autor, haveria a possibilidade de ampliar a noção extraída da redação do artigo 455 do Código Civil espanhol, em um caráter subjetivo ou excepcional. A expressão “frutos percebidos” passa a ser substituída por “lucros obtidos pelo interventor”³³⁹.

2.4.3.2 A visão de Carles Vendrell Cervantes

Carles Vendrell Cervantes também tratou sobre a aplicabilidade da *condictio* por intervenção no ordenamento jurídico espanhol. O autor publicou seus primeiros estudos sobre a temática, *La acción de enriquecimiento injustificado por intromisión en los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen*, no *Anuario de Derecho Civil* em 2012³⁴⁰.

Segundo o autor, a função elementar da *condictio* por intervenção não reside na necessidade de corrigir injustiças, tampouco de evitar que uma pessoa se enriqueça a partir de uma conduta reprovável, mas sim na garantia que a destinação dos direitos, previamente determinadas por um ordenamento jurídico – mediante a concessão de posições jurídicas exclusivas e protegidas por um direito subjetivo absoluto ou por uma situação jurídica-subjetiva de conteúdo análogo – não seja alterada por uma conduta intervencionista de terceiro³⁴¹.

podido percibir, y sólo tendrá derecho a ser reintegrado de los gastos necesarios hechos para la conservación de la cosa. Los gastos hechos en mejoras de lujo y recreo no se abonarán al poseedor de mala fe; pero podrá éste llevarse los objetos en que esos gastos se hayan invertido, siempre que la cosa no sufra deterioro, y el poseedor legítimo no prefiera quedarse con ellos abonando el valor que tengan en el momento de entrar en la posesión.
Tradução livre: “O possuidor de má-fé pagará os frutos percebidos e aqueles que o legítimo possuidor poderia ter percebido, e só terá direito a ser reintegrado pelas despesas necessárias para a conservação da coisa. As despesas feitas em melhorias não serão pagas ao possuidor de má-fé; mas poderá este levantar os objetos nos quais essas despesas foram investidas, desde que a coisa não sofra deterioração e o possuidor legítimo não preferir ficar com elas, pagando o valor tenham no momento de entrar em posse.”.

³³⁷ DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON, 1988, p. 121; e BASOZABAL ARRUE, 1998, p. 222.

³³⁸ BASOZABAL ARRUE, 1998, p. 264.

³³⁹ BASOZABAL ARRUE., 1998, p. 267 e 331. Também defendendo a possibilidade de restituição do lucro da intervenção em Espanha, está: ALVAREZ-CAPEROCHIPI, 1993, p. 185-190.

³⁴⁰ CERVANTES, Carles Vendrell. *La acción de enriquecimiento injustificado por intromisión en los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen*. *Anuario de Derecho Civil*. Tomo LXV, fasc. III, jan.-mar., p. 1108-1244, Madrid: BOE, 2012. Anota-se que o autor, embora tenha como enfoque a aplicabilidade da *condictio* por intervenção nos direitos à honra, à intimidade e à imagem, faz uma análise do desenvolvimento do instituto do enriquecimento sem causa para justificar a sua aplicação desta modalidade no direito espanhol, ainda que defendendo a impossibilidade de restituir o lucro da intervenção, como se verá ao longo deste subtítulo.

³⁴¹ CERVANTES, 2012, p. 1131.

Desta forma, o fundamento dogmático da *condictio* por intervenção é o conteúdo de destinação dos direitos subjetivos absolutos e das posições jurídicas análogas, sendo o critério delimitador deste fundamento o aproveitamento econômico também em Vendrell Cervantes.

O autor ressalta que é apropriado no direito espanhol concluir que o conceito de conteúdo de destinação é o ponto de partida para fundamentar dogmaticamente o enriquecimento sem causa na modalidade da *condictio* por intervenção e, sobretudo, delimitar seu escopo objetivo de aplicação; e isso, não só porque a doutrina espanhola sempre adotou majoritariamente a tese germânica, mas também porque o legislador reconheceu esta teoria como fundamento dogmático da ação de enriquecimento sem causa por intervenção no artigo 32.1.6^a da lei de concorrência desleal (lei n^o 3, de 10 de janeiro de 1991)³⁴².

Todavia, Vendrell Cervantes acaba discordando claramente de Basozabal Arrue no que tange ao objeto a ser restituído no âmbito da *condictio* por intervenção. Enquanto Basozabal Arrue considera a possibilidade de agravar a obrigação restituitória do agente interventor nos casos em que este age de má-fé ao intervir nos direitos de outrem, Vendrell Cervantes defende inexistir lugar para a restituição dos lucros da intervenção no âmbito da *condictio* por intervenção no ordenamento jurídico espanhol³⁴³.

Nas palavras do autor espanhol:

No entanto, a adequação dessa abordagem no Direito Espanhol resulta pouco convincente; sempre que não se queira recorrer – como Basozábal – a uma abordagem preventiva-punitiva da *condictio* de intervenção. Das normas que inspiram a construção desta ação no Direito Espanhol, é difícil extrair um princípio ou norma pela qual o agente interventor de má-fé é obrigado a devolver os lucros obtidos³⁴⁴.

³⁴² CERVANTES, 2012, p. 1139. O referido artigo dispõe: “1. *Contra los actos de competencia desleal, incluida la publicidad ilícita, podrán ejercitarse las siguientes acciones: [...] 6.ª Acción de enriquecimiento injusto, que sólo procederá cuando la conducta desleal lesione una posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva u otra de análogo contenido económico.*”. Em tradução livre: 1. Contra atos de concorrência desleal, incluindo publicidade ilícita, podem ser interpostas as seguintes ações: [...] 6.ª Ação de enriquecimento sem causa, que só procede quando a conduta desleal lesar posição jurídica protegida por direito exclusivo ou outro de conteúdo econômico semelhante” (ESPANHA. Ley 3, de 1 de enero de 1991, de Competencia Desleal. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1991-628>. Acesso em: 01 nov. 2022). O autor ainda dispõe que os tribunais espanhóis aplicam a teoria do conteúdo de destinação para delimitar o âmbito de aplicação da ação de enriquecimento sem causa do artigo 32.1.6 (Idem, p. 1133).

³⁴³ CERVANTES, 2012, p. 1180. O autor discorre que a caracterização do lucro da intervenção como objeto da *condictio* por intervenção se apresenta como opção doutrinal e jurisprudencial estendida (Idem, p. 1163).

³⁴⁴ CERVANTES, 2012, p. 1185. No original: “*No obstante, el encaje de este planteamiento en el Derecho español resulta poco convincente; siempre que no se quiera recurrir – con Basozábal – a un planteamiento preventivo-punitivo de la condictio de intromisión. De las normas que inspiran la construcción de esta acción en el Derecho español, resulta difícil extraer un principio o norma por el cual el intromisor de mala fe esté obligado a restituir las ganancias obtenidas.*”.

Vendrell Cervantes considera, portanto, que o objeto da pretensão restitutória deve se limitar a restituir ao patrimônio do titular do direito violado aquilo que, precisamente, o ordenamento jurídico espanhol o havia atribuído com exclusividade³⁴⁵.

A visão adotada pelo autor se apoia na aceção de que o ordenamento jurídico, ao reconhecer a uma pessoa um direito subjetivo absoluto, também está concedendo a faculdade de excluir as demais situações que podem limitar esse direito, entre elas, consequentemente, as intervenções não autorizadas. No momento que um terceiro explora de forma não autorizada um direito alheio, produz-se uma disfunção nas normas de atribuição desenhadas pelo ordenamento jurídico, pois aquele terceiro pretende escapar da negociação e do preço de mercado impostos pela decisão do ordenamento jurídico para proteger o titular do direito subjetivo absoluto ou da posição jurídica de conteúdo similar. Por isso, somente interessa ao ordenamento arbitrar um mecanismo para redirecionar o agente àquela negociação e aquele preço de mercado dos quais pretendia fugir; mecanismo, portanto, que consiste em reconstruir a situação como se as partes tivessem pactuado o uso em questão em cumprimento à previsão do ordenamento jurídico por meio de seu regime de atribuição exclusiva de direitos³⁴⁶.

2.4.3.3 O lucro da intervenção na contemporaneidade espanhola

Somente nas últimas duas décadas a Corte Superior espanhola reconheceu a classificação tipológica do enriquecimento sem causa de Díez-Picazo, introduzindo definitivamente a *condictio* por intervenção na sistemática espanhola³⁴⁷.

Uma das mais relevantes decisões do TS sobre a *condictio* por intervenção foi, portanto, proferida em 09 de fevereiro de 2012, em um caso envolvendo a disposição de um terreno alheio, como se infere:

No presente litígio, trata-se de determinar se os vendedores de um terreno, que em parte havia sido expropriado pela Renfe, deverão indenizá-la por ter alienado a totalidade do imóvel como se ainda fossem donos do terreno desapropriado, em favor

³⁴⁵ CERVANTES, 2012, p. 1179.

³⁴⁶ CERVANTES, 2012, p. 1179.

³⁴⁷ Gil ensina que a jurisprudência do TS nos últimos anos deu “um giro, ecoando a classificação tipológica realizada pela doutrina e admitindo a existência dos três tipos de *condictiones*.”. No original: “[...] *un giro, haciéndose eco de la clasificación tipológica realizada por la doctrina y admitiendo la existencia de los tres tipos de condictiones*” (GIL, 2017, p. 22). Cervantes ainda afirma que “[...] a jurisprudência do TS permite identificar sinais ou indícios claros e relevantes da introdução da abordagem tipológica ou diferenciada”. No original: “[...] *la jurisprudencia del TS de los últimos años permite identificar señas o indicios claros y relevantes de la introducción de la aproximación tipológica o diferenciada*” (CERVANTES, Carles Vendrell. El enriquecimiento injustificado en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo. In: GARCÍA, Pedro Del Olmo; BASOZABAL ARRUE, Xavier. (dir.). *Enriquecimiento injustificado en la encrucijada*: historia, derecho comparado y propuestas de modernización. Navarra: Aranzadi, p. 283-337, 2017, p. 311). No mesmo sentido, está FARÍÑA, 2022, p. 156.

de um terceiro adquirente protegido pelo artigo 34 da Lei Hipotecária e, portanto, mantido em sua aquisição frente à atual proprietária, Renfe [...].

Quando alguém vende uma coisa alheia a um terceiro de boa-fé, que a adquire de maneira não reivindicável, o proprietário que não pode recuperar a coisa, pode dirigir-se em face do vendedor reclamando-lhe a medida de seu enriquecimento. [...] Estamos diante do chamada *condictio* por intromissão e se supõe que a disposição seja eficaz, porque devem ser aplicadas as regras de proteção do adquirente de boa-fé, e, neste caso, o *disponente non dominus* deve ao *verus dominus* o valor obtido com a disposição. Este é o enriquecimento sem causa que ocorre no presente litígio³⁴⁸.

Evidentemente, as raízes deste entendimento estão na teoria de Wilburg e de von Caemmerer, sendo o conceito do conteúdo de destinação a chave da fundamentação dogmática da *condictio* por intervenção no direito espanhol. Tanto na jurisprudência quanto na doutrina restou consolidado que se uma determinada pessoa obtém uma vantagem patrimonial a partir de uma intervenção na esfera jurídica (e exclusiva) de outrem, estas vantagens devem ser extraídas do patrimônio do interventor e reintegradas ao patrimônio do titular do direito.

Em termos de quantificação, percebe-se que o TS, nos últimos anos, vem reconhecendo a possibilidade de restituir os valores de mercado e os lucros da intervenção, cumulativamente, nos casos de intervenção não autorizada nos direitos de propriedade³⁴⁹.

Entre as últimas decisões, por exemplo, também analisando um caso envolvendo o enriquecimento a partir do uso indevido da propriedade alheia, o TS acabou entendendo pela condenação do agente interventor a restituir todo o rendimento auferido. Em síntese, uma determinada pessoa arrendou o imóvel de sua propriedade, com cláusula contratual vedando

³⁴⁸ Pte. Roca Trias, RJ 2012/3786 *apud* BASOZABAL ARRUE, Xabier. La subsidiariedad de la acción de enriquecimiento injustificado: pautas para salir de un atolladero. *Revista de Derecho Civil*. vol. VI, núm. 2, abril-junio, p. 99-167, Estudios, 2019, p. 128. No original: “*en el presente litigio, se trata de determinar si los vendedores de una finca, una parte de la cual había sido expropiada por Renfe, deben indemnizar a ésta por haber dispuesto de la totalidad como si aún fueran titulares de la parcela expropiada, a favor de tercero que adquiere protegido por el art. 34 LH y, por tanto, es mantenido en su adquisición frente al propietario real, Renfe[...].*”. “*Cuando alguien vende una cosa ajena a un tercero de buena fe, que la adquiere de manera irrevindicable, el propietario que no puede recuperar la cosa, puede dirigirse contra el vendedor reclamándole la medida de su enriquecimiento. [...] Nos hallamos ante la denominada condictio por intromisión y supone que la disposición sea eficaz porque deban aplicarse las reglas de protección del adquirente de buena fe y en este caso, «el disponente non dominus debe al verus dominus el valor obtenido con la disposición. Este es el supuesto de enriquecimiento injusto que se produce en el presente litigio*”. O julgado ainda é citado por GiL, 2017, p. 24; CERVANTES, 2017, p. 312; e FARIÑA, 2022, p. 157. Além disso, Fariña explica que o TS já havia reconhecido a *condictio* por intervenção anteriormente, mas esta decisão é importante diante da claridade do julgamento, permitindo dirimir qualquer dúvida sobre a aplicação desta no direito espanhol (FARIÑA, 2022, p. 157 e 228). Para maiores reflexões: Art. 34 da LH: “*El tercero que de buena fe adquiera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro.*” (ESPAÑA, Ley Hipotecaria, Decreto 8 de fevereiro de 1946. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/pdf/1946/BOE-A-1946-2453-consolidado.pdf>. Acesso em 01 nov. 2022).

³⁴⁹ Anota-se que, em pesquisa realizada no ano de 2019, apontou-se que as decisões do TS vinham oscilando entre o lucro da intervenção e os valores de mercado. Porém, agora, em consulta a novas fontes e, diante do passar dos anos, ao que tudo indica, as decisões do Tribunal estão concedendo o lucro da intervenção, ao menos nos casos de intervenção nos direitos de propriedade. Esta conclusão está, inclusive, em: FARIÑA, 2022, p. 227.

expressamente qualquer sublocação do imóvel para terceiros sem sua autorização. No entanto, o locatário acabou sublocando o imóvel, sem a devida autorização, para um terceiro pelo valor de 4.200 euros por mês, importe muito superior ao valor original de locação (700 euros/mês). Por isso, o proprietário do imóvel ingressou com uma demanda requerendo os valores que o locatário recebeu com a sublocação desautorizada do imóvel. O TS considerou então que a conduta do locatário, além de ser antijurídica, levou-o a um notável enriquecimento sem causa, porque adquiriu valores que não tinha direito. Desta forma, cabe ao locatário restituir ao proprietário a diferença entre o valor da sublocação e o que deveria pagar ao proprietário³⁵⁰.

Rebeca Fariña destaca outras duas decisões, uma proferida em 5 de fevereiro de 2018 e a outra em 15 de julho de 2019, nas quais a Corte Superior também considerou a possibilidade de restituição de toda a vantagem patrimonial auferida pelo agente interventor. Segundo a autora, a solução habitualmente adotada pela jurisprudência espanhola é pela restituição de

³⁵⁰ Cf. TS 28-10-2015, Pte. Arroyo Fiestas, RJ 2015/4944 apud CERVANTES, 2017, p. 292. Basozabal Arrue, ao analisar tal decisão, discorre criticamente que não existe uma verdadeira usurpação do poder de sublocar o imóvel, mas sim uma violação da cláusula de proibição de não sublocação. Uma resposta teórica ao problema partiria do seguinte questionamento: qual teria sido o valor do aluguel, se o inquilino tivesse direito de sublocação? Esta resposta estaria na norma. Ou seja, mais ou menos 20% sobre a renda pactada, pois este é o alcance que o artigo 32.2 da lei de arrendamento urbano valora como possível (BASOZABAL ARRUE, Xabier. Enriquecimiento injusto comparado: una aproximación al Derecho inglés de Restituciones. *ADC*, tomo LXXI, p. 13-78, fasc. I, 2018, p. 41). Anteriormente, o autor já havia pontuado que: “*el supuesto de hecho enjuiciado carece de contenido usurpatorio como tal; se trata de un mero incumplimiento contractual, o en su caso, de la violación del precepto que eventualmente prohibiese la acción realizada. Las partes regulan a través del contrato de arrendamiento las posibilidades de disposición sobre el goce de la cosa arrendada, por ello la disposición ilícita del arrendatario no usurpa la facultad de disposición sobre el goce sino que viola el pacto existente sobre la misma. El propietario no goza de una facultad de prohibir el subarriendo, lo que tiene es la posibilidad de pactarlo en la celebración del contrato. Puede negarse a concluirlo sin la cláusula prohibitiva o incluso determinar consecuencias graves (cláusula penal) para el caso de incumplimiento [...]*”. Em tradução livre: “o suposto fato processado carece de conteúdo usurpatório como tal; trata-se de mero descumprimento contratual ou, se for o caso, de violação de preceito que eventualmente venha a proibir a ação realizada. As partes regulam através do arrendamento as possibilidades de disposição sobre o gozo da coisa locada, pelo que a disposição ilícita do locatário não usurpa a faculdade de disposição sobre o gozo, mas sim viola o contrato firmado. O proprietário não tem a faculdade proibir a sublocação, o que possui é a possibilidade de pactuá-la no momento da celebração do contrato. Podendo se recusar a celebrá-lo sem a cláusula proibitiva ou mesmo determinar consequências graves (cláusula penal) para o caso de descumprimento da cláusula” (BASOZABAL ARRUE, 1998, p.147). Por sua vez, Gracia Rúbio disserta que “*En realidad hemos de reconocer que en el supuesto de la sentencia citada sí ha habido enriquecimiento sin causa de Doña Araceli, pero entiendo no en la medida de la diferencia entre las rentas percibidas por la propiedad y las obtenidas por la demandada, como consideró el Tribunal Supremo, sino porque durante el tiempo que cobró las rentas del subarrendatario pagó al propietario la misma renta de su contrato de arrendamiento y no el 20% más, que es el alcance en el que el art. 32.2 LAU valora el precio de disfrute de la posibilidad de subarriendo total, que fue lo único que ilegítimamente usurpó y debería haber sido obligada a restituir*”. Em tradução livre: “Em realidade temos que reconhecer que no caso citado houve enriquecimento sem justa causa da Sra. Araceli, mas entendo não na medida da diferença entre os rendimentos auferidos pelo proprietário e os obtidos pela ré, conforme considerou o Tribunal Supremo. Isso porque durante o tempo em que cobrou o aluguel do sublocatário, a ré pagou ao proprietário o mesmo valor de seu aluguel e não 20% a mais, que é o escopo em que o art. 32.2 LAU valoriza o preço de usufruir da possibilidade de subarrendamento total, que foi a única coisa que ilegítimamente usurpou e deveria ter sido obrigada a restituir.” (GRACIA RÚBIO, 2017, p. 253).

todos os valores auferidos a partir do ato de intervenção, o que engloba o lucro da intervenção. Isso ao menos no que diz respeito aos direitos de propriedade³⁵¹.

Além disso, o TS entendeu pela possibilidade de restituir os lucros da intervenção em um caso envolvendo concorrência desleal. O caso tratava de uma companhia de transporte de passageiros que ingressou com a demanda em face de uma concorrente que, aproveitando do fato de que a sua rota coincidir parcialmente com a rota da autora, violou a sua posição jurídica exclusiva ao apanhar os passageiros que estavam em postos abrangidos pela concessão administrativa da autora. O TS decidiu que a pretensão de enriquecimento sem causa se dirige a reintegrar à titular todo o proveito econômico obtido indevidamente pela interventora, vez que a lei de concorrência desleal reconheceu a *condictio* por intervenção em seu artigo 32.1.6³⁵².

No que tange aos direitos de propriedade industrial e intelectual, percebe-se que o legislador espanhol optou, desde muito cedo, por seguir as diretrizes da jurisprudência germânica, aderindo ao triplice método de cálculo das indenizações (*Dreifache Schadensberechnung*). Isso significa que o legislador espanhol consagrou tanto os lucros da intervenção quanto os valores de mercado como critérios de quantificação de danos patrimoniais indenizáveis, em alternativa aos tradicionais lucros cessantes, nas leis de propriedade intelectual, de patentes e de marcas³⁵³.

Todavia, poucos foram os doutrinadores espanhóis que se dedicaram ao estudo da *Dreifache Schadensberechnung* e da incorporação legislativa, e aqueles que se dedicaram ao estudo do enriquecimento sem causa criticavam claramente tal importação.

Díez-Picazo discorria que as disposições legislativas acabavam causando uma verdadeira desnaturalização da responsabilidade civil, aproximando-a do instituto do enriquecimento sem causa³⁵⁴. Outros doutrinadores defendiam que o legislador espanhol optou por acolher o terceiro método de cômputo da indenização germânico unicamente para facilitar a prova dos lucros cessantes nos casos de violação dos direitos imateriais³⁵⁵.

³⁵¹ FARIÑA, 2022, p. 229. As decisões citadas são, respectivamente, RJ 2018/397, a qual envolvia a venda de um imóvel deixado em testamento a outrem, e RJ 2019/2690, que tratava de uso indevido da propriedade de outrem. Esse entendimento repetiu-se nas decisões RJ 2020/1354 e RJ 2020/2037 (FARIÑA, 2022, p. 230-232). Em sentido claramente contrário, está CERVANTES, 2017, p. 313, para quem o produto da restituição no âmbito da *condictio* por intervenção deve ser limitado a aquilo que o ordenamento jurídico atribuiu ao titular do direito.

³⁵² Cf. TS 29-12-2006, Pte. Montés Penedés, RJ 2007/1714 *apud* FARIÑA, 2022, p. 230.

³⁵³ O Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril de 1996, regula, até os dias de hoje, os direitos de propriedade intelectual; a lei 17/2001, de 7 de dezembro de 2001, é atualmente a legislação responsável por regular o sistema de marcas; a lei 11/1986, de 20 de março de 1986, foi a responsável pela reforma dos direitos de patentes em Espanha, mas, atualmente, está em vigor a Lei 24/2015, de 24 de julho de 2015; e, por fim, a Lei 20/2003, de 7 de julho de 2003, regula os direitos industriais.

³⁵⁴ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON, Luis. Art. 135. In: RODRÍGUEZ-CANO, R. B. (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Madrid: Tecnos, 1989 *apud* BASOZABAL ARRUE, 1997, p. 1288.

³⁵⁵ BASOZABAL ARRUE, Xabier, 1997, p. 1291.

Basozabal Arrue sustenta, por sua vez, que a *Dreifache Schadensberechnung* contém módulos objetivo-abstratos de determinação dos lucros cessantes, que não requerem a prova efetiva dos danos suportados, por responder a funções distintas da compensação. Daí por que causa espanto o legislador ter aderido a tal construção, ainda mais com todas as críticas que a doutrina alemã vinha apontando em relação à construção jurisprudencial. O método não está na lógica indenizatória e, assim, conduz a desintegração dos conceitos de dano e enriquecimento, passando a uma contaminação da responsabilidade civil com ideias preventivas-punitivas³⁵⁶³⁵⁷.

Apesar das críticas e da crescente defesa da *condictio* por intervenção no país, assim como ocorreu na Alemanha e em Portugal, o ordenamento jurídico espanhol transpôs as diretrizes do artigo 13 da Diretiva 2004/48/CE³⁵⁸, mantendo, assim, a possibilidade de devolução dos lucros da intervenção enquanto danos indenizáveis no país. Todavia, a redação originária dos artigos destinados ao *quantum* indenizatório sofreu algumas alterações, harmonizando-os inclusive (artigos 140 TRLPI, 66 LP e 43 LM)³⁵⁹.

³⁵⁶ BASOZABAL ARRUE, Xabier, 1997, p. 1291.

³⁵⁷ BASOZABAL ARRUE, Xabier, 2020, p. 264. No mesmo sentido, está: PORTELLANO DIEZ, Pedro. *La defensa del derecho de patentes*. Madri: Civitas, 2003.

³⁵⁸ A Lei 19/2006, de 5 de junho de 2006, foi a responsável pela transposição da Diretiva 2004/48/CE.

³⁵⁹ ESPANHA. *Código de Propiedad Intelectual*. Art. 140, II: “2. *La indemnización por daños y perjuicios se fijará, a elección del perjudicado, conforme a alguno de los criterios siguientes: a) Las consecuencias económicas negativas, entre ellas la pérdida de beneficios que haya sufrido la parte perjudicada y los beneficios que el infractor haya obtenido por la utilización ilícita. [...] b) La cantidad que como remuneración hubiera percibido el perjudicado, si el infractor hubiera pedido autorización para utilizar el derecho de propiedad intelectual en cuestión.*”. Tradução livre: A indenização por perdas e danos será fixada, a critério do lesado, conforme algum dos seguintes critérios: a) As consequências econômicas negativas, incluindo a perda de benefícios sofridos pelo lesado e os benefícios que o infrator obteve com a utilização ilícita. [...] b) A quantia que o lesado teria recebido como remuneração, se o infrator tivesse solicitado autorização para utilizar o direito de propriedade intelectual em questão; ESPANHA. *Ley 17/2001 de Marcas*. Art. 43, II. “2. *Para fijar la indemnización por daños y perjuicios se tendrá en cuenta, a elección del perjudicado: a) Las consecuencias económicas negativas, entre ellas los beneficios que el titular habría obtenido mediante el uso de la marca si no hubiera tenido lugar la violación y los beneficios que haya obtenido el infractor como consecuencia de la violación. [...] b) La cantidad que como precio el infractor hubiera debido pagar al titular por la concesión de una licencia que le hubiera permitido llevar a cabo su utilización conforme a derecho.*”. Tradução livre: Para fixar a indenização por perdas e danos se levará em conta, a critério do lesado: a) As consequências econômicas negativas, entre elas os benefícios que o titular teria obtido mediante o uso da marca se não tivesse ocorrido a violação e os benefícios que o infrator obteve como consequência da violação. [...] b) A quantia que, como preço, o infrator deveria ter pago ao titular para a concessão de uma licença que lhe permitiria levar a cabo o seu uso de acordo com a lei; ESPANHA. *Ley 11/1986 de Patentes*. Art. 66, II. “2. *Para fijar la indemnización por daños y perjuicios se tendrán en cuenta, a elección del perjudicado: a) Las consecuencias económicas negativas, entre ellas los beneficios que el titular habría obtenido previsiblemente de la explotación de la invención patentada si no hubiera existido la competencia del infractor y los beneficios que este último haya obtenido de la explotación del invento patentado. [...] b) La cantidad que como precio el infractor hubiera debido pagar al titular de la patente por la concesión de una licencia que le hubiera permitido llevar a cabo su explotación conforme a derecho. [...]*”. Tradução livre: Para fixar a indenização por perdas e danos se levará em conta, a critério do lesado: a) As consequências econômicas negativas, entre elas os benefícios que o titular teria previsivelmente obtido com a exploração da invenção patenteada se não houvesse a competição do infrator e os benefícios que este último obteve como consequência da exploração do invento patenteado. [...] b) A quantia que, como preço, o infrator deveria ter pago ao titular da patente pela concessão de uma licença que lhe permitiria levar a cabo sua exploração de acordo com a lei; e ESPANHA. *Ley 20/2003 de Protección Jurídica del Diseño Industrial*. Art. 55, II. 2. *Para fijar la indemnización por daños y perjuicios se tendrá en cuenta, a elección del perjudicado: a) Las consecuencias económicas negativas, entre ellas los*

Daí por que Carlos Gomes Ligüerre salientou, ao escrever sobre o lucro da intervenção em Espanha em 2015, que no âmbito dos direitos de propriedade intelectual e industrial o lucro da intervenção está presente como uma hipótese no cálculo das indenizações e, por assim estar, o autor acredita que este é um remédio específico de tais direitos absolutos³⁶⁰.

No entanto, a questão não é posta com tanta clareza. Basozabal Arrue evidencia que o legislador espanhol, ao alterar a redação das normas e aglutinar na alínea a dos artigos 66 LP, 140 TRLPI e 43 LM os lucros cessantes e os lucros da intervenção, considerando a literalidade da norma, possibilitou a cumulação das pretensões, que anteriormente eram entendidas como excludentes em Espanha. Para o autor, trata-se da possibilidade de conceder cumulativamente uma pretensão de danos e uma pretensão de enriquecimento. Todavia, o que se deve efetivamente discutir é se cabe ao enriquecimento sem causa abranger tal função, a qual deve no mínimo observar um critério de imputação subjetivo: a má-fé³⁶¹.

Em recente decisão, inclusive, o TS concluiu que a utilização do critério indenizatório de “benefícios que o infrator obteve com a utilização ilícita” contido nas normas (ou simplesmente lucros da intervenção) é procedente, ainda que o titular do direito infringido não explore diretamente o objeto da infração, uma vez que tal critério não é propriamente uma modalidade indenizatória, mas sim restituitória, própria da *condictio* por intervenção³⁶².

Importante anotar que essa interpretação jurisprudencial também não é alheia a críticas, principalmente daqueles que entendem que o lucro da intervenção não é hipótese de enriquecimento sem causa. Vendrell Cervantes, nesse sentido, aponta que os tribunais espanhóis acabam equiparando a fundamentação da *condictio* por intervenção às ações indenizatórias disciplinadas nas leis de propriedade intelectual e industrial espanholas³⁶³.

beneficios que el titular habría obtenido de la explotación del diseño si no hubiera tenido lugar la violación de su derecho y los beneficios obtenidos por el infractor como consecuencia de la violación del derecho del titular del diseño registrado. [...] b) La cantidad que como precio el infractor hubiera debido de pagar al titular del diseño por la concesión de una licencia que le hubiera permitido llevar a cabo la explotación del diseño conforme a derecho.” Tradução livre: Para fixar a indenização por perdas e danos se levará em conta, a critério do lesado: a) As consequências econômicas negativas, entre elas os benefícios que o titular teria obtido com a exploração do desenho se a violação de seu direito não tivesse ocorrido e os benefícios obtidos pelo infrator como consequência da violação do direito do titular do desenho registrado.. [...] b) A quantia que, como preço, o infrator deveria ter pago ao titular do desenho pela concessão de uma licença que lhe permitiria levar a cabo sua exploração de acordo com a lei.

³⁶⁰ LIGÜERRE, Carlos Gomez. Disgorgement of profits under Spanish law. In: HONDIUS, Ewoud; JANSSEN, André. (coords.). *Disgorgement of profits: gain-base remedies throughout the world*. Global Studies in Comparative Law: Springer International, p. 199-208, 2015, p. 204. Anota-se que o autor reconhece a crítica da melhor doutrina espanhola sobre a desnaturalização dos institutos da responsabilidade civil e do enriquecimento sem causa e, ao final, pontua que a solução do artigo 32 da Lei de Concorrência Desleal é tecnicamente muito melhor com os objetivos perseguidos pelos remédios obrigacionais (LIGÜERRE, 2015, p. 205).

³⁶¹ BASOZABAL ARRUE, 2020, p. 265-266.

³⁶² STS 504/2019 *apud* BASOZABAL ARRUE, 2020, p. 266.

³⁶³ CERVANTES, 2017, p. 316-317.

A título de exemplo, o autor cita uma decisão da SSAP Alicante, de 2 de junho de 2017, que recorreu à *condictio* por intervenção para fundamentar a ação indenizatória diante dos lucros auferidos a partir do aproveitamento intencional da notoriedade de uma determinada marca alheia. O mesmo ocorreu na decisão da SJMER Madrid, de 9 de março de 2015, na qual se utilizou das bases dogmáticas da *condictio* por intervenção para fundamentar a ação indenizatória por violação aos direitos imateriais³⁶⁴.

Tal equiparação também estaria presente nas próprias decisões da Corte Superior espanhola, como se infere no trecho:

[...] não há dúvida de que a decisão recorrida teve sua principal causa a intervenção antijurídica em um direito subjetivo alheio e visava a reintegração do bem usurpado, mediante a recuperação de um equilíbrio patrimonial equivalente à quantia que eles teriam que pagar aos recorrentes para usar as instalações, supondo que o comprador estivesse disposto a alugá-las. Não se deve esquecer que a obrigação do usurpador de pagar o preço apropriado, na hipótese de que houvesse uma atribuição onerosa do bem usurpado (equivalente ao mecanismo de reintegração da chamada *condictio* de reintegração) tem sido expressamente estabelecida, como uma maneira de indenizar o prejudicado pelos lucros deixados de obter, em várias leis do nosso sistema - artigos 43, parágrafo 2, letra c), da Lei 17/2001, de 7 de dezembro de 66, parágrafo 2, letra c), da Lei 11/1986, de 20 de março de 55, parágrafo 2, letra c), da Lei 20/2003, de 7 de julho, e 140, parágrafo 2, letra b), do Real Decreto Legislativo 1 / Abril de 1996³⁶⁵.

Segundo Vendrell Cervantes, a pretensão de restituição dos lucros obtidos pelo infrator de um direito de propriedade intelectual ou industrial se configura *ex lege* como ação de responsabilidade civil extracontratual, isto é, como ações de danos e, por outro lado, a restituição do lucro da intervenção não possui ligação com a *condictio* por intervenção, a qual, como já mencionado, para o autor, está estritamente vinculada ao caráter reintegratório³⁶⁶.

De todo o modo, infere-se que os tribunais espanhóis reconhecem a *condictio* por intervenção no fundamento de suas decisões, mas aplicam a literalidade das disposições legislativas no âmbito dos direitos de propriedade intelectual e industrial. Ademais, a Corte Superior espanhola ainda não se posicionou sobre a possibilidade, ou não, de cumular os

³⁶⁴ JUR 2017/186531 e JUR 2016/105114 *apud* CERVANTES, 2017, p. 316.

³⁶⁵ RJ 2011/4997 *apud* CERVANTES, 2017, p. 313-314. No original: “[...] no cabe duda de que la condena recurrida tuvo su principal causa en una intromisión antijurídica en un derecho subjetivo ajeno y estuvo dirigida a la reintegración del bien usurpado, mediante la recuperación de un equilibrio patrimonial equivalente al importe de lo que hubieran tenido que pagar las ahora recurrentes para poder usar los locales, en la hipótesis de que la compradora hubiera estado dispuesta a arrendárselos. No hay que olvidar que la obligación del usurpador de pagar el precio procedente, en la hipótesis de haberse producido una cesión onerosa del bien usurpado – equivalente al mecanismo de reintegración propio de la llamada “*condictio*” por reintegración -, ha sido expresamente establecida, como una forma de indemnizar al perjudicado por las ganancias dejadas de obtener, en varias leyes de nuestro ordenamiento – artículos 43, apartado 2, letra c), de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, 66, apartado 2, letra c), de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, 55, apartado 2, letra c), de la Ley 20/2003, de 7 de julio, y 140, apartado 2, letra b), del Real Decreto Legislativo 1/1996, de abril.”

³⁶⁶ CERVANTES, 2017, p. 316-317.

pedidos de lucros cessantes e de lucros da intervenção³⁶⁷, embora a restituição dos lucros da intervenção seja hipótese comumente utilizada na casuística espanhola³⁶⁸.

Em se tratando dos direitos de personalidade, por fim, Cervantes explica que atualmente na doutrina espanhola está cristalina a defesa da aplicação da *condictio* por intervenção, considerando para tanto o grau que o direito de personalidade possui de comercialização. Todavia, existe uma forte tendência da jurisprudência de quantificar os lucros cessantes a partir do preço da hipotética licença do direito violado (ou valores de mercado), em grande parte diante da inicial falta de interesse doutrinário no enriquecimento sem causa³⁶⁹.

Uma das primeiras decisões do TS, utilizando como parâmetro o preço da licença hipotética para quantificação dos lucros cessantes, foi proferida em 09 de maio de 1988. Tratava-se do uso não autorizado da imagem dos jogadores participantes do campeonato de futebol nacional de 1982-1983, sendo que a Corte utilizou como *quantum* indenizatório os valores que normalmente o interventor pagaria aos jogadores para utilização da imagem³⁷⁰.

Tal posicionamento é, pois, antigo e a doutrina contemporânea vem criticando-o. Basozabal Arrue discorre, assim, que os direitos de personalidade possuem valoração econômica e estão inseridos no rol de direitos que possuem conteúdo de destinação, cabendo ao instituto a tutela restitutória. Ademais, o reconhecimento da *condictio* por intervenção não excluiria a ação indenizatória por danos extrapatrimoniais. Ao contrário, apenas daria a direção dogmática correta aos valores de mercado no caso de uso indevido da imagem alheia³⁷¹.

No mesmo sentido, Vendrell Cervantes aponta que a construção dogmática do enriquecimento sem causa e a infeliz confusão jurisprudencial entre este instituto e o remédio indenizatório deram ensejo a esse errôneo entendimento. O valor de mercado não é um dano indenizável, mas sim um critério restitutivo, sendo manifesta a confusão entre as obrigações³⁷².

³⁶⁷ BASOZABAL ARRUE, 2020, p. 273.

³⁶⁸ Para maiores considerações, ler: ECKHARTT, Claus; PERRICHON, Valéria; SABATÉ, Xavier Fàbrega. The issue of damages. *Intellectual Property magazine*, p. 71-74, nov., 2011, p. 73.

³⁶⁹ CERVANTES, 2012, p. 1206 e 1211. Segundo o autor, o critério de autorização hipotética como método de valorar danos também é adotado, independentemente da *Dreifache Schadensberechnung*, no direito italiano e no direito francês. No original: “*En el caso de los derechos de la personalidad incorporal, el criterio del precio de una autorización (o regalía) hipotética, como método para valorar el daño sufrido por el titular del derecho infringido, fue –con independencia de la adopción de la teoría del triple cómputo del daño– rápidamente asumido por los tribunales de los ordenamientos italiano, alemán y francés; erigiéndose, así, en un cómodo expediente para liquidar el daño patrimonial en los casos de explotación de un atributo de la personalidad –normalmente, la imagen– con valor comercial o publicitario*” (*Op. cit.*, p. 1207).

³⁷⁰ Caso *Panini*, RJ 1988/4049 *apud* CERVANTES, 2012, p. 1212. Cervantes discorre que este entendimento vem se repetindo ao longo dos anos, citando algumas decisões: Caso *aparatos gimnásticos*, JUR 2001/109659; Caso *modelo Telefónica Móviles*, AC 2004/273; Caso *panel publicitario Conde de Casal*, AC 2006/811; Caso *Brandy Soberano II*, AC 2006/312; Caso *Crónicas Marcianas*, JUR 2007/152650; Caso *Joaquín Cortés*, AC 2008/52.

³⁷¹ BASOZABAL ARRUE, 1998, p. 173-174.

³⁷² CERVANTES, 2012, p. 1201 e 1214.

Para o autor, o fundamento dogmático da *condictio* por intervenção reside na concepção de conteúdo de destinação segundo a posição jurídico-subjetiva reconhecida e, portanto, o titular do direito violado é detentor apenas dos rendimentos econômicos. Assim sendo, considerando que os direitos de personalidade possuem conteúdo de destinação, encaixando-se na regra, é possível aplicar o enriquecimento sem causa nos casos de intervenção nestes direitos, inexistindo qualquer obstáculo no direito espanhol³⁷³.

Evidentemente, tais oscilações na jurisprudência não passaram despercebidas pelas propostas de recodificação do Direito das Obrigações em Espanha. Atualmente, está em pauta no país a *Propuesta de Código civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil* (2015), que propõe o reconhecimento do enriquecimento sem causa como fonte do direito obrigacional e dedica o Capítulo II do Título XVIII à regulação da figura.

García Rubio evidencia que a proposta de regulação divide o capítulo destinado ao enriquecimento sem causa em duas seções. A primeira elencando uma figura geral e a segunda destinada aos casos específicos, entre eles a *condictio* por intervenção, que estaria contemplada na referência “uso de bens, desfrute de serviços ou outras vantagens não suscetíveis de restituição em espécie”. A restituição, neste caso, estaria pautada segundo a boa-fé ou a má-fé do agente interventor. Para os casos de enriquecimento de boa-fé a restituição estaria limitada aos valores de mercado (“*del coste que habría supuesto la obtención de aquellos en circunstancias normales*”), uma vez comprovada a má-fé, porém, a restituição englobaria também os lucros da intervenção ([...] *más los rendimientos obtenidos*). Assim, é possível a cumulação, neste último caso, com uma ação indenizatória diante de eventuais danos sofridos pelo titular do direito a partir do ato de intervenção³⁷⁴.

Em outras palavras, percebe-se uma tendência doutrinária de reconhecer definitivamente a *condictio* por intervenção no ordenamento jurídico espanhol, o que englobaria a possibilidade de restituição dos lucros da intervenção³⁷⁵.

2.5 A CONFIGURAÇÃO DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Até o presente momento, este trabalho buscou identificar o perfil funcional da responsabilidade civil e do enriquecimento sem causa, assim como compreender o

³⁷³ CERVANTES, 2012, p. 1232.

³⁷⁴ RUBIO, 2017, p. 275-276.

³⁷⁵ Como Basozabal Arrue, estão: Díez-Picazo (1988), Portellano Díez (2003) e Alvaréz-Caperochipi (1993).

desenvolvimento histórico deste último instituto, tarefas indispensáveis para a definição do regime jurídico adequado ao lucro da intervenção no ordenamento jurídico brasileiro.

Os estudos desenvolvidos até então, portanto, demonstram que as preocupações doutrinárias sobre as intervenções não autorizadas nos direitos alheios e a necessidade de restituir o lucro da intervenção iniciaram com os estudos de Fritz Schulz em 1909. Assim, o lucro da intervenção nasceu como produto do instituto do enriquecimento sem causa na sistemática alemã, visto que se identifica com o próprio enriquecimento por intervenção, traduzindo-se na integralidade dos ganhos líquidos obtidos pelo agente interventor³⁷⁶.

A evolução histórica do enriquecimento sem causa na tradição jurídica romano-germânica, porém, cristaliza a existência de dois modelos de regulamentação do instituto: o modelo alemão, pensado e elaborado a partir das *condictiones* romanas e das diferentes hipóteses de enriquecimento; e o modelo francês, caracterizado por sua regulação fragmentada e casuística, e principalmente marcado pela consagração do princípio da subsidiariedade³⁷⁷. Da mesma forma, existe uma tendência contemporânea de adotar o lucro da intervenção como critério indenizatório, ao menos nos casos de violação dos direitos de propriedade intelectual e industrial, sob a simplista justificativa de dificuldade de provar os lucros cessantes.

Diante deste cenário, afigura-se relevante compreender o desenvolvimento do enriquecimento sem causa na sistemática brasileira para verificar a compatibilidade dos conceitos tradicionais do instituto adotados no Brasil com a específica hipótese do enriquecimento por intervenção – possibilitando a restituição do lucro da intervenção –, mormente porque, como atesta Otávio Luiz Rodrigues Júnior, “no século XX, apesar da influência germânica na codificação de 1916 e no então Projeto Reale (da década de 1970, que se converteria no atual Código), a força da Escola Francesa manteve-se muito nítida [...]”³⁷⁸.

2.5.1 O desenvolvimento do enriquecimento sem causa no Brasil

O enriquecimento sem causa se consagrou como um instituto autônomo, considerado fonte de Obrigações, tardiamente no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente diante da ausência de previsão legal de uma cláusula geral no Código Civil de 1916³⁷⁹.

³⁷⁶ LINS, 2016, p. 249.

³⁷⁷ Destaca-se que é há um terceiro modelo de regulação do enriquecimento sem causa, o chamado “*Law of Restitution*”, desenvolvido pelos países da *Common Law*, e que será analisado, na medida deste trabalho, juntamente com as razões da doutrina nacional para considerar a responsabilidade civil pelo ilícito lucrativo.

³⁷⁸ RODRIGUES JUNIOR, 2013, p. 121.

³⁷⁹ Noronha ensina que a codificação apenas apresentava dispositivos que podem ser considerados aplicações fracionárias de um princípio de vedação ao enriquecimento sem causa. O CC/1916 reconhecia nos artigos 157 e

Clóvis Beviláqua – autor do anteprojeto da codificação – negava a necessidade de positivar uma cláusula geral de vedação ao enriquecimento sem causa no Brasil, justificando inexistir um princípio de unidade que organizasse, em um todo homogêneo, os diferentes casos de enriquecimento que as necessidades da vida apresentam. Nas palavras do autor, “não se pode, numa fórmula geral, compreender todos os casos de enriquecimento antijurídico”³⁸⁰.

Ao analisar as raízes das *condictiones* romanas, ainda, Beviláqua considerou que, embora todas elas possuíssem um certo elo comum, traduzido na inexistência de um título justo ou de uma razão jurídica servindo de base para aquisição, cada uma das formas oferecia uma solução adequada a um determinado tipo de caso no Direito Romano, não havendo uma subordinação ou um princípio unificador de todas as *condictiones*. Além disso, o recurso seria subsidiário no seu entendimento, como se infere na seguinte passagem: “O recurso ao enriquecimento [sem causa] é meramente subsidiário. Se a coisa pode ser reivindicada pela ação correspondente ao domínio, se pode ser reclamada por ineficácia do contrato ou porque, ainda, se possa a parte arrepender, não há que lançar mão do enriquecimento ilícito”³⁸¹.

Por essas razões, Beviláqua consagrou apenas casos específicos no anteprojeto do CC de 1916, sendo os demais, no seu entendimento, capazes de serem resolvidos, ao servirem de guia ao operador do Direito, a partir do direito e da equidade, restabelecendo o equilíbrio dos interesses e dando satisfação aos diversos reclamos. Não sendo, portanto, necessária a criação de uma figura, abstrata e genérica, como causa geradora de obrigação³⁸².

Reforçando o posicionamento de Beviláqua, Jorge Americano discorria:

Esparso o conceito do locupletamento por todo o systema legal, não vemos necessidade de uma theoria autônoma, nem mesmo a possibilidade de corporificar um instituto do locupletamento, com regras peculiares capazes de abranger todos os casos, emancipado a estes das normas dos respectivos institutos. A condenação do locupletamento injustificado é um dos grandes princípios informativos, tanto mais extensamente invocados quanto mais retardada for a etapa jurídica³⁸³.

936 as regras da não validade de pagamentos efetuados a incapazes, salvo se quem paga provar que a importância reverteu em proveito de quem recebeu. Os artigos 510 a 519 regulavam os frutos, benfeitorias e deteriorações. Os artigos 536 a 549 tratavam sobre a aquisição por acessão (NORONHA, 1991, p. 52-55). Entre outras disposições, o Código também tratou de matérias próximas às raízes do enriquecimento sem causa, como a gestão de negócios (arts. 1331 a 1345) e o pagamento indevido (arts. 964 a 971).

³⁸⁰ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das Obrigações*. Ed. Hist. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977, p. 115.

³⁸¹ BEVILÁQUA, 1977, p. 116.

³⁸² BEVILÁQUA, Clóvis, 1977, p. 115 e 118. Apesar na divergência doutrinária a respeito das influências de Beviláqua para a construção legislativa, muitos doutrinadores afirmam existir uma grande inspiração francesa para a ausência de uma cláusula geral de enriquecimento sem causa no Código Civil de 1916. Todavia, a omissão tem sua justificativa, unicamente, na impossibilidade de sistematizar o instituto. Nos ensaios de Beviláqua, inclusive, é possível verificar que o autor, ao analisar qual dos sistemas satisfaz melhor os fins de uma classificação das matérias, afastou desde logo o modelo francês, pois, baseava-se em uma teoria equivocada, os chamados quase-contratos. Sem falar que o autor igualmente refutava a tese da causa dos contratos (BEVILÁQUA, 1977, p. 114).

³⁸³ AMERICANO, Jorge. *Ensaio sobre o enriquecimento sem causa*. Dos institutos de direito em que se manifesta a condenação do locupletamento injustificado. São Paulo: Livraria Acadêmica, 1933, p. 117.

Como corolário lógico, as noções fundamentais do enriquecimento sem causa só chamaram a atenção da doutrina brasileira anos após a vigência da codificação e, mesmo assim, grande parte dos doutrinadores se revelou tímida no estudo do instituto³⁸⁴.

A verdade é que, assim como ocorreu nos países europeus, pouco a pouco, casos envolvendo o enriquecimento à custa alheia não positivados na codificação chegaram aos tribunais nacionais, e a doutrina e os tribunais se voltaram às noções de justiça e equidade e aos velhos brocados do Direito Romano para justificar a existência de um princípio geral de vedação ao enriquecimento sem causa no ordenamento jurídico brasileiro³⁸⁵.

Crítico à ausência legislativa, Agostinho Alvim entendia ser “inquestionável que a condenação do enriquecimento injustificado é princípio geral de Direito, porque, com maior ou menor extensão, ela tem sido recomendada por todos os sistemas, no tempo e no espaço”, e complementava que “no silêncio da lei não podemos favorecer o enriquecimento sem justificativa, e isso por uma série de motivos, com base no nosso sistema e nos princípios cardiais do direito universal, que vêm orientando [...] as legislações dos povos cultos”³⁸⁶.

No mesmo sentido, Orlando Gomes defendia que a lacuna legislativa não poderia ser interpretada no sentido de excluir definitivamente a existência de um princípio segundo o qual se deve restituir a vantagem patrimonial obtida injustamente. Para o autor, a superioridade do Código Alemão residia justamente na compreensão de que todas as *condictiones* do Direito Romano podem ser resumidas à *condictio sine causa*, mas mesmo que o Código Civil nacional não tenha seguido tal orientação, não se pode relegar esta fonte de Obrigações³⁸⁷.

As primeiras decisões dos tribunais nacionais envolvendo o tema sustentaram o dever de restituir a partir da primeira máxima de Pompônio contida no Digesto Justiniano (50,17, 206): “*jure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletioem*”, e consagravam o enriquecimento sem causa como princípio implícito ao sistema normativo, mas sem uniformizar critérios sólidos de sua aplicação³⁸⁸.

³⁸⁴ Agostinho Alvim narra que a ausência do texto legal, para alguns, motivou a negação da possibilidade de um direito restitutivo e, para outros, o simples fato do legislador não reconhecer o instituto, fechou a porta ao enriquecimento sem causa (ALVIM, Agostinho. Do enriquecimento sem causa. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 259, p. 3-36, mai., 1957, p. 12). No mesmo sentido, Nanni pontua “o instituto permaneceu relegado pela maior parte da doutrina, recebendo, em regra, pequenas menções do nos estudos jurídicos” (NANNI, 2004, p. 93).

³⁸⁵ Sobre a impossibilidade de um tratamento principiológico do instituto na contemporaneidade, ler: JIUKOSKI DA SILVA, Sabrina; ROSA, Alexandre Morais da. Da (im)possibilidade de um tratamento principiológico do enriquecimento sem causa no Brasil. *Revista Thesis Juris*, São Paulo, v. 9, n. 2, p. 258-280, jul./dez., 2020.

³⁸⁶ ALVIM, 1957, p. 14 e 18.

³⁸⁷ GOMES, 1968, p. 298. Em sentido semelhante, Pedro Paes defendia que a doutrina da codificação brasileira deveria ter seguido à orientação legislativa mais atualizada dos idos de 1900 e, portanto, poderia ter regulado o princípio do enriquecimento sem causa, como norma codificada, à semelhança da legislação germânica (§ 812) (PAES, Pedro. *Introdução ao estudo do enriquecimento sem causa*. São Paulo: [s.n], 1975, p. 212-213).

³⁸⁸ PAES, 1975, p. 164.

Consequentemente, o enriquecimento sem causa se tornou um recurso de atribuição bastante alargada e imprecisa na jurisprudência nacional³⁸⁹, o que levou a civilística nacional, em meados do século passado, ainda que defendendo a existência de um princípio geral do Direito, a forjar regras impeditivas de enriquecimento sem causa a partir do estudo de outras realidades jurídicas, em especial as diretrizes francesas e germânicas, identificando os elementos indispensáveis para a caracterização do dever de restituir e defendendo a positivação de uma cláusula geral na legislação civil, enquanto figura geradora de obrigações.

Nas palavras de José Geraldo do Valle Ferreira:

[...] o princípio que fulmina o enriquecimento sem causa foi elaborado pela jurisprudência e entrou na vida jurídica e dela se impregnou, já é tempo de admitirmos uma construção dogmática, de linhas nítidas e em termos jurídicos. Transformaríamos, assim, a ação de enriquecimento sem causa – de simples corretivo do direito escrito em realidade vida, em instituto autônomo, para que pudesse operar sob determinadas condições e em círculo definido, de modo a remover, na prática, o perigo das decisões de arbítrio³⁹⁰.

Nesse contexto e apoiado na construção germânica do enriquecimento sem causa, Valle Ferreira buscou nas fontes romanas o alicerce do instituto, concluindo que “a *condictio* foi verdadeira ação de enriquecimento”³⁹¹, e elencou como requisitos indispensáveis para configuração do instituto: (i) atribuição patrimonial válida; (ii) enriquecimento patrimonial de um sujeito; (iii) empobrecimento de outro; (iii) correlação entre o enriquecimento e o empobrecimento; e, finalmente, (iv) ausência de causa jurídica desta atribuição patrimonial³⁹².

Esses requisitos – com exceção da atribuição patrimonial válida – também foram defendidos pela maior parte da civilística que se dedicou ao estudo do enriquecimento sem causa à época, a exemplo de Agostinho Alvim (1957), Pontes de Miranda (1959), Orozimbo Nonato (1960), Orlando Gomes (1968) e Pedro Paes (1975), ainda que sem perfeita uniformidade de opiniões sobre seus desdobramentos dogmáticos³⁹³, e passaram a ser consagrados como indispensáveis para a configuração do enriquecimento sem causa.

³⁸⁹ Teresa Negreiros enfatiza que “parte desta falta de uniformidade traduz-se na própria conceituação do enriquecimento sem causa como princípio geral de direito. Com efeito, hoje, a doutrina predominante sinaliza no sentido de reconhecer no direito positivo brasileiro manifestações concretas do acolhimento da teoria do enriquecimento sem causa que justificaria a sua qualificação como um princípio do ordenamento” (NEGREIROS, Teresa. Enriquecimento sem causa: aspectos de sua aplicação no Brasil como um princípio geral de direito. *Revista da Ordem dos Advogados*. Ano 55. Ordem dos Advogados Portugueses, p. 757-845, 2002, p. 759).

³⁹⁰ VALLE FERREIRA, 1949, p. 55.

³⁹¹ VALLE FERREIRA, 1949, p. 67.

³⁹² VALLE FERREIRA, 1949, p. 126.

³⁹³ Alvim ensina que “alguns autores são mais sintéticos, por entenderem que estes ou aqueles requisitos não merecem destaque, visto já se acharem compreendidos em outra categoria. O requisito relativo ao caráter subsidiário da ação é bastante discutido. Ocorre, ainda, que algum requisito merece contemplado por dizer respeito à quase totalidade dos casos; mas não se poderia considerar como essencial, ou elementar, visto dele se poder

Não demorou muito e a jurisprudência nacional passou a cristalizar tais elementos como indispensáveis para a configuração da ação de enriquecimento sem causa³⁹⁴ e, mais do que isso, ainda na vigência do CC de 1916, o Superior Tribunal de Justiça, por meio do voto da lavra do ministro Waldemar Zveiter no Recurso Especial. n. 11025/SP, em 29 de janeiro de 1991, reconheceu a autonomia do instituto como fonte de Obrigações, sob o fundamento de que: “o simples deslocamento de parcela patrimonial de um acervo que se empobrece para outro que se enriquece é o bastante para criar efeitos obrigacionais”³⁹⁵.

A par dessas considerações, doutrina e jurisprudência passaram a reconhecer o enriquecimento sem causa como uma figura institucional de caráter concreto e a positivação de uma regra geral contemplando a proibição do enriquecimento sem causa ingressou definitivamente na pauta de reforma da legislação civil brasileira.

Agostinho Alvim – responsável pela elaboração do título que contemplava o Direito Obrigacional – além de consagrar uma cláusula geral, dedicou um capítulo da nova codificação ao enriquecimento sem causa, regrando-o em três artigos (884, 885 e 886), todos inseridos atualmente no Capítulo IV, denominado “Do Enriquecimento Sem Causa”, no Título VII (Dos Atos Unilaterais), do Livro I (Do Direito das Obrigações), da Parte Especial³⁹⁶:

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.

Parágrafo único. Se o enriquecimento tiver por objeto coisa determinada, quem a recebeu é obrigado a restituí-la, e, se a coisa não mais subsistir, a restituição se fará pelo valor do bem na época em que foi exigido.

Art. 885. A restituição é devida, não só quando não tenha havido causa que justifique o enriquecimento, mas também se esta deixou de existir.

Art. 886. Não caberá a restituição por enriquecimento, se a lei conferir ao lesado outros meios para se ressarcir do prejuízo sofrido³⁹⁷.

Como corolário lógico, com a promulgação do novo Código Civil, por meio da lei nº 10.406 de 10 janeiro de 2002, consolidou-se a autonomia do instituto do enriquecimento sem

prescindindo em algumas hipóteses especiais.” (ALVIM, 1957, p. 18). Essa afirmativa também está em: NEGREIROS, 2002, p. 793.

³⁹⁴ PAES, 1975, p. 167.

³⁹⁵ BRASIL, STJ. Terceira Turma. *REsp. 11025/SP*, Rel. Min. Waldemar Zveiter. Brasília, 29 janeiro de 1991.

³⁹⁶ Como lembra Carlos Nelson Konder, não só o anteprojeto de 1975, mas também os anteriores (1941 e 1965) trouxeram o instituto em seu bojo (KONDER, Carlos Nelson. *Enriquecimento sem causa e pagamento indevido*. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Obrigações: Estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 369-398, 2005, p. 381).

³⁹⁷ O Código manteve a regulação anterior no que tange ao pagamento indevido e a gestão de negócios. Ainda, as situações específicas de enriquecimento sem causa como, por exemplo, os frutos e as despesas do possuidor, de boa ou má-fé (art. 1214 e ss. do Código Civil de 2002).

causa no ordenamento jurídico brasileiro, o que, nas palavras de Nanni, foi uma “conquista daqueles que sempre o defenderam como um instituto autônomo no direito obrigacional”³⁹⁸.

De modo a compreender a estruturação do enriquecimento sem causa no direito brasileiro, passa-se então a analisar os requisitos clássicos que o compõem.

2.5.2 A estrutura do enriquecimento sem causa na sistemática brasileira

Da leitura da cláusula geral de vedação ao enriquecimento sem causa (art. 884 do CC/2002), depreende-se que o legislador nacional aderiu a uma redação muito próxima das cláusulas de vedação ao enriquecimento sem causa portuguesa e alemã, com um campo de incidência amplo, cujos requisitos elementares do instituto ficam objetivamente elencados: a) enriquecimento de um sujeito; que ocorreu b) às custas de outrem; e c) sem justa causa. Da mesma forma que o legislador nacional consagrou a subsidiariedade do instituto no artigo 886 do Código Civil de 2002, herança da tradição francesa presente em terras brasileiras.

Portanto, analisar-se-á primeiro os requisitos do enriquecimento sem causa e, na sequência, a consagração do princípio da subsidiariedade no Brasil.

2.5.2.1 Os pressupostos “enriquecimento”, “à custa de outrem” e “sem justa causa”

O primeiro requisito do enriquecimento sem causa – o enriquecimento – não trouxe maiores divergências na civilística nacional, ao menos enquanto critério patrimonial³⁹⁹. Desde os primeiros escritos, a doutrina entendeu o enriquecimento de forma ampla e indeterminada, como “qualquer incremento ou melhora da situação patrimonial de uma pessoa”⁴⁰⁰.

³⁹⁸ NANNI, 2004, p. 97. Cláudio Michelin Júnior salienta que a consagração da cláusula geral de vedação ao enriquecimento sem causa trata de um passo importante no processo evolutivo nacional: “A uma, porque a inserção de uma cláusula geral para a regulamentação do enriquecimento sem causa é parte da tendência progressivamente mais acentuada de utilizar a técnica legislativa das cláusulas gerais. [...] De outra parte, porque a cláusula geral de enriquecimento sem causa contida no art. 884 foi fruto de uma crescente pressão doutrinária pelo reconhecimento do enriquecimento sem causa como um princípio do direito brasileiro[...]”. (MICHELON JÚNIOR., Cláudio. *Direito restitutivo: enriquecimento sem causa, pagamento indevido, gestão de negócios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 35).

³⁹⁹ A divergência circundava a noção de enriquecimento moral. Nanni pontua que se discute se o acréscimo pode ser meramente moral, caracterizando-se um “enriquecimento moral” como defendido em França. Em apertada síntese, o enriquecimento moral seria alheio a noção de patrimonialidade e ocorreria, por exemplo, quando alguém se aproveitasse das lições particulares que aumentem a “bagagem” de conhecimento intelectual. No entanto, tal enriquecimento não deixaria de ser economicamente apreciável (em dinheiro). Nas palavras do autor: “Não se deve apenas tutelar situações patrimoniais, mas é preciso buscar uma proteção qualitativamente diversa, com respeito ao livre e digno desenvolvimento da pessoa” e ainda “negar que alguém possa tirar proveito da ordem moral em prejuízo de outrem sem que haja qualquer amparo na ordem jurídica é, em termos atuais negar a própria existência de inúmeras regras de direito protetivas destes direitos [...]” (NANNI, 2004, p. 231 e 236).

⁴⁰⁰ NEGREIROS, 2002, p. 793.

Agostinho Alvim ensina que o enriquecimento deve sempre ser tomado em sentido amplo, compreendendo “qualquer aumento do patrimônio, ou diminuição evitada, e até vantagens não patrimoniais, desde que estimáveis em dinheiro”⁴⁰¹.

Em sentido semelhante, preleciona Valle Ferreira:

Semelhante transferência sem causa pode determinar enriquecimento positivo e enriquecimento negativo.

Há enriquecimento positivo nos seguintes casos: a) pela aquisição de uma coisa corpórea ou de um direito, compreendendo a entrada de coisas no patrimônio, na valorização das existentes e nas aquisições de direitos reais e pessoais; b) pela diminuição do passivo, em consequência do pagamento ou da remissão de uma dívida. O enriquecimento negativo compreende as hipóteses em que foi evitada diminuição do patrimônio, isto é, sempre que, por fato de outra pessoa, o enriquecido deixou de despendar. As questões mais frequentes de enriquecimento negativo, decididas pela jurisprudência, são as que se referem às prestações de serviços e ao consumo de coisas pertencentes a outrem⁴⁰².

Segundo Pontes de Miranda, ainda, o enriquecimento é a obtenção de algo, um acréscimo no patrimônio do sujeito passivo da relação jurídica restitutória, descontando-se, em análise ao caso concreto, eventuais despesas em que o enriquecido tenha incorrido em razão do acréscimo patrimonial. São exemplos de enriquecimento a aquisição de direito, a obtenção da posse, a obtenção da possibilidade de disposição do bem, o evitar ou o poder evitar despesas indispensáveis, a economia de trabalho próprio e, ainda, o uso ou consumo de coisas alheias⁴⁰³.

Também considerando o enriquecimento de forma ampla estão autores como Orozimbo Nonato, Orlando Gomes, Pedro Paes, Teresa Negreiros, Giovanni Nanni, Carlos Nelson Konder, Cláudio Michelin Júnior e Fernando Noronha, para quem há enriquecimento por acréscimo ou ganho efetivo do patrimônio, assim como por poupança de dispêndios⁴⁰⁴.

O segundo requisito do instituto – empobrecimento – trouxe, contudo, grandes divergências doutrinárias, tanto que a própria legislação preferiu a locação “às custas de outrem” em detrimento ao termo “empobrecimento”, ainda que comumente utilizado pela doutrina que se dedicou ao enriquecimento sem causa em meados do século passado.

Pedro Paes ensina que, na esteira do entendimento tradicional, não havia como falar em enriquecimento de um sujeito, sem o correspondente empobrecimento de outro. Isto é,

⁴⁰¹ ALVIM, 1957, p. 19.

⁴⁰² VALLE FERREIRA, 1949, p. 135.

⁴⁰³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Parte Especial. Tomo XXVI. 2 ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959, p. 164-165.

⁴⁰⁴ PAES, 1975, p. 99; GOMES, 1968, p. 299; NONATO, Orozimbo. *Curso de obrigações*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 105 e ss.; NORONHA, 1991, p. 59; NEGREIROS, 2002, p. 793; NANNI, 2004, p. 224 e ss.; KONDER, 2005, p. 384-385; MICHELON JÚNIOR, 2007, p. 186 e ss.; Entre os doutrinadores mais novos, estão HILDEBRAND, Lucas Fajardo Nunes. *Pressupostos da obrigação de restituir o enriquecimento sem causa no Código Civil brasileiro*. Dissertação Mestrado. São Paulo: USP, 2010, p. 40 e ss; GUIA SILVA, 2018; e MORAES, 2021, p. 197 e ss.

necessitava-se de um desfalque de bens sem causa, em correlação com o aumento de outro patrimônio, beneficiando injustificadamente o agente enriquecido⁴⁰⁵. Assim, no caso da indevida utilização da casa alheia, segundo tal posição, mesmo que o agente tenha enriquecido, poupando os aluguéis do imóvel, não se caracterizaria o dever de restituir, pois não houve um verdadeiro empobrecimento do proprietário, inexistindo uma transferência de patrimônio.

Esse entendimento foi sendo superado, pouco a pouco, pela doutrina brasileira ainda na vigência do Código de 1916, mesmo que os manuais e artigos científicos continuassem citando o “empobrecimento” como pressuposto do enriquecimento sem causa.

Pedro Paes, por exemplo, elencava o empobrecimento como requisito do instituto, porém defendia que “[...] não se faz mister que o bem enriquecedor parta do patrimônio empobrecido. Pode derivar direta ou indiretamente dele. E mais ainda, não precisa nem ter integrado o conjunto de bens. Em relação a este, vasta a conjectura, o vislumbre da mera expectativa de integração patrimonial”⁴⁰⁶. Trata-se da melhor orientação para o autor, tanto que a primeira versão da cláusula geral do Código Civil alemão foi modificada, para que outras situações, onde não há diretamente perda de bens, mas sim valores, pudessem ser abrangidas⁴⁰⁷.

Agostinho Alvim pontuava que o empobrecimento é requisito exigido pela doutrina do enriquecimento sem causa, afirmando que alguns doutrinadores defendiam que o requisito seja entendido como uma deslocação patrimonial, ou seja, uma transferência de um valor econômico de um patrimônio para outro. Todavia, discorre que como o conceito de enriquecimento é muito vasto, também é extenso o de empobrecimento⁴⁰⁸.

Segundo o autor, não é necessário que o patrimônio do empobrecido registre propriamente uma baixa de valor, como se infere:

A questão do empobrecimento por vezes não se mostra muito nítida. Mais ainda: é ideia corrente na doutrina a de que não é indispensável que o patrimônio do que reclama registre uma baixa. O primeiro projeto do Código Civil alemão falava no enriquecimento “que resulta do patrimônio de outrem”, enquanto o Código, como já se viu, deu preferência à expressão “à custa de outrem”, expressão esta que permite não se considerar essencial o desequilíbrio entre dois patrimônios. Também haverá enriquecimento sem empobrecimento, quando alguém, trabalhando para si, beneficie a outrem⁴⁰⁹.

Fernando Noronha dispõe, ainda, que o empobrecimento não deve estar correlacionado somente a um resultado negativo no patrimônio. Deve-se, antes, compreender o

⁴⁰⁵ PAES, 1975, p. 108.

⁴⁰⁶ PAES, 1975, p. 111.

⁴⁰⁷ PAES, 1975, p. 110.

⁴⁰⁸ ALVIM, 1957, p. 20-21.

⁴⁰⁹ ALVIM, 1957, p. 22.

requisito como enriquecimento às custas de outrem, como “todo o enriquecimento conseguido com bens jurídicos de outra pessoa, mesmo que esta não sofra qualquer empobrecimento”⁴¹⁰.

A interpretação dada pelo autor tem como essência a literatura portuguesa, mais especificamente os ensinamentos de Leite de Campos, que discorre:

[...] o direito de propriedade, os direitos de personalidade reservam para o seu titular toda a utilidade retirável dos bens que têm por objeto” e complementa “a obrigação de restituir o enriquecimento é uma continuação da atuação jurídica do direito, tendo por objeto o resultado da utilização ou emprego de bens jurídicos alheios. O instituto do enriquecimento sem causa visa a defender a riqueza, entendida, esta, não de modo estático, como conjunto de direitos patrimoniais, mas dinamicamente, de modo a compreender o resultado útil das atividades produtivas⁴¹¹.

No entender de Noronha, tanto pode existir um enriquecimento a partir de uma transferência patrimonial propriamente dita – sendo que uma das partes sofre um verdadeiro empobrecimento, na medida em que o seu patrimônio fica diminuído com a saída do bem – quanto um enriquecimento a partir da exploração de coisas, trabalho e outros direitos alheios, tendo uma das partes se apropriado de um valor que não estava no patrimônio do prejudicado, mas cuja realização a ele estava reservada⁴¹². Trata-se da teoria do conteúdo da destinação, que, na visão do autor, é o fundamento do instituto, pois o sistema jurídico, “ao atribuir às pessoas os direitos absolutos, oponíveis *erga omnes*, como são os direitos da responsabilidade (ao nome, imagem, corpo, liberdade, trabalho, etc.) e os direitos reais (em especial a propriedade), está reservando a elas, e só a elas, o proveito econômico dos bens”⁴¹³.

Na síntese de Teresa Negreiros, “poder-se-ia concluir que a expressão à custa de outrem, ao invés de pressupor o empobrecimento do legitimado à restituição, significa tão-somente que o enriquecimento foi obtido à custa de bens jurídicos alheios”⁴¹⁴.

Após a entrada em vigor do Código Civil de 2002, ainda, com o objetivo de debater sobre as novas disposições legislativas, os doutrinadores civilistas nacionais se reuniram na I Jornada de Direito Civil, realizada pelo Conselho da Justiça Federal em 2002. Na ocasião, no

⁴¹⁰ NORONHA, 1991, p. 65.

⁴¹¹ NORONHA, 1991, p. 65-66.

⁴¹² NORONHA, 1991, p. 60 e 66.

⁴¹³ NORONHA, 1991, p. 57.

⁴¹⁴ NEGREIROS, 2002, p. 799. Sob tal perspectiva, consequentemente, inexistente razão para defender o nexo de causalidade como requisito do enriquecimento sem causa, mormente porque o requisito sempre foi entendido – diferentemente da complexidade que envolve o requisito na teoria da responsabilidade civil – como a necessidade de correlação entre o empobrecimento e o enriquecimento. Nas palavras de Alvim, “o indispensável é que exista uma interdependência. Se o enriquecimento de alguém não se relacionar com o empobrecimento de outra pessoa, nem com fato seu, nem com alguma circunstância que de qualquer modo lhe diga respeito, ainda que negativa, o requisito do nexo terá falhado” (ALVIM, 1957, p. 23). Por essa razão, inclusive, a doutrina contemporânea sequer fala do requisito nexo de causalidade para configuração do enriquecimento sem causa.

âmbito do instituto do enriquecimento sem causa, restou aprovado o enunciado nº 35 com a seguinte redação: “A expressão ‘se enriquecer à custa de outrem’ do art. 884 do novo Código Civil não significa, necessariamente, que deverá haver empobrecimento”⁴¹⁵.

Seguindo esse raciocínio, os doutrinadores que se dedicaram ao estudo do instituto do enriquecimento sem causa se posicionam, unanimemente, no sentido de que a locução à custa de outrem condita na norma não significa o empobrecimento propriamente dito, abarcando também as situações de exploração de bens ou direitos alheios.

É nesse sentido o posicionamento de Nanni, segundo o qual, na acepção do direito brasileiro, o empobrecimento não mais predomina na forma clássica, como concebido no direito francês. O Código não o situa como um requisito específico para a configuração da obrigação de enriquecimento sem causa, devendo o termo à custa de outrem, tal qual consta no *caput* do artigo 884, ser interpretado como à obtenção de uma vantagem a partir de outro patrimônio⁴¹⁶.

Na mesma linha, Maria Cândida Kroetz afirma que, no direito brasileiro, não é necessário, para a configuração da obrigação de enriquecimento sem causa, que haja propriamente a saída de um valor do patrimônio do dono da coisa para entrar naquele do enriquecido. O uso ou a fruição de coisa alheia são exemplos típicos de situações em que não há prejuízo correspondente à vantagem obtida por um dos sujeitos⁴¹⁷.

Michelon Júnior assevera que a redação do artigo 884 do CC/2002 se aproxima à cláusula geral constante no § 812 do BGB e não, por exemplo, no artigo 2041 do Código Civil italiano, que correlaciona os pressupostos do enriquecimento e do empobrecimento, regra também utilizada no sistema francês. A expressão à custa de outrem é significativamente mais abrangente, por isso abarca dois casos em que o enriquecimento ocorre à custa de outrem: a hipótese de efetiva diminuição patrimonial e a hipótese alemã do enriquecimento por intervenção (*Eingriffskondiktion*). Desta forma, para o autor, não há sentido em se preferir o termo mais restrito (empobrecimento) ao abrangente (à custa de outrem)⁴¹⁸.

Evidentemente, a expressão “enriquecer à custa de outrem” passou a ser entendida, desde os primeiros anos de vigência do CC/2002, como uma vantagem, que pode ser traduzida patrimonialmente e obtida com base na esfera de direitos pertencentes a outrem, podendo

⁴¹⁵ BRASIL. Conselho da Justiça Federal. *I Jornada de Direito Civil*, dias 12 e 13 de setembro de 2002. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/Jornada%20de%20Direito%20Civil%201.pdf/view>. Acesso em: 27 nov. de 2022.

⁴¹⁶ NANNI, 2004, p. 245-250.

⁴¹⁷ KROETZ, 2005, p. 96-97. No mesmo sentido: KONDER, 2005, p. 385; e HILDEBRAND, 2010, p. 133 e ss. Nas palavras de Konder: “O termo empobrecimento é rejeitado porque remete imediatamente à sua concepção patrimonial. Ele conduz à ideia de uma diminuição patrimonial, de uma comparação entre um patrimônio superior antes e um patrimônio diminuído depois. E isto, muitas vezes, não ocorre [...]” (KONDER, 2005, p. 385).

⁴¹⁸ MICHELON JÚNIOR, 2007, p. 197-199.

ocorrer tanto uma efetiva diminuição patrimonial – através de um deslocamento de bens entre patrimônios –, quanto um acréscimo derivado do patrimônio alheio⁴¹⁹.

Da mesma forma, a jurisprudência nacional vem seguindo as orientações doutrinárias ao considerar que não há a necessidade de comprovar o empobrecimento propriamente dito para se recorrer à tutela do enriquecimento sem causa, bastando que o enriquecimento ocorra à custa de um direito alheio, como se infere da passagem:

Inversamente ao enriquecimento, tem-se o empobrecimento, consistente na diminuição do patrimônio ou no impedimento de seu aumento, de maneira simétrica ao enriquecimento. Esse pressuposto, ao contrário do primeiro destacado, pode vir a faltar, sem que seja descaracterizado o instituto, como nos casos, lembrado pelo autor citado acima, de serviços prestados. A dispensabilidade do empobrecimento é confirmada, inclusive, pelo art. 884 do CC, de onde se verifica que o enriquecimento suscetível de restituição é aquele operado à custa de outrem, sem qualquer referência ao empobrecimento⁴²⁰.

O último requisito apontado – a ausência de justa causa – é considerado pela civilística o conceito mais indeterminado no âmbito do enriquecimento sem causa⁴²¹, mormente porque o termo “causa” é um conceito jurídico polissêmico, como ensina Carlos Nelson Konder:

No sistema francês, trata-se da causa da obrigação, ligada à contraprestação ou *animus donandi*, e nesse sentido vem carregada de subjetividade, razão pela qual costuma ser aproximada do motivo determinante para a celebração do negócio. Já no sistema italiano, a causa traz uma acepção objetiva, como causa do contrato, que significa a sua função econômica-social ou síntese dos seus efeitos essenciais, e tem um papel determinante na configuração do equilíbrio econômico e na qualificação do negócio. Já no sistema alemão, em que a causa não figura como requisito de validade do negócio jurídico, encontram-se referências à causa de atribuição patrimonial, ou à causa-fato jurídico (*causa efficiens*) em que a causa se equipara ao fato jurídico que dá origem à obrigação⁴²².

⁴¹⁹ Sérgio Savi – ao escrever sobre o lucro da intervenção em 2012 – trouxe a discussão de que o enriquecimento seja obtido ‘à custa de outrem’, segundo o qual “a doutrina tradicional faz referência à necessidade de um equivalente empobrecimento do titular do direito, entendido como um ‘deslocamento patrimonial’ de alguém que estava em seu patrimônio e passou para o patrimônio do enriquecido”, e assim o autor sugere que a expressão deve ser entendida como “a imputação que justifica que alguém tenha que restituir o enriquecimento que se gerou no seu patrimônio e não um empobrecimento concomitante em relação ao enriquecimento” (SAVI, 2012, p. 60-61). No entanto, como se vê, a melhor doutrina sempre defendeu esse posicionamento.

⁴²⁰ Trecho extraído dos fundamentos do voto do Ministro Luís Felipe Salomão, proferido na decisão do REsp 1497769/RN, julgado em 05.05.2016. Além disso, a configuração do dever de restituir na jurisprudência requer a conjugação de quatro elementos: a) o enriquecimento de uma parte; b) o empobrecimento da outra parte; c) o nexo de causalidade entre um e outro; d) a ausência de justa causa. (BRASIL, STJ. Segunda Turma. REsp 1165987/SP, Rel. Min. Castro Meira. Brasília, 23 fevereiro de 2010; BRASIL, STJ. Terceira Turma. REsp 1139893/SE, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, 09 de setembro de 2014; BRASIL, STJ. Quarta Turma. REsp 1497769/RN, Rel. Ministro Luís Felipe Salomão. Brasília, 05 de maio de 2016).

⁴²¹ Nas palavras de Alvim, “este é o requisito que demanda maiores considerações e acerca do qual já se disse ter sido mal estudado por juristas, assim antigos como modernos” (ALVIM, 1957, p. 23).

⁴²² KONDER, 2005, p. 389. Não é objetivo desta pesquisa analisar a causa dos contratos e, assim, limitar-se-á a termo causa ao que interessa ao enriquecimento sem causa. Para maiores considerações sobre a teoria da causa, ler: BODIN DE MORAES, Maria Celina. A causa do contrato. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 2, n. 4, out.-dez./2013; e JUNQUEIRA AZEVEDO, Antônio. *Negócio Jurídico e Declaração Negocial*. Tese de titularidade apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1986.

O conceito de ausência de justa causa para o enriquecimento sem causa no ordenamento jurídico brasileiro estaria, portanto, vinculado à noção de “causa” como atribuição patrimonial evidenciada na realidade jurídica alemã, distanciando da causa como elemento integrante do negócio jurídico como ocorre em França⁴²³.

A esse respeito, Orlando Gomes ensina que:

Indispensável, afinal, que o *enriquecimento* se dê sem uma causa que o justifique, quer porque falte, quer porque seja reprovada pelo Direito. Este último requisito não é de caracterização fácil, em virtude da confusa sinonímia da palavra *causa*. Não possui, no particular, o significado que se lhe empresta quando referida como um dos requisitos dos contratos. Tem sentido próprio, mais restrito, que melhor se define acrescentando-lhe a qualificação própria, como fazem os alemães. Trata-se, com efeito, de *causa de atribuição patrimonial*. Para se saber se houve enriquecimento sem causa, indagará o intérprete se a vantagem patrimonial obtida é atribuída por uma razão justa, por um título legítimo, por um motivo lícito. A própria expressão: *enriquecer à custa de outrem* dá a ideia do que se encerra na locução *sem causa*. Na doação, por exemplo, o donatário enriquece na medida em que o doador empobrece, mas esse enriquecimento é justo, tem causa legítima, merece a aprovação do Direito⁴²⁴.

Em sentido semelhante, Valle Ferreira defende que a ação de enriquecimento sem causa é concedida para corrigir os efeitos injustos de uma atribuição patrimonial. O empobrecido não pode discutir o fundamento jurídico da transmissão operada, mas sim questionar a injustiça do enriquecimento. Caracteriza-se a ausência de causa quando o enriquecimento não encontra justificação na lei ou na vontade do empobrecido⁴²⁵.

De acordo com a precisa síntese de Agostinho Alvim, “causa, portanto, é aquilo que pode explicar o enriquecimento; é a contrapartida. Se não há causa, ou se a causa não é justa, o enriquecimento está condenado” e ainda “a justa causa pode ter apoio em lei que autorize o enriquecimento; ou, num contrato, mais precisamente, num ato jurídico; ou ainda poderá justificar-se num fato originado da outra parte”⁴²⁶.

A doutrina nacional é adepta assim à aceção de inexistência de uma causa justificadora de atribuição patrimonial no âmbito do enriquecimento sem causa. Significa dizer que a ausência de justa causa será aferida nos termos daquilo que o ordenamento jurídico brasileiro considera causa justificadora de atribuição patrimonial⁴²⁷.

⁴²³ NANNI, 2004, p. 257.

⁴²⁴ GOMES, 1968, p. 299 (grifos do autor).

⁴²⁵ VALLE FERREIRA, 1949, p. 158-159. Em complementação, Moraes discorre que “o enriquecimento sem causa não possui âmbito de incidência a validade de atribuições patrimoniais decorrentes de negócios jurídicos, servindo, no máximo, para corrigir atribuições patrimoniais em momento posterior ao reconhecimento da nulidade do contrato, à luz do desaparecimento superveniente da justa causa” (MORAES, 2021, p. 233). Essa orientação está elencada no artigo 886 do Código Civil de 2002.

⁴²⁶ ALVIM, 1957, p. 25-26.

⁴²⁷ MICHELON JÚNIOR, 2007, p. 208.

São exemplos, assim, de causas justificativas de enriquecimento: a lei, o negócio jurídico e a decisão judicial⁴²⁸. Outra hipótese de justa causa comumente elencada na doutrina é o interesse pessoal do titular do direito. Ou seja, se o enriquecimento é mera consequência de um ato do próprio titular do direito (empobrecido), praticado no seu interesse pessoal, existirá justa causa do enriquecimento, não havendo o que se falar em enriquecimento sem causa legítima. É o que ocorre quando, por exemplo, um fazendeiro constrói um dique para represar águas e evitar enchentes, que acaba beneficiando as propriedades adjacentes. Mesmo que a obra implique um custo elevado para o fazendeiro, não cabe a este o direito de restituição, dado que a construção do dique se efetivou em seu legítimo e exclusivo interesse⁴²⁹.

Em conclusão, pode-se afirmar que o requisito ausência de justa causa para o instituto do enriquecimento sem causa na sistemática brasileira é usualmente associado pela civilística à ausência de um título jurídico idôneo a justificar o enriquecimento⁴³⁰.

2.5.2.2 *A subsidiariedade do instituto do enriquecimento sem causa*

Embora tenha ocorrido a consagração da subsidiariedade do instituto do enriquecimento sem causa no artigo 886 do Código Civil de 2002, a civilística nacional nunca foi pacífica quanto à necessidade de sua positivação no Brasil, mormente porque o requisito nasceu de uma construção jurisprudencial francesa, muito preocupada em restringir o instituto diante da ausência de requisitos sólidos para sua configuração nos primeiros anos em França.

Essencialmente a inquietude doutrinária, em defesa à subsidiariedade, era a necessidade de impedir a utilização do instituto do enriquecimento sem causa como um mecanismo para fraudar a lei na sistemática brasileira. A ação de enriquecimento sem causa deveria ser entendida, então, como um “recurso excepcional”, cujo exercício estaria condicionado à inexistência de outra solução jurídica prevista na normal nacional⁴³¹.

⁴²⁸ Nesse contexto, Noronha explica os dois primeiros: “pode-se dizer que este não poderá exigir a remoção do enriquecimento registrado no patrimônio do beneficiado, que terá título justificativo para retê-lo, em especial nas seguintes hipóteses: a) se o enriquecimento resulta de negócio jurídico, seja por contrato oneroso (exemplo: venda de um bem a preço inferior ao de mercado), seja até quando não haja qualquer contraprestação, por negócio ser gratuito [...]; b) se é a lei que reconhece ao beneficiado o direito de ficar com o valor patrimonial acrescentado ao seu patrimônio, como acontece na aquisição da propriedade por usucapião e na extinção de dívidas por prescrição [...]” (NORONHA, 1991, p. 69). Ademais, conforme o enunciado 188 da III Jornada de Direito Civil, “a existência de negócio jurídico válido e eficaz é, em regra, uma justa causa para o enriquecimento”. O último exemplo, a decisão judicial, está vinculado à própria noção coisa julgada, na medida em que o ordenamento jurídico brasileiro tutela a imutabilidade da decisão judicial. Se um determinado sujeito teve reconhecido por meio de uma decisão judicial um bem ou um direito, não há o que se falar em enriquecimento sem causa.

⁴²⁹ Exemplo extraído de NORONHA, 1991, p. 69; e NEGREIROS, 2004, p. 809.

⁴³⁰ KONDER, 2005, p. 390.

⁴³¹ NANNI, 2004, p. 268.

Na perspectiva de Agostinho Alvim, “quando a lei não cogita do caso, nem de um modo nem de outro, e a figura do enriquecimento se aperfeiçoa, então é que surge a ação de enriquecimento, por isso mesmo com caráter subsidiário”⁴³².

No mesmo sentido, Miguel Serpa Lopes defendia que “a ação de enriquecimento sem causa não pode, de um modo geral, ser franqueada a todos os casos concomitantemente com as ações próprias ao direito disputado. Deve evitar que um tão alto remédio se converta em panacéia. Mas o seu caráter subsidiário, longe de lhe diminuir o valor, [...] aumenta-o”⁴³³.

Orlando Gomes explica que:

A ação de enriquecimento cabe tôda vez que, havendo direito de pedir a restituição de bem obtido sem causa justificativa da aquisição, o prejudicado não dispõe de outra ação para exercê-lo. Tem, portanto, caráter subsidiário. Só se justifica nas hipóteses em que não haja outro meio para obter a reparação do direito lesado. A essa conclusão, aceita pela maioria dos escritores, chegou o legislador italiano, que declarou expressamente no art. 2042 do Código Civil, não ser proponível quando o prejudicado pode obter indenização do “dano” sofrido por meio que outra ação. Se não fôra assim, todas as ações seriam absorvidas pela *in rem verso*, convertido o princípio condenatório o enriquecimento sem causa numa panacéia⁴³⁴.

De acordo com os defensores do caráter subsidiário, assim, não se pode recorrer ao enriquecimento sem causa quando o prejudicado tiver, para satisfazer a sua pretensão, outra ação contra o enriquecido positivada na norma – uma ação fundada em um contrato ou outro negócio jurídico, uma ação fundada na responsabilidade civil, por exemplo –; quando o prejudicado dispor de ação em face de outra pessoa, que não o enriquecido; e, finalmente, nos casos de prescrição e decadência, na medida em que não se pode recorrer ao instituto quando o credor tinha um outro direito à sua disposição, mas o perdeu no tempo⁴³⁵.

Esses exemplos – ditos tradicionais e justificativos do caráter subsidiário – são criticados pela doutrina que evidenciou, antes mesmo da positivação da cláusula geral de vedação ao enriquecimento sem causa, a pouca utilidade do requisito no Brasil.

Noronha evidencia a própria confusão entre subsidiariedade e ausência de causa jurídica do enriquecimento, mormente porque “se, pelo contrário, definirmos a causa como o título, convencional ou legal, que justifica o enriquecimento a subsidiariedade ... sobre põe-se inutilmente (*fait double emploi*) à condição da ausência de causa”. Para o autor, a invocação

⁴³² ALVIM, 1957, p. 33. Em defesa a esse entendimento: Clóvis Beviláqua e Silvio Rodrigues.

⁴³³ SERPA LOPES, Miguel Maria de. Curso de Direito Civil: fontes a contratuais das obrigações – responsabilidade civil. 4 ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1995, p. 78.

⁴³⁴ GOMES, 1968, p. 300. Colocou-se entre aspas a palavra dano, embora não seja assim no original, porque a expressão deve ser entendida como enriquecimento e não propriamente como dano. Essa questão será trabalhada nesta tese, de forma reflexa, ao delimitar a teoria do duplo limite, utilizada para fins de cálculo do valor a ser restituído no âmbito do enriquecimento sem causa.

⁴³⁵ NORONHA, 1991, p. 71-72.

do caráter subsidiário só tinha fundamento ao tempo em que o enriquecimento sem causa era entendido como princípio de equidade. Atualmente, não se faz necessário e traz confusões práticas, como a impossibilidade de cumular as pretensões indenizatória e restituitória⁴³⁶.

Também defendendo a ausência do caráter subsidiário estavam Valle Ferreira e Pedro Paes. Valle Ferreira observava que requisito importante para instituto do enriquecimento sem causa é a atribuição patrimonial válida e não propriamente o caráter subsidiário⁴³⁷. Pedro Paes, por sua vez, defendia que a ação de enriquecimento sem causa não é a *última ratio*, um simples corretivo subsidiário das regras de Direito. Trata-se de uma ação de restituição do proveito indevidamente auferido, ao empobrecido que viu seu patrimônio desfalcado injustificadamente, porque nada fez para ter que suportar a diminuição de seu patrimônio⁴³⁸.

Nesse mesmo contexto, Maria Cândida Kroetz evidencia que a “subsidiariedade é um conceito inteiramente supérfluo” para o ordenamento jurídico brasileiro, na medida em que a disposição legal sequer encontra argumentos fáticos ou dogmáticos que possam sustentar sua aplicabilidade na contemporaneidade, como um dia ocorreu em França⁴³⁹.

Apesar das diversas e sólidas críticas doutrinárias, diante da opção legislativa, o caráter subsidiário do enriquecimento sem causa se firmou com o objetivo evitar que as regras específicas sejam fraudadas na sistemática brasileira. Sempre que houver um instituto jurídico a que se possa recorrer para satisfação concreta dos interesses – a exemplo das regras do possuidor ou do pagamento indevido – ou que já não se possa recorrer diante do decurso do tempo – a exemplo da prescrição –, a ação de enriquecimento sem causa não pode ser invocada, evitando-se uma desarmonia entre os institutos jurídicos⁴⁴⁰.

2.6 O ENQUADRAMENTO DOGMÁTICO DO LUCRO DA INTERVENÇÃO NO BRASIL

Todos os caminhos traçados levam à necessidade de redigir algumas linhas conclusivas sobre o enquadramento dogmático do lucro da intervenção no ordenamento jurídico brasileiro, o que se fará ao longo deste último subtítulo. Antes, porém, verificar-se-á a defesa da doutrina contemporânea sobre o enquadramento do lucro da intervenção.

⁴³⁶ NORONHA, 1991, p. 71-72. Essa questão será analisada nos próximos subtítulos.

⁴³⁷ VALLE FERREIRA, 1949, p. 127-129.

⁴³⁸ PAES, 1975, p. 241-246.

⁴³⁹ KROETZ, 2005, p. 109.

⁴⁴⁰ Moraes pontua que “[...] a função da subsidiariedade consiste em limitar o âmbito de incidência do enriquecimento sem causa, e lhe conferir equilíbrio e ponderação em relação às normas especiais, evitando que o instituto se torne uma amplíssima alternativa de contorno sobre as normas específicas” (MORAES, 2021, p. 288).

2.6.1 A manifestação da doutrina nacional

O despertar doutrinário sobre a possibilidade de restituir o lucro da intervenção no Brasil ocorreu através da tese de doutorado de Sérgio Savi em 2012⁴⁴¹. O autor identificou a existência de uma “lacuna” no sistema brasileiro e buscou enquadrar os lucros da intervenção entre os institutos da responsabilidade civil e do enriquecimento sem causa.

Savi considerou, inicialmente, que três situações podem ocorrer quando um sujeito intervém, sem autorização, em um direito alheio: (i) o agente pode intervir em direitos alheios auferindo lucros e causando danos ao titular destes direitos, porém estes lucros podem ser iguais ou inferiores aos danos causados; (ii) a intervenção pode gerar tanto um lucro quanto um dano, só que a vantagem patrimonial pode exceder o dano causado; ou, ainda, (iii) a intervenção pode não causar um dano ao titular do direito, apenas um lucro ao agente⁴⁴².

Nessa leitura, a lacuna brasileira estaria nos casos em que a intervenção não causar danos ao titular do direito ou, causando danos, os lucros excedam os danos, porque se os lucros do interventor são iguais ou inferiores aos danos causados ao titular do direito, os lucros seriam extraídos do patrimônio do enriquecido de forma indireta pelo instituto da responsabilidade civil, na medida em que toda a vantagem incorporada no patrimônio do agente interventor será transferida ao titular do direito por intermédio da indenização⁴⁴³. Logo, as preocupações sobre o lucro da intervenção só nasceriam, na perspectiva de Savi, nas duas últimas hipóteses.

Para resolver o problema do lucro da intervenção, assim, Savi desenvolveu três estratégias centrais. As duas primeiras estavam vinculadas à responsabilidade civil, ou seja, “admitir uma nova forma de cálculo da indenização, que leve em consideração os lucros obtidos

⁴⁴¹ A tese deu origem ao livro: SAVI, 2012.

⁴⁴² SAVI, 2012, p. 8.

⁴⁴³ SAVI, 2012, p. 16-17. O pensamento do autor segue as colocações do jurista português Pereira Coelho, ao considerar que “pode dizer-se que a *responsabilidade civil visa a remover o dano*; a *remoção do enriquecimento é indirecta e eventual*. O que provoca aqui uma reacção da lei é a perda ou diminuição verificada no património de A (lesado) e não o possível aumento ou vantagem advindo ao património de B (lesante). É aquele dano de A que a lei pretende remover, *transferindo-o* do património de A para o de B. E o que *justifica* tal transferência não é o eventual enriquecimento de B, senão a acção ilícita deste; por via de tal *acção ilícita* se estabelece a *ligação* ou *contacto* entre a perda de A e a esfera jurídica de B, e se legitima que seja este a suportar aquela perda. O possível enriquecimento do lesante é em princípio indiferente à lei. [...] E se, *eventualmente*, a acção de B o enriqueceu, a remoção desse enriquecimento é *indirecta* – resulta por tabela da remoção do dano. Obrigando a lei B a dar a A o que está a menos no património deste, nessa medida obriga a sair do património de B alguma coisa do que aí está *a mais*. Pelo contrário, *o enriquecimento sem causa visa a remover o enriquecimento*; a *remoção do dano é indirecta e eventual*. O que provoca aqui uma reacção da lei é a vantagem ou aumento injustificado do património de A (enriquecido) e não a possível perda ou diminuição verificada no património de B (empobrecido). [...] O dano do empobrecido é em princípio indiferente à lei. Pode ele mesmo não ter sofrido dano nenhum (se a acção do enriquecido apenas *criou*, mas não *destruiu* riqueza), como frequentes vezes acontece. E se, *eventualmente*, a acção de A prejudicou B, a remoção deste prejuízo é *indirecta* – resulta por tabela da remoção do enriquecimento. Obrigando a lei A a dar a B o que está *a mais* no seu património, nessa medida faz entrar no património de B alguma coisa do que aí esteja *a menos*” (PEREIRA COELHO, 1970, p. 24-26) (grifos do autor).

pelo ofensor” ou então “aceitar a chamada ‘indenização punitiva’, que utiliza o grau de culpa do ofensor e os benefícios econômicos por ele auferidos para determinar o valor a ser ‘indenizado’”. A terceira estratégia, defendida ao final pelo autor, seria aderir às fontes germânicas do enriquecimento sem causa e possibilitar a cumulação das pretensões – restitutória e indenizatória – quando o ato de intervenção causar, além de vantagens patrimoniais ao agente interventor, danos ao titular do direito⁴⁴⁴.

Na síntese conclusiva de Sérgio Savi:

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 reparação dos bens efetuada pela ordem jurídica, os mesmos sejam considerados como pertencentes ao titular do direito⁴⁴⁵.

Na mesma linha de raciocínio, autores como Thiago Lins e Mario Thiago Moreira, também defendem o enquadramento do lucro da intervenção nos quadros do enriquecimento sem causa na sistemática nacional, mormente porque a noção de lucro da intervenção está estritamente relacionada à construção do enriquecimento por intervenção⁴⁴⁶.

Carlos Nelson Konder sustenta, no entanto, que o instituto do enriquecimento sem causa não teria o condão de esgotar o enquadramento dogmático do lucro da intervenção no Brasil. Para o autor, deve-se reconhecer no direito brasileiro uma pluralidade de estatutos normativos capazes de lidar com o problema do lucro da intervenção⁴⁴⁷, como se infere:

Ainda que soluções únicas e claras sejam mais reconfortantes, a verdade é que é inviável tentar abordar todas as hipóteses de lucro da intervenção com base em apenas um instituto. As situações diversas não podem ser tratadas da mesma forma, muito menos com sacrifício da identidade funcional tanto da responsabilidade civil, como do enriquecimento sem causa, ameaçando ainda os imperativos axiológicos a que os diversos institutos atendem⁴⁴⁸.

A conclusão do autor está relacionada justamente ao fato de que, em muitos casos, a intervenção não autorizada nos direitos alheios pode gerar não só um lucro, mas também um dano. Se os lucros da intervenção forem iguais ou inferiores aos danos causados ao titular do direito, estando presentes os pressupostos da responsabilidade civil, a indenização será

⁴⁴⁴ SAVI, 2012, p. 21 e 121.

⁴⁴⁵ SAVI, 2012, p. 94-95.

⁴⁴⁶ LINS, 2016, p. 76; MOREIRA, 2014, p. 154 e ss.

⁴⁴⁷ KONDER, 2017, p. 243 e ss.

⁴⁴⁸ KONDER, 2017, p. 243.

suficiente para abarcar todas as vantagens, não havendo razão para fugir do instituto da responsabilidade civil para o autor. Nas situações em que inexistem danos, a aplicação da responsabilidade civil não encontraria respaldo, recaindo ao enriquecimento sem causa a tutela do direito. Todavia, nos casos em que os lucros são superiores aos danos sofridos, Konder defende a possibilidade de cumulação das pretensões restitutória e indenizatória⁴⁴⁹.

Também defendendo a impossibilidade do tratamento unitário do lucro da intervenção estão Aline de Miranda Valverde Terra e Gisela Sampaio da Cruz Guedes. Porém, as autoras claramente admitem que o instituto que melhor desempenha a função de restituir os lucros da intervenção é o enriquecimento sem causa, como se extrai:

No direito brasileiro, não há uma única figura genérica, capaz de excluir o lucro ilícito do patrimônio do agente em toda e qualquer situação. Identificam-se, por outro lado, várias normas cuja finalidade reside precisamente em evitar que a conduta ilegítima se revele lucrativa para o ofensor.

De todo modo, o instituto que melhor desempenha referida função de forma mais abrangente é o enriquecimento sem causa por lucro da intervenção, cujo escopo reside, precisamente, na retirada do lucro obtido a partir da intervenção injustificada em direitos ou bens alheios do patrimônio do interventor. Os Tribunais, contudo, ainda não assimilaram todas as possíveis aplicações da teoria, razão pela qual, na prática, muitas vezes, a conduta antijurídica resulta economicamente lucrativa para o ofensor⁴⁵⁰.

Anderson Schreiber e Rodrigo da Guia Silva defendem, ademais, que o lucro da intervenção é “modalidade de enriquecimento sem causa, caracterizada pela exploração não autorizada de bem ou direito alheio”, assim como ao perquirirem sobre a possibilidade de cumulação das pretensões restitutória e reparatória discorrem que, “em atenção à função precípua da responsabilidade civil e da vedação ao enriquecimento sem causa, pode-se enunciar, desde logo, a regra geral segundo a qual as pretensões em comento coexistirão quando houver dano injusto a indenizar e enriquecimento injustificado a restituir”⁴⁵¹.

⁴⁴⁹ KONDER, 2017, p. 243.

⁴⁵⁰ Esta conclusão está em TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Considerações acerca da exclusão do lucro ilícito do patrimônio do agente ofensor. *Revista da Faculdade de Direito*. UERJ, Rio de Janeiro, n. 28, dez, 2015, p. 21 e TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Revisitando o lucro da intervenção: novas reflexões para antigos problemas. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, 2021, p. 24. Anota-se que, em trabalho anterior, Gisela Guedes considerou que os lucros da intervenção devem se situar nos quadros do enriquecimento sem causa e se, eventualmente, estas vantagens forem superiores aos danos causados ao titular do direito, contando que estejam presentes os demais elementos da responsabilidade civil, a cumulação das pretensões, restitutória e indenizatória, é a melhor saída (GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Lucros Cessantes: do bom-senso ao postulado normativo da razoabilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011).

⁴⁵¹ SCHREIBER; GUIA SILVA, 2018, p. 192 e 195.

Todavia, os autores fazem importante ressalva sobre o tratamento do lucro da intervenção no que tange à possibilidade de restituição deste apenas quando a conduta intromissiva não causar danos ou, causando danos, esses danos são inferiores ao lucro:

Alguns autores sugerem, nesse particular, que a restituição do lucro da intervenção apenas terá lugar quando o lucro auferido pelo interventor for superior ao dano causado à vítima e titular do direito. Tal perspectiva pode criar dificuldades práticas quando as pretensões reparatória e restitutória forem exercidas em momentos diversos ou em procedimentos distintos ou, ainda, envolvendo naturezas distintas entre a vantagem auferida e a lesão sofrida (patrimonial x moral). Ademais, a independência funcional das pretensões reparatória e restitutória sugere exatamente o contrário: fundando-se em razões substanciais distintas, as pretensões reparatória e restitutória não se excluíam mutuamente em nenhuma medida. Tal postulado esbarra, contudo, no dogma da subsidiariedade da pretensão restitutória do enriquecimento sem causa, que colocaria o intérprete de volta na delicada correlação entre valor da restituição e valor da indenização.

O próprio conceito de lucro, para fins de configuração do lucro da intervenção, tem sido invocado nesse sentido. Isso porque, em realidade, o lucro somente pode ser aferido após o abatimento de todas as despesas atinentes ao desenvolvimento da atividade. Antes desse abatimento, talvez se possa falar em receita ou faturamento, mas certamente não em lucro, assim entendido o resultado final positivo após a dedução de todas as despesas em relação ao montante arrecadado – despesas que, em teoria, poderiam abranger o próprio valor da indenização paga à vítima no âmbito do exercício de pretensão reparatória⁴⁵².

Também aderindo ao tratamento independente, Renato Duarte Franco de Moraes considera que o enriquecimento sem causa se mostra apto a lidar com a problemática do lucro da intervenção pois, ao investigar a justa causa de atribuição patrimonial, busca-se definir em que medida o benefício patrimonial se vincula ao direito ou à iniciativa do interventor⁴⁵³.

De outro norte, autores como Nelson Rosenvald, Bernard Korman Kuperman, Vítor Ottoboni Pavan, André Gustavo Correia de Andrade, Vivine Girardi e Flávio Henrique Caetano de Paula Maimone, sustentam o enquadramento do lucro da intervenção nos quadros da responsabilidade civil em detrimento ao subsidiário enriquecimento sem causa.

Nelson Rosenvald, ao apresentar alternativas ao sistema puramente reparatório da responsabilidade civil inserido na tradição romano-germânica, reflete sobre a viabilidade de aplicar remédios não compensatórios como reação a uma conduta ilícita no sistema brasileiro, tal qual ocorre na *Common Law*⁴⁵⁴, porém sem que se recorra às sanções punitivas

⁴⁵² SCHREIBER; GUIA SILVA, 2018, p. 195.

⁴⁵³ MORAES, 2021, p. 116. É importante anotar que o autor não utiliza a expressão lucro da intervenção, por entender que a expressão correta é enriquecimento por intervenção, inexistindo a necessidade de abordar separadamente lucro da intervenção e valores de mercado.

⁴⁵⁴ Rene David disserta que “Uma segunda família de direito é a da *common law*, comportando o direito da Inglaterra e os direitos que se modelaram sobre o direito inglês. As características tradicionais da *common law* são muito diferentes das da família de direito romano-germânica. A *common law* foi formada pelos juizes, que tinham de resolver litígios particulares, e hoje ainda é portadora, de forma inequívoca, da marca desta origem. A regra de

extracontratuais ou a uma ressignificação dos lucros cessantes⁴⁵⁵, o que seria possível ao acolher a tutela restitutória nos quadros da responsabilidade civil:

A expressão *remedies* empresta ao ato de reparar os danos diversos significados, desbravando as várias dimensões que o tratamento da patologia requer. O ressarcimento não pode se resumir ao único remédio para a reparação dos danos. Isto nos remete a avançar na busca por soluções eficazes de ampliação dos horizontes da responsabilidade civil e indagarmos se, ao invés do recurso à sanção punitiva, a função preventiva da responsabilidade civil também poderá ser concretizada com resultados positivos – em diversa medida e distintos pressupostos –, no próprio interno da sanção reparatória, em hipóteses de substituição da tutela ressarcitória pela tutela restitutória⁴⁵⁶.

Tal acolhimento daria espaço à restituição dos lucros da intervenção no âmbito do instituto da responsabilidade civil no Brasil, independentemente da existência de danos indenizáveis. Trata-se de uma responsabilidade civil pelo ilícito lucrativo em detrimento ao reconhecimento do enriquecimento por intervenção na sistemática nacional⁴⁵⁷.

Nas palavras do autor,

[...] independentemente de o fato do dano ter ou não existido ou, mesmo que os prejuízos sejam inferiores aos lucros obtidos pelo infrator no exercício da atividade econômica, caso provada a relação de causalidade entre o proveito financeiro e a prática do ato ilícito, aplica-se a máxima “*tort must not pay*”. O réu é privado dos ganhos ilícitos e esses valores se destinam ao demandante⁴⁵⁸.

Rosenvald defende a aplicabilidade do *gain-based damages*⁴⁵⁹, mais precisamente a espécie do *disgorgement of profits*. Isto é, defende a “reversão dos valores indevidamente auferidos às expensas da vítima” na responsabilidade civil⁴⁶⁰. Segundo o autor, para fins de restituição dos lucros da intervenção, o enriquecimento sem causa “é um equivalente funcional indesejável, comparativamente aos *gain-based damages*”, por três motivos: a) o

direito da *common law*, menos abstrata que a regra de direito da família romano-germânica, é uma regra que visa dar solução a um processo, e não formular uma regra geral de conduta para o futuro.” (DAVID, 2002, p. 25).

⁴⁵⁵ Na perspectiva do autor, “a recente opção metodológica da doutrina brasileira em abraçar o “lucro da intervenção” no interno do modelo do enriquecimento sem causa, como repositório natural das situações em que alguém obtenha benefícios ilícitos pela intromissão em situações jurídicas alheias, derive de uma comparação entre a alternativa concebida no direito alemão com dois modelos jurídicos: a compensação de danos e as sanções punitivas (no que se explica a evidente preferência pelo lucro da intervenção)” (ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. 4 ed. E-Book. São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 4248).

⁴⁵⁶ ROSENVALD, 2022, p. 4086.

⁴⁵⁷ ROSENVALD; KUPERMAN, 2017; ROSENVALD, 2019; ROSENVALD, 2022.

⁴⁵⁸ ROSENVALD, 2022, p. 4086.

⁴⁵⁹ Os *gain-based damages* nasceram como remédios para sancionar ganhos indevidamente obtidos pelo agente na *common law*. “No interno do gênero *gain-based damages* surgem duas espécies: os institutos do *disgorgement of profits* e do *restitutionary damages*. [...] Enquanto em *restitutionary damages* há reversão da transferência patrimonial entre as partes, no *disgorgement* há supressão da vantagem adquirida pelo réu com independência de qualquer translação de bens pelo autor.” (ROSENVALD, 2019, p. 64-65).

⁴⁶⁰ ROSENVALD, 2019, p. 65.

enriquecimento sem causa é residual no sistema brasileiro; b) a restituição dos lucros da intervenção é uma consequência do ilícito e o enriquecimento sem causa independe da existência de um ilícito; e c) a *condictio* por intervenção só dá fundamento à reintegração, mediante a restituição dos valores de mercado e não dos lucros da intervenção⁴⁶¹.

Outrossim, o autor considera que a compensação de danos não é a *ratio* do instituto da responsabilidade civil, ainda que consista em sua mais importante função, e assim também não é a única via de promoção do princípio da reparação integral, atualmente disciplinado no art. 944 do Código Civil de 2002⁴⁶². A ideia central deste princípio é colocar o lesado em situação equivalente a que se encontrava antes de ocorrer a conduta ilícita e, portanto, não se pode restringir pela literalidade da norma para o autor, deve-se, antes, atender da melhor forma possível a dimensão restitutória, restabelecendo o equilíbrio desfeito⁴⁶³.

Por essa razão, o autor propõe a resignificação do princípio da reparação integral com “a inserção de um §1º ao artigo 944 do Código Civil”, considerando a adoção *lege ferenda* de uma alternativa à reparação de danos patrimoniais, passando a indenização a ser “compreendida a soma razoável correspondente à violação de um direito e, quando necessário, a remoção dos lucros ou vantagens auferidas pelo lesante em conexão com a prática do ilícito”⁴⁶⁴.

Na mesma linha de raciocínio, autores como Vitor Ottoboni Pavan e Flávio Henrique de Paulo Maimone⁴⁶⁵, também defendem o enquadramento do lucro da intervenção no interno da responsabilidade civil, principalmente porque “a tutela contra o ilícito lucrativo corresponde à resignificação defendida sob os princípios da solidariedade, da dignidade da pessoa humana e com vistas ao objeto de construção de uma sociedade justa (justiça social)”⁴⁶⁶.

André Gustavo Correia de Andrade, por sua vez, é partidário da ideia de que a indenização punitiva desempenharia melhor o papel de impedir os lucros da intervenção, uma vez que a clássica noção de reparação civil, com fulcro no princípio da reparação integral dos

⁴⁶¹ ROSENVALD, 2019, p. 379. O autor pontua, ainda, que a melhor solução seria essa, tanto que no direito francês contemporâneo a doutrina classifica a *faute lucrative* (*gain-based damages*) como um ilícito que gera um ganho para o seu autor ou economia, em adição ou independente da perda que cause. O ilícito lucrativo é avaliado somente de acordo com os lucros ilícitos (ROSENVALD, 2022).

⁴⁶² Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano. Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

⁴⁶³ ROSENVALD, 2019, p. 450-451 e 531-532.

⁴⁶⁴ ROSENVALD, 2019, p. 524.

⁴⁶⁵ MAIMONE, 2022.

⁴⁶⁶ PAVAN, 2020, p. 237. O autor também apresenta uma proposta de alteração legislativa: “Art. 944. A vítima é de um ilícito deve ser tutelada em sua integralidade. §1º A indenização reparatória ou compensatória mede-se pela extensão do dano. §2º Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir equitativamente a indenização. §3º Em alternativa reparação ou compensação de danos patrimoniais poderá a vítima optar pelo recebimento de um valor razoavelmente equivalente à violação de um direito e, quando necessário, pela remoção dos lucros ou benefícios obtidos pelo ofensor em razão da prática do ilícito, ainda que não exista o correspondente prejuízo material para o ofendido.” (PAVAN, 2020, p. 238).

prejuízos, acaba proporcionando ao interventor lucrar com sua atividade ilícita, transformando “alguns atos lesivos em um bom negócio do ponto de vista econômico”⁴⁶⁷.

Na visão do autor, em certos casos em que são auferidos lucros, como, por exemplo, de jornais que lucram com a publicação de matérias falsas, ofensivas à honra de pessoas famosas, ficariam excluídos da tutela do instituto do enriquecimento sem causa, dado que a honra não tem valor comercial e não caberia a invocação do instituto para o fim de pleitear a restituição dos lucros eventualmente obtidos com a publicação. Além disso, a ação restitutória tem natureza subsidiária, o que, para o autor, impossibilita a cumulação das pretensões⁴⁶⁸.

Viviane Girardi defende, ademais, que a responsabilidade civil na sistemática brasileira deve estar funcionalizada não só para reparar os danos suportados pela vítima, mas também para prevenir a lesão. Deve-se, segundo a autora, com base na flexibilização do princípio da reparação integral dos prejuízos – dada pelo parágrafo único do artigo 944 do Código Civil de 2002 – afastar a quantificação da indenização unicamente pela extensão dos danos. Ademais, o instituto do enriquecimento sem causa é subsidiário e a sistemática nacional permite não só o reconhecimento das funções punitiva e preventiva da responsabilidade civil, como também o alargamento do próprio conceito de dano e, portanto, os lucros da intervenção podem ser entendidos enquanto danos de natureza não patrimonial, mormente em face da necessidade de tutela ampla dos direitos extrapatrimoniais⁴⁶⁹.

Percorridos os caminhos da doutrina nacional, passa-se às linhas conclusivas do enquadramento dogmático do lucro da intervenção no direito brasileiro.

2.6.2 O lucro da intervenção como enriquecimento sem causa no Brasil

A perspectiva histórica do desenvolvimento da responsabilidade civil e do enriquecimento sem causa na tradição jurídica romano-germânica demonstra que o lucro da intervenção não se enquadra no regime de responsabilidade civil, embora tenha se tornado convidativo enquadrá-lo nesta fonte obrigacional na contemporaneidade sob a justificativa de que é difícil quantificar os danos nos casos dos direitos de propriedade intelectual e industrial.

As preocupações quanto à necessidade de restituir os lucros indevidamente auferidos por aquele que intervém no patrimônio alheio nasceram no seio do instituto do enriquecimento sem causa, com destaque aos estudos desenvolvidos por Fritz Schulz na Alemanha. Todavia,

⁴⁶⁷ ANDRADE, 2006, p. 261-263.

⁴⁶⁸ ANDRADE, 2006, p. 265.

⁴⁶⁹ GIRARDI, 2019, p. 169.

não se pode negar que Hugo Grócio já considerava que a obrigação de restituir surgia sempre que alguém sem título jurídico obtinha um “lucro” a partir da propriedade de outrem e, na sequência, sempre o correlacionou diretamente às *condictiones* e às ações possessórias.

Em outras palavras, o enriquecimento sem causa sempre foi o instituto jurídico preocupado em restituir as vantagens econômicas indevidamente auferidas diante da ausência de uma causa de atribuição. Desde o Direito Romano até a sua consolidação na doutrina do direito moderno, mesmo em França, a civilística percebeu a necessidade de reconhecer o instituto ante as necessidades prementes da sociedade, na medida em que o instituto da responsabilidade civil nunca teve o condão de restituir o locupletamento indevido. Por isso, o problema do lucro da intervenção passa a ser muito mais uma questão de extensão da pretensão restitutória do que propriamente uma impossibilidade de restituição proveniente de uma incompatibilidade deste com o perfil funcional do enriquecimento sem causa.

Por outro lado, a tutela da responsabilidade civil gradativamente se deslocou da culpa ao dano suportado pela vítima, justamente porque o desenvolvimento tecnológico acabou proporcionando a insuficiência de um regime de responsabilidade civil fulcrado sobre a reprovabilidade da conduta do agente causador do dano⁴⁷⁰. Significa dizer que a própria evolução história da responsabilidade civil constituiu o “dano como alfa e o ômega”⁴⁷¹ do instituto, desvencilhando-o da velha centralidade da conduta antijurídica.

Nas cirúrgicas palavras de Rafael Peteffi da Silva:

Apesar da existência de recentes e controvertidas abordagens que jogam luzes sobre a relevância das funções pedagógica, preventiva e até mesmo punitiva da responsabilidade civil, o que conferiria renovado destaque para a conduta do agente, a doutrina contemporânea repete, à exaustão, que o eixo da responsabilidade civil foi modificado: do comportamento do agente para o dano sofrido pela vítima⁴⁷².

Da mesma forma, o ordenamento jurídico nacional reconheceu como limite indenizatório a extensão do dano, à luz do princípio da reparação integral dos prejuízos disciplinado no *caput* do art. 944 do Código Civil de 2002. Tradicionalmente, a responsabilidade civil não possui um caráter punitivo, tampouco restitutivo, haja vista que o instituto não lida com as vantagens patrimoniais auferidas pelo agente ofensor, mas sim com o dano suportado pela vítima (danos patrimoniais ou extrapatrimoniais) e sua extensão.

⁴⁷⁰ SCHREIBER, Anderson. Responsabilidade Civil na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. In: DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang; MENDES, Laura Schertel; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. *Tratado de Proteção de Dados Pessoais*. E-book. Rio de Janeiro: Forense, p. 330-743, 2021.

⁴⁷¹ Expressão extraída de PETEFFI DA SILVA, Rafael. Conceito normativo de Dano: em busca de um conteúdo eficaz próprio. No prelo.

⁴⁷² PETEFFI DA SILVA, no prelo.

Significa dizer que as definições dos defensores da ideia de indenização punitiva ou mesmo restitutória – nas situações que envolvem os lucros da intervenção – encontram sua maior barreira no próprio núcleo da teoria geral da responsabilidade civil: o dano.

Sob tal perspectiva, Terra e Guedes bem enfatizam que nos quadros do instituto da responsabilidade civil “ou a lesão ocorre no patrimônio da vítima, a acarretar dano patrimonial, ou há lesão à dignidade da pessoa humana, a gerar dano moral. Qualquer lesão, por conseguinte, reconduzir-se-á, necessariamente, a uma dessas duas espécies de dano, e apenas a análise do caso concreto poderá indicar se se trata de uma e/ou de outra categoria”⁴⁷³.

Por assim ser, para as autoras, deve-se afastar definitivamente a adoção de uma categoria autônoma de dano no direito brasileiro – os quais podem ser chamados de “danos decorrentes de lucros ilegítimos” ou “*disgorgement of profits*” –, assim como o enquadramento dos lucros da intervenção em uma das duas categorias de dano referidas.

Isso porque o dano patrimonial corresponde à efetiva diminuição do patrimônio da vítima do evento danoso – seja na qualidade de danos emergentes, seja na qualidade de lucros cessantes –, e não se preocupa com os incrementos obtidos pelo agente interventor. Já o dano extrapatrimonial se distancia, em muito, dos lucros auferidos ilegitimamente pelo agente interventor, uma vez que o dano extrapatrimonial nada tem a ver com aspectos patrimoniais, tampouco com as repercussões da conduta na esfera jurídica do agente ofensor. A indenização por dano moral ostenta, salientam as autoras, a precípua função de compensar a vítima pelos danos extrapatrimoniais sofridos. Todos os critérios para a quantificação do dano extrapatrimonial devem se reconduzir à repercussão da lesão na própria vítima, considerando-se suas peculiares pessoais e não os aspectos financeiros atinentes à figura do ofensor⁴⁷⁴.

Outrossim, torna-se importante enfatizar que a defesa da restituição dos lucros da intervenção como uma consequência própria da ilicitude não justifica, por si só, a aderência da responsabilidade civil e o afastamento do enriquecimento sem causa.

A antijuridicidade (ilicitude objetiva⁴⁷⁵) da conduta não é própria do regime de responsabilidade civil, embora pressuposto para configuração do dever de indenizar. Trata-se

⁴⁷³ TERRA; GUEDES, 2021, p. 4.

⁴⁷⁴ TERRA; GUEDES, 2021, p. 4-5.

⁴⁷⁵ Peteffi da Silva explica que existem “duas acepções do termo ilicitude aceitas no Direito brasileiro. Primeiramente, a “ilicitude subjetiva”, sustentada por uma das acepções da *faute* e pela possibilidade semântica de se considerar que a consequência jurídica imediata da verificação de todos os requisitos do ato ilícito positivado em nosso ordenamento (art. 159, CC/1916) geraria ilicitude. Com a tradição jurídica alicerçada na norma contida no art. 159 do antigo Código Civil, ilicitude subjetiva estaria, sempre, vinculada ao ato voluntário e culposo do agente que contraria o direito. A chamada ilicitude objetiva, por seu turno, vincular-se-ia à noção de antijuridicidade [...]. Como corolário lógico da dupla acepção da ilicitude temos a dupla acepção do próprio ato ilícito: i. ato ilícito entendido como o conjunto de pressupostos necessários para preencher o suporte fático das normas supratranscritas (arts. 159, CC/1916; 186 e 187, CC/2002) e ii. ato ilícito como conduta antijurídica, ou

de instituto jurídico autônomo, existindo na sistemática brasileira vários exemplos de condutas antijurídicas que não caracterizam o dever de indenizar, simplesmente por inexistir dano indenizável, mas atraem outras formas de tutela, como a inibitória ou a possessória⁴⁷⁶.

A esse respeito, Judith Martins-Costa enfatiza:

A licitude demarca, portanto, o modo de coexistência numa comunidade ordenada pelo Direito, de modo que: (i) há ilicitude quando há contrariedade às regras de dever-ser postas no ordenamento jurídico compreendido como uma dinâmica e complexa totalidade de regras, princípios e modelos jurídicos derivados das quatro fontes de produção de normatividade, quais sejam, as fontes legal, jurisprudencial, consuetudinária e jurisprudencial; (ii) há formas de ilicitude a priori detectáveis, porque a conduta contrária ao Direito já vem descrita com suficiente previsão na norma legal; (iii) essa não é, porém, a única forma de ilicitude pois há “configurações de ilicitude” que se hão de realizar depois de constituído um particular “contexto situacional” tramado pela conexão entre elementos fáticos (por exemplo, uma situação de confiança legítima, quando alguém pratica ou deixa de praticar algo porque acredita na regularidade de certa conduta alheia) e jurídicos (por exemplo, os princípios conducentes à responsabilização pela confiança; ou as regras de exclusão de ilicitude do art. 188 ou ainda as regras de validação de situações possessórias como as resultantes da usucapião, etc)⁴⁷⁷.

Um exemplo, citado por Pontes de Miranda, que evidencia a existência da antijuridicidade sem deflagrar a responsabilidade civil é justamente o uso sem autorização da casa alheia: “O fato pode ser fato ilícito absoluto sem causar dano. Entrou B na casa de A, sem permissão, mas nenhum prejuízo patrimonial ou não-patrimonial resultou do seu ato imprudente”⁴⁷⁸. Todavia, o fato de inexistir dano não quer dizer que o interesse do proprietário em gozar do seu bem com exclusividade ficará sem tutela frente à conduta antijurídica⁴⁷⁹.

O caso citado é tutelado pelo enriquecimento sem causa que, independentemente da existência de um dano indenizável, será capaz de harmonizar a distribuição natural das riquezas,

seja, com o qualificativo ilícito sendo polarizado para a ilicitude objetiva, restringindo-se a categoria à ação contrária ao Direito.” (PETEFFI DA SILVA, 2019, p. 179).

⁴⁷⁶ PETEFFI DA SILVA, 2019, p. 181. Nesse sentido, estão: CARRÁ, 2015, p. 165; e MARTINS-COSTA, Judith. Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé. In: *Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, 21-23 de setembro de 2006. Nota-se que Rosenvald concorda que “é necessária a superação de mais um dos diversos dogmas do direito privado: aquele que reduz o ato ilícito a mero fato gerador da responsabilidade civil, quando, em verdade, a obrigação de indenizar é somente uma das eventuais consequências de um ilícito civil” (ROSENVALD, 2019, p. 318). Também concordando está Pavan, ao afirmar que “o lícito encontra outros efeitos para além da indenização de danos” (PAVAN, 2020, p. 62).

⁴⁷⁷ MARTINS-COSTA, 2006, p. 14.

⁴⁷⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Parte Especial. Tomo LIII. Atualizado por Nelson Nery e Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 262.

⁴⁷⁹ Peteffi da Silva ainda ensina: “Pense-se, portanto, na situação do sublocatário que tem como objetivo realizar o pagamento dos aluguéis atrasados, na tentativa de evitar uma ação de despejo, e é ilicitamente impedido pelo credor (locador), o qual somente aceita receber a prestação do locatário. A « lesão ao interesse juridicamente tutelado » do terceiro interessado, neste caso ilicitamente perpetrada pela conduta do locador, abriria a possibilidade para a tutela do interesse lesado, mediante provocação do Estado-Juiz, por intermédio de ações consignatórias. Entretanto, uma eventual tutela típica das demandas indenizatórias somente se ofereceria ao sublocatário lesado em caso de efetivo dano, materializado, possivelmente, no eventual futuro despejo.” (PETEFFI DA SILVA, no prelo).

porque a ordem jurídica brasileira assegura o legítimo interesse do proprietário e o reserva o aproveitamento econômico deste direito, expresso nas vantagens provenientes do seu uso, fruição, consumo ou alienação. Percebe-se, pois, que a conduta antijurídica deflagou o enriquecimento e, por esse ser sem causa jurídica e “às custas de outrem”, nascerá a obrigação de restituir tal enriquecimento, que independe propriamente da conduta antijurídica.

Nas palavras de Teresa Negreiros, “a teoria geral do enriquecimento sem causa compreende hipóteses em que a obrigação de restituir não guarda qualquer relação de causalidade com a caracterização da ilicitude, constituindo o enriquecimento ilícito, sob este prisma, uma espécie do gênero enriquecimento sem causa⁴⁸⁰”.

Em sentido semelhante, Daniel Visser pontua que, embora a antijurídica da conduta não seja uma condição necessária para o deflagrar o enriquecimento sem causa, nada impede que a conduta antijurídica, em algumas situações, seja uma condição suficiente para tal deflagração. Para o autor, deve-se analisar a situação fática não apenas em termos de evento (ato ilícito) e de resposta (restituição), como ocorre no Direito Inglês, mas de modo que leve em consideração três aspectos: i) o evento causador; ii) o efeito desse evento; e iii) a resposta da norma jurídica à combinação de i) e de ii). Se uma determinada pessoa usar a imagem de uma pessoa famosa em uma campanha publicitária sem consentimento, este ato (evento causador) pode resultar na pessoa sofrendo um dano (efeito 1), o qual a norma repara com uma indenização (resposta 1), assim como pode resultar em lucros ao causador desse evento (efeito 2), que a norma vai retirá-lo e dar à vítima (resposta 2)⁴⁸¹

Nota-se que, por vezes, podem ocorrer enriquecimentos ilícitos e, por outras, podem ocorrer enriquecimentos sem ilícitos. Fato é que a conduta antijurídica do interventor não é determinante para a configuração do enriquecimento sem causa, na medida em que o instituto depende, antes, da ausência de causa de atribuição patrimonial para o enriquecimento.

Uma outra ressalva importante é que o instituto da responsabilidade civil na *Common Law* se centrou nas condutas antijurídicas gerando, como ensina Peteffi da Silva, “um desenvolvimento atrofiado da teoria do dano”. A falta do desenvolvimento de um conceito específico de dano acabou por intensificar o protagonismo de outros requisitos do instituto, a exemplo da ilicitude (antijuridicidade). Ou seja, nos países inseridos nesta família, diferentemente do que ocorre na tradição romano-germânica, existe uma verdadeira multiplicidade de “torts” e o conceito de dano varia de acordo com “tort” a ser analisado⁴⁸².

⁴⁸⁰ NEGREIROS, 2002, p. 759.

⁴⁸¹ VISSER, 2019, p. 973.

⁴⁸² PETEFFI DA SILVA, no prelo.

Além disso, o enriquecimento sem causa conta com um verdadeiro desprestígio na *Common Law*⁴⁸³, sendo que as discussões sobre a necessidade de um direito restitutivo (*law of restitution*) nos países inseridos nesta família só nasceram, efetivamente, no final do século passado, o que acarretou o desenvolvimento de figuras como o *disgorgement of profits*⁴⁸⁴.

A verdade é que aderir a uma “multifuncionalidade” da responsabilidade civil no ordenamento jurídico nacional – quer seja para justificar danos punitivos, quer seja para justificar danos restitutórios – é desvirtuar a própria natureza do instituto, que não é, tampouco pode ser, fonte de toda e qualquer resposta aos efeitos de uma conduta antijurídica⁴⁸⁵.

Torna-se aqui fundamental a crítica de Bruno Leonardo Câmara Carrá ao asseverar claramente que “é preciso que exista um lugar próprio para o estudo do dano e esse vem a ser o próprio âmbito de inserção da Responsabilidade Civil. Tratá-la sob a ótica da prevenção direta entraria em choque com seus princípios fundamentais e coerência sistemática, tornando-se impossível abrigar a ambos sob as mesmas vigas de sustentação” e ainda continua “tudo que se vem a prognosticar como Responsabilidade Civil sem danos já se encontra sob o pálio da disciplina de um outro ramo do Direito, como destacou Cesare Salvi, motivo mais do que suficiente para recusar seu ingresso em sua seara de incidência.”⁴⁸⁶.

⁴⁸³ GIL, 2017, p. 16.

⁴⁸⁴ Para entender mais sobre o assunto, ler: VIRGO, Graham. *The Principles of the Law of Restitution*. 3 ed. Reino Unido: Oxford University Press, 2015. O próprio autor inglês, ao tratar sobre o “restitutionary damages”, anota que o termo nasceu em 2001 na House of Lords (VIRGO, 2015, p. 427).

⁴⁸⁵ Na perspectiva de Daniel Visser, embora a antijurídica da conduta não seja uma condição necessária para o deflagrar o enriquecimento sem causa, nada impede que a conduta antijurídica, em algumas situações, seja uma condição suficiente para tal deflagração. Para o autor, assim, deve-se analisar a situação não apenas em termos de evento (ato ilícito) e resposta (restituição), como ocorre no Direito Inglês, mas de modo que leve em consideração três aspectos: i) o evento causador; ii) o efeito desse evento; e iii) a resposta da norma jurídica à combinação de i) e de ii). Se uma determinada pessoa usar a imagem de uma pessoa famosa em uma campanha publicitária sem consentimento, este ato (evento causador) pode resultar na pessoa sofrendo um dano (efeito 1), o qual a norma repara com uma indenização (resposta 1), assim como pode resultar em lucros ao causador desse evento (efeito 2), que a norma vai retirá-lo e dar à vítima (resposta 2) (VISSER, 2019, p. 973).

⁴⁸⁶ CARRA, 2015, p. 168. Importa destacar que vários são os fundamentos utilizados para a defesa doutrinária do que seria uma responsabilidade civil sem dano. Essa explanação está na obra de CARRA, 2015. Em termos do lucro da intervenção, a responsabilidade civil sem dano seria justamente a responsabilidade civil pelo ilícito lucrativo. Nas palavras de Rosenthal: “O questionamento acerca da existência de uma responsabilidade sem dano é por nós respondido afirmativamente, ao ponderarmos que o dano não é o elemento necessário da responsabilidade civil, mas sim a sua função compensatória (a mais notória). No plano eficaz de comportamentos antijurídicos, o dano é apenas uma das possíveis consequências do fato ilícito (art. 186, CC), ativando a pretensão reparatória, de modo a permitir que a vítima reponha a sua esfera patrimonial no estágio pré-dano. Contudo, em sua acepção *lata*, o fato ilícito possui uma série de possíveis eficácias tais como a invalidante, caducitante, inibitória e punitiva. Em comum, nenhuma delas se dirige ao dano, mas a outras consequências desejadas pelo ordenamento jurídico, como anular um ato decorrente de um vício de consentimento, revogar uma doação por ingratidão do donatário e, no plano extranegocial, evitar que um comportamento antijurídico seja reiterado (função preventiva) ou sancionar comportamentos extremamente reprováveis (função punitiva). Nessa esfera multiplicada de corolários de um ato ilícito, ainda no plano extracontratual, surge a possibilidade de que comportamentos antijurídicos sejam sancionados mediante o resgate dos lucros impróprios ou a restituição de benefícios indevidos, como aqueles obtidos pelo ofensor com economia de despesas decorrentes do uso inconsciente de bens alheios. Nestas hipóteses,

Em complementação, o argumento de que até mesmo alguns países inseridos na tradição jurídica romano-germânica estão abrindo portas para a multifuncionalidade da responsabilidade civil e o reconhecimento da função restitutória, o que incluiria a *faute lucrative* em França e os novos remédios italianos⁴⁸⁷, só demonstra ainda mais a deficiência do instituto do enriquecimento sem causa nestes países, fadado à velha e inconsistente necessidade de se comprovar uma deslocação patrimonial, o que não ocorre no Brasil.

As velhas interpretações do enriquecimento sem causa pautadas na necessidade de deslocação patrimonial – presentes nas sistemáticas francesa e italiana ainda na contemporaneidade – foram superadas pela doutrina nacional desde muito cedo. A civilística preferiu adotar uma perspectiva moderna de enriquecimento sem causa⁴⁸⁸, de modo que os redatores da cláusula de vedação ao enriquecimento sem causa brasileira preferiram a locução “enriquecer à custa de outrem” em detrimento ao termo “empobrecimento”.

A civilística nacional não só encontrou na sistemática alemã a melhor solução para a consagração do enriquecimento sem causa no ordenamento jurídico brasileiro, como também entendeu que diversos “tipos” de enriquecimento podem ocorrer “às custas de outrem”, não sendo necessário que o patrimônio de um sujeito sofra um verdadeiro desfalque para que outro se enriqueça, como ocorre quando alguém se enriquece ao usar ou fruir de um direito alheio.

Na síntese de Michelin Júnior:

Em suma, o “suporte” na esfera jurídica de outrem, que é um dos requisitos para a incidência do art. 884, pode tomar duas formas: ou esse “suporte” significa uma efetiva diminuição patrimonial (ai incluído o ganho evitado), ou significa uma intervenção em um bem ou direito alheio [...]⁴⁸⁹.

Essa conclusão sinaliza, portanto, que a doutrina nacional sempre considerou a possibilidade de restituição nos casos de intervenções não autorizadas nos direitos alheios,

ao invés de lidarmos com a função compensatória das possibilidades civil investimos em sua função restitutória.” (ROSENVALD, 2019, p. 333).

⁴⁸⁷ PAVAN, 2020, p. 195. Destaca-se que nem mesmo nesses países a questão é posta com tanta clareza, existindo grandes críticas doutrinárias. Para maiores considerações, ler: SÉJEAN, Michel. The Disgorgement of Illicit Profits in French Law. In: HONDIUS, Ewoud; JANSSEN, André (Coords.). *Disgorgement of profits: gain-base remedies throughout the world*. Ius Comparatum. Global Studies in Comparative Law, Springer International, p. 121 -138, 2015; e PARDOLESI, Paolo. An Italian Way to Disgorgement of Profits? In: HONDIUS, Ewoud; JANSSEN, André (Coords.). *Disgorgement of profits: gain-base remedies throughout the world*. Ius Comparatum. Global Studies in Comparative Law, Springer International, p. 139 -169, 2015.

⁴⁸⁸ Alvim sempre deixou claro que o “sistema clássico” condenava o enriquecimento sem causa, porém o faz casuisticamente. Já os “sistemas modernos”, como é o Código Civil alemão, procuram coibir o enriquecimento sem causa, onde quer que se apresente, como ocorria tradicionalmente no Direito Romano. Conclui, assim, que “ao sistema moderno pertencem, também, o nosso Anteprojeto de Código de Obrigações” (ALVIM, 1957, p. 06). Essa perspectiva fica ainda clara em Nanni, que defende a superação da própria nomenclatura *actio de in rem verso*, não só por representar uma pretensão de época passada, também por ser inexacta (NANNI, 2004, p. 217).

⁴⁸⁹ MICHELON JÚNIOR, 2007, p. 205-206.

incorporando a *condictio* por intervenção a partir da locução “à custa de outrem” na ordem pátria deste muito cedo, embora grande parte da civilística não tenha usado a expressão *condictio* por intervenção (ou enriquecimento por intervenção) ou fundamentado o instituto na moderna teoria do conteúdo de destinação à época da codificação de 2002⁴⁹⁰.

Evidentemente, neste período, a civilística estava mais preocupada em reconhecer definitivamente a autonomia do enriquecimento sem causa no sistema jurídico brasileiro, consagrando-o fonte de Obrigações ao lado das fontes negociais e de responsabilidade civil, do que elencar uma divisão tipológica de acordo com os “tipos” de enriquecimento que se materializam “às custas de outrem” e “sem justa causa”. Todavia, esta preocupação chegou à realidade nacional nos primeiros anos após a vigência do Código Civil de 2002.

Menezes Leitão, ao trazer uma resenha acerca das teorias sobre o instituto do enriquecimento sem causa ao Brasil, na II Jornada de Direito Civil, realizada em 25 de novembro de 2003 pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, pontuou claramente que a cláusula geral de enriquecimento sem causa brasileira é demasiadamente genérica e, por isso, não permite um tratamento dogmático unitário do instituto. Para o autor, a cláusula geral brasileira deve ser interpretada a partir da doutrina alemã da divisão do enriquecimento sem causa, pois é possível identificar claramente no sistema brasileiro os tipos de enriquecimento: enriquecimento por prestação; o enriquecimento por intervenção; o enriquecimento por despesas realizadas em benefício doutrem; e o enriquecimento por desconsideração de um patrimônio intermédio⁴⁹¹.

No que diz respeito à *condictio* por intervenção, o autor português salientou:

[...] 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 (*Eingriffskondiktio*). 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 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 direito⁴⁹².

⁴⁹⁰ A exceção estava em Noronha que, ao escrever sobre o enriquecimento sem causa em 1991, tratou claramente da teoria alemã do conteúdo de destinação, como analisado anteriormente.

⁴⁹¹ MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de. O enriquecimento sem causa no novo Código Civil brasileiro. *Revista CEJ*. Brasília, n. 25, p. 24-33, abr./jun. 2004, p. 28. Anota-se que esta pesquisa limitar-se-á a tratar sobre as ponderações do autor sobre o enriquecimento por intervenção.

⁴⁹² MENEZES LEITÃO, 2004, p. 29. No mesmo sentido do autor, estão MICHELON JÚNIOR, 2007, p. 199 e ss.; KROETZ, 2005, p. 154 e Hildebrand, que claramente pontuou: “No Brasil, pode-se considerar que a própria redação do art. 884 admite a formulação dessa categoria de enriquecimento sem causa, pois o dispositivo comanda

Nota-se que a interpretação de Menezes Leitão só é possível diante do alargamento do requisito “à custa de outrem” do artigo 884 do Código Civil de 2002, o qual dá substrato à interpretação tal qual ocorre no direito alemão e no direito português, possibilitando identificar os diversos tipos de enriquecimento, entre eles o enriquecimento por intervenção.

Daí por que a cláusula geral de vedação ao enriquecimento sem causa brasileira comporta dogmaticamente a restituição do lucro da intervenção, o qual é propriamente o resultado lucrativo das intervenções não autorizadas nos direitos alheios e está englobado na *condictio* por intervenção, assim como estão os valores de mercado tradicionalmente defendidos como restituíveis à luz da cláusula geral no Brasil. Está evidente que as interpretações dogmáticas conferidas aos requisitos “enriquecimento” e “às custas de outrem” sempre foram alargadas e permitem a restituição do lucro da intervenção, embora a doutrina nacional só tenha trazido à baila a possibilidade de restituir tais lucros muito recentemente.

Essa perspectiva de enquadramento do lucro da intervenção foi, inclusive, tratada na VIII Jornada de Direito Civil – que ocorreu nos dias 26 e 27 de abril de 2018 – na qual foi aprovado o enunciado n. 620 com a redação: “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.”⁴⁹³.

No mesmo ano, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) se manifestou pela primeira vez sobre a possibilidade de restituir os lucros da intervenção no ordenamento jurídico brasileiro. Tratou-se de um caso envolvendo o uso da imagem e do nome, sem autorização, da famosa atriz Giovanna Antonelli em uma campanha publicitária do produto *Detox*, comercializado pela empresa Dermo Formulações Farmácia de Manipulação Ltda.

O cerne da controvérsia circundava a possibilidade de restituição dos lucros decorrentes diretamente da venda do produto no período em que houve a campanha publicitária vinculada à imagem e ou nome da atriz sem autorização (lucros da intervenção) e sua quantificação, bem como da cumulação da pretensão – fundamentada no enriquecimento sem causa – com eventuais indenizações decorrentes de danos oriundos do ato de intervenção, vez que a atriz requereu indenização decorrente de danos patrimoniais e extrapatrimoniais⁴⁹⁴.

genericamente a restituição do ‘indevidamente auferido’, expressão que engloba todo o tipo de incremento patrimonial, inclusive aquele não derivado de uma prestação” (HILDEBRAND, 2010, p. 133).

⁴⁹³ BRASIL. Conselho da Justiça Federal. *VIII Jornada de Direito Civil*, dias 26 e 27 de abril de 2018. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/noticias/2018/maio/integra-dos-enunciados-aprovados-na-viii-jornada-de-direito-civil-ja-pode-ser-consultada>. Acesso em: 10 dez. 2022.

⁴⁹⁴ BRASIL, STJ. Terceira Turma. *REsp 1698701/RJ*, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Brasília, 02 de outubro de 2018. A pesquisa realizada no site da Corte Superior foi realizada com as expressões “lucro da intervenção”, “lucro por intervenção”, “lucros da intervenção”, “lucros ilícitos” e “ilícitos lucrativos”, porém a única pesquisa exitosa foi com a expressão “lucro da intervenção” e se resumiu ao *leading case* indicado.

O Ministro relator Ricardo Villas Bôas Cueva se posicionou, em apertada síntese, no sentido de reconhecer a pretensão da atriz e determinar a restituição dos lucros da intervenção, ou seja, “daquilo que é auferido mediante indevida interferência nos direitos ou bens jurídicos de outra pessoa”, aderindo à tese doutrinária de que os lucros da intervenção estão inseridos nos limites da obrigação de enriquecimento sem causa, como se infere nos trechos:

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.

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.

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 Civil⁴⁹⁵.

Com efeito, defende-se o reconhecimento definitivo da *condictio* por intervenção no direito brasileiro e a consagração da restituição dos lucros da intervenção a partir das concepções doutrinárias iniciadas por Wilburg. Isto é, realizando-se uma análise objetiva do conteúdo da destinação do direito subjetivo violado ou de posição jurídica análoga à luz do ordenamento jurídico brasileiro e uma análise dinâmica das vantagens econômicas auferidas pelo agente a partir da intervenção. Isso porque a redação do artigo 884 do CC/2002 permite elucidar não só a acepção alargada de enriquecimento obtido “à custa de outrem”, como também de que o objeto da restituição está vinculado ao montante “indevidamente auferido”.

Isso, inclusive, sem fazer qualquer ligação com o dano ou a responsabilidade civil. A restituição do lucro da intervenção tem lugar sempre que houver um lucro (líquido) no patrimônio daquele que, sem autorização, intervir em um direito subjetivo alheio e, por estar inserido no enriquecimento sem causa, tem total independência em relação ao regime de responsabilidade civil, não havendo o que se falar, ademais, em restituição do lucro da intervenção somente quando os lucros auferidos são maiores do que o dano indenizável⁴⁹⁶.

⁴⁹⁵ BRASIL, STJ. Terceira Turma. *REsp 1698701/RJ*, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Brasília, 02 de outubro de 2018. Destaca-se que o caso será analisado detalhadamente no segundo capítulo desta pesquisa.

⁴⁹⁶ Durante pesquisa realizada em sede de mestrado, partiu-se dos ensinamentos de Pereira Coelho e de Savi, considerando a possibilidade de restituir o lucro da intervenção somente se os lucros fossem superiores ao dano ou se não houvesse danos. Porém, agora, após pesquisa mais aprofundada sobre o desenvolvimento do enriquecimento sem causa, percebe-se que não se pode aderir a esse posicionamento, porque, como evidenciam

Em termos de enquadramento do lucro da intervenção, ainda, dois outros pontos merecem uma análise conclusiva da presente pesquisa: o primeiro relativo à subsidiariedade do enriquecimento sem causa, porque este princípio impossibilitaria, *a priori*, a restituição dos lucros da intervenção quando o ato de intervenção causar não só lucros restituíveis, mas também danos indenizáveis; e o segundo relativo ao enquadramento do lucro da intervenção nos casos de direitos de propriedade industrial, pois acaba existindo aqui uma “exceção” à regra geral já que o legislador nacional reconheceu a possibilidade de restituição dos lucros da intervenção como lucros cessantes presumidos no artigo 210 da Lei de Propriedade Industrial (LPI).

2.6.3 A subsidiariedade do instituto do enriquecimento sem causa e a possibilidade de cumulação das pretensões restitutória e indenizatória

Não passou despercebido pela doutrina civilista brasileira que, nos casos de intervenção desautorizada em direitos subjetivos alheios ou em posições jurídicas análogas, a conduta pode dar origem a benefícios econômicos ao agente interventor, mas também causar danos ao titular do direito. Nesta leitura, igualmente, nem a responsabilidade civil nem o enriquecimento sem causa são institutos capazes de, sozinhos, resolverem a problemática.

Surge daí o problema de avaliar o dogma da subsidiariedade do enriquecimento sem causa, disposto no artigo 886 do Código Civil de 2002: “não caberá a restituição por enriquecimento, se a lei conferir ao lesado outros meios para se ressarcir do prejuízo sofrido”.

De um lado, a doutrina defensora da alocação do lucro da intervenção no enriquecimento sem causa considera que, nessas hipóteses, torna-se necessário reconhecer a possibilidade de cumulação das pretensões indenizatória e restitutória, mormente porque o simples fato de o titular do direito poder exercer a pretensão indenizatória não permite concluir que a legislação eliminou a pretensão ao enriquecimento sem causa, na medida em que os pressupostos econômicos da responsabilidade civil e do enriquecimento sem causa são diversos. Assim, as diferentes funções dos dois institutos fazem com que não seja possível admitir uma integral subsidiariedade da ação restitutória em relação à reparatória⁴⁹⁷. De outro lado, a doutrina adepta ao enquadramento do lucro da intervenção na responsabilidade civil

Schreiber e Guia Silva, tal perspectiva só acaba criando dificuldades práticas, não só porque existe uma independência funcional entre os institutos da responsabilidade civil e do enriquecimento sem causa, mas também pela própria definição do lucro da intervenção enquanto lucros líquidos.

⁴⁹⁷ SAVI, 2012, p. 118. Igualmente: SCHREIBER; GUIA SILVA, 2018; KONDER, 2017; KROETZ, 2005; LINS, 2016; TERRA; GUEDES, 2015; TERRA; GUEDES, 2018; MICHELON JÚNIOR, 2007; e MORAES, 2021.

considera que este requisito claramente impossibilita o recurso do enriquecimento sem causa em cumulação à responsabilidade civil, na medida em que o primeiro é matéria periférica⁴⁹⁸.

O reconhecimento da subsidiariedade do instituto do enriquecimento sem causa na sistemática nacional sempre foi objeto de grandes discussões doutrinárias, principalmente porque não há uma base sólida deste critério, que se firmou com o objetivo de evitar que as regras específicas sejam fraudadas na sistemática brasileira. A ideia central, como visto anteriormente, é que se houver um instituto jurídico a que se possa recorrer para satisfação do interesse do titular do direito ou que já não se possa recorrer diante do decurso do tempo, o instituto do enriquecimento sem causa não pode ser invocado, em prol da segurança jurídica.

A crítica à subsidiariedade não é própria de parte da doutrina nacional, autores portugueses e espanhóis também fazem críticas contundentes ao requisito e que são ainda mais presentes ao tratar das situações de intervenção em direitos subjetivos alheios.

Ao analisar a cláusula de subsidiariedade portuguesa, por exemplo, Menezes Leitão disserta que a disposição “outro meio de ser indenizado ou restituído” contida no artigo 474 do Código Civil português não pode ser entendida amplamente, deve-se delimitar quais são as situações que excluem e as que não excluem a ação de enriquecimento sem causa no país. No âmbito do enriquecimento por intervenção, para o autor português, está claro que as pretensões de responsabilidade civil e de enriquecimento sem causa podem concorrer uma com a outra, justamente porque existe uma diferença funcional entre os dois institutos, havendo apenas que evitar que ocorra uma sobreposição econômica das duas pretensões⁴⁹⁹.

Evidentemente, a mera aplicação em abstrato da subsidiariedade do instituto do enriquecimento sem causa, sob a justificativa de evitar fraude à lei, não é suficiente para compreender o real alcance da subsidiariedade. Deve-se, antes, realizar uma análise concreta para verificar se o ordenamento jurídico nacional tutela tal situação fática de modo específico e qual é propriamente o alcance da norma, haja vista que a finalidade primeira do instituto do enriquecimento sem causa é reequilibrar a ordem natural das riquezas.

Nesse sentido, Nanni ensina que “a verificação da subsidiariedade não deve ser feita abstratamente, *a priori*, mas analisada em concreto conforme as particularidades da questão submetida a julgamento em que se averiguará a possibilidade ou não da existência de outros meios disponíveis ao demandante para recompor-se da perda sofrida.”⁵⁰⁰.

⁴⁹⁸ ROSENVALD; KUPERMAN, 2017; ROSENVALD, 2019; e PAVAN, 2020; e MAIMONE, 2022.

⁴⁹⁹ MENEZES LEITÃO, 2005, p. 919. No mesmo sentido, está: LEITE DE CAMPOS, 1974.

⁵⁰⁰ NANNI, 2004, p. 270. Essa defesa também está em MORAES, 2021, p. 290. Segundo o autor, cabe “analisar a questão a partir da vertente concreta, mas sob a perspectiva da diferença entre os óbices de fato e de direito que eventualmente impedem o acolhimento da pretensão principal” (Idem, p. 290).

No mesmo sentido, Michelin Júnior considera que uma interpretação em abstrato restringe em muito os casos em que o enriquecimento sem causa pode funcionar como fonte autônoma de obrigações e o Código Civil de 2002 é, pois, um código aberto e estabelece inúmeras cláusulas gerais que permitem ampla atualização concreta, sendo também capaz de justificar o entendimento da subsidiariedade a partir de uma análise concreta⁵⁰¹.

Até mesmo em França o entendimento sobre a subsidiariedade não é restritivo. Para que o enriquecimento sem causa seja afastado, é necessário que o remédio específico previsto no ordenamento jurídico seja concretamente suficiente para desfazer o enriquecimento⁵⁰².

Nas palavras de Campos de Leite:

Deste modo, é de assentar na seguinte regra. Em todos os casos em que a lei se refira aos efeitos económicos de uma certa deslocação patrimonial e os regule através de obrigação imposta ao beneficiado como objectivo diverso obrigação de restituir fundada no enriquecimento sem causa, há que proceder à análise da *ratio legis*, de modo a averiguar se as normas consideradas pretendem esgotar - consomem - a tutela jurídica da situação factio⁵⁰³.

Basozabal Arrue pontua ainda que não há nenhuma razão para defender a incompatibilidade entre as ações de danos e de enriquecimentos, ou a subsidiariedade das últimas em relação às primeiras, uma vez que são pretensões com função, fundamento, requisitos e prazos de prescrição totalmente distintos⁵⁰⁴. Outrossim, diante do mesmo suporte fático, pode ocorrer uma concorrência destas pretensões e os tribunais espanhóis entendem pela concorrência das ações de danos e de enriquecimento na contemporaneidade⁵⁰⁵.

Essencialmente, a responsabilidade civil não é apta a promover a remoção dos lucros da intervenção, tampouco os valores de mercado, do patrimônio enriquecido e assim resta satisfeito o requisito da subsidiariedade⁵⁰⁶. Não se pode restringir a aplicabilidade do enriquecimento sem causa quando o ato de intervenção resultar em enriquecimento ao agente ofensor e danos ao titular do direito, haja vista que as pretensões restitutória e indenizatória são fundamentalmente diferentes e o legítimo interesse do titular do direito em ter a ordem natural das riquezas completamente recomposta não pode ficar sem tutela jurídica.

Significa dizer que por intermédio da responsabilidade civil o titular do direito violado obterá a compensação pelos eventuais danos sofridos, e os lucros da intervenção e os valores de mercado serão restituídos à luz do enriquecimento sem causa. Logo, as duas tutelas

⁵⁰¹ MICHELON JÚNIOR, 2007, p. 258-259. Registra-se que o entendimento restrito é adotado em Itália.

⁵⁰² MICHELON JÚNIOR, 2007, p. 258; MORAES, 2021, p. 295.

⁵⁰³ LEITE DE CAMPOS., 1974, p. 325.

⁵⁰⁴ BASOZABAL ARRUE, 1998, p. 104.

⁵⁰⁵ BASOZABAL ARRUE, 2019, p. 119.

⁵⁰⁶ Nesse sentido, TERRA; GUEDES. 2018.

obrigacionais podem ser cumuladas no Brasil, na medida em que os requisitos dos dois institutos forem preenchidos, colocando o intérprete julgador a decidir apenas em relação a uma possível “correlação entre valor da restituição e valor da indenização”⁵⁰⁷.

No entanto, torna-se aqui importante realizar uma crítica ao enquadramento dos valores de mercado nos casos de uso indevido da imagem alheia pela jurisprudência, porque a Corte Superior entende os valores de mercado como danos indenizáveis ao invés de enriquecimento a ser restituído nestas hipóteses, tanto que ao decidir sobre a possibilidade de cumulação das pretensões indenizatória e restituitória, no caso da atriz Giovanna Antonelli, o Ministro relator Ricardo Villas Bôas Cueva concluiu:

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 titular⁵⁰⁸.

Desta forma, passa-se a tecer algumas críticas nesse sentido no próximo subtítulo.

2.6.4 Os valores de mercado nos casos de publicação não autorizada da imagem alheia

Desde os idos do Código Civil de 1916, a jurisprudência do STJ pacificou o entendimento de que “independe de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais”, o qual restou sumulado em 28 de outubro de 2009 (Súmula nº 403)⁵⁰⁹. O entendimento segue, até hoje, no sentido de

⁵⁰⁷ SCHREIBER; GUIA SILVA, 2018, p. 197. Savi afirma ainda que “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.” (SAVI, 2012, p. 121).

⁵⁰⁸ BRASIL, STJ. Terceira Turma. *REsp 1698701/RJ*, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Brasília, 02 de outubro de 2018. É importante destacar que a Corte Superior vem, reiteradamente, entendendo os valores de mercado enquanto danos patrimoniais nos casos de uso indevido da imagem alheia.

⁵⁰⁹ BRASIL, STJ. *Súmula nº 403*. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2014_38_capSumula403.pdf. Acesso em: 27 nov. 2022. A súmula foi editada no ano de 2009, mas o entendimento se consagrou a partir das decisões que ocorreram na vigência do Código Civil de 1916, quais sejam: BRASIL, STJ. Terceira Turma. *REsp 138.883-PE*, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito. Brasília, 04 de agosto de 1998; BRASIL, STJ. Terceira Turma. *REsp 85.905-RJ*, Rel. Min. Ari Pargendler. Brasília, 19 de novembro de 1999; BRASIL, STJ. Quarta Turma. *REsp 267.529/RJ*, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Brasília, 3 de outubro de 2000; BRASIL, STJ. Terceira Turma. *REsp 270.730/RJ*, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Rel. p/ Acórdão Min. Nancy Andrighi. Brasília, 19 de dezembro de 2000; e BRASIL, STJ. Quarta Turma. *REsp 331.517-GO*, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha. Brasília, 27 de novembro de 2001. Após a vigência do

que o uso não autorizado de imagem de uma pessoa com fins econômicos ou comerciais dá ensejo ao dever de indenizar os danos, independentemente da prova do prejuízo.

Um dos primeiros casos envolvendo o uso indevido da imagem alheia⁵¹⁰ ocorreu, ainda na vigência do CC/1916, nas páginas do álbum de figurinhas denominado 'Heróis do Tri', desenvolvido pela Editora Abril S.A. e autorizado pela Confederação Brasileira de Futebol (CBF). O voto, da lavra do então Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior, debruçou-se na proteção ao direito de imagem. A decisão restou firmada no sentido de que a utilização da imagem dos jogadores de futebol ocorreu, simplesmente, para satisfazer interesse comercial e não informativo, inexistindo qualquer relação com o direito de arena⁵¹¹.

O uso comercial da imagem é totalmente vedado sem o consentimento do titular, e assim, como se extrai dos fundamentos da decisão, o prejuízo “está na própria violação, na utilização do bem que integra o patrimônio jurídico personalíssimo do titular. Só aí já está o dano moral. Além disso, também poderia ocorrer o dano patrimonial, pela perda dos lucros que tal utilização poderia acarretar, seja pela utilização feita pelas demandadas, seja por inviabilizar ou dificultar a participação em outras atividades do gênero”⁵¹².

Alguns anos depois, o então Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira trouxe o debate sobre os danos materiais decorrentes do uso sem autorização da imagem alheia de forma fervorosa à Corte Superior. A demanda envolvia a utilização indevida do nome e da imagem de um corretor de seguros, bem-sucedido à época, por uma empresa, também corretora de seguros, através da publicação de uma matéria paga no jornal “O Globo” e em outros periódicos editados

Código Civil de 2002, ademais o entendimento não foi alterado, os precedentes citados na edição da súmula foram: BRASIL, STJ. Terceira Turma. *REsp 230.268-SP*, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Brasília, 11 de dezembro de 2002; BRASIL, STJ. Terceira Turma. *REsp 207.165-SP*, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro. Brasília, 26 de outubro de 2004; BRASIL, STJ. Quarta Turma. *REsp 1.053.534-RN*, Rel. Min. Fernando Gonçalves. Brasília, 23 de setembro de 2008; BRASIL, STJ. Terceira Turma. *REsp 1.082.878-RJ*, Rel. Min. Nancy Andrighi. Brasília, 14 de outubro de 2008; mas é possível verificar outros no mesmo período.

⁵¹⁰ Para essa pesquisa optou-se por investigar as decisões do Superior Tribunal de Justiça, do Tribunais de Justiça dos Estados do Rio de Janeiro e de São Paulo, dado o número de decisões envolvendo pessoas famosas. Os parâmetros utilizados foram “direito de imagem” ou “imagem”, sendo combinados com os termos “indenização” ou “uso indevido”. Como a presente pesquisa não tem a pretensão de esgotar o tema, mas apenas demonstrar o atual posicionamento da jurisprudência nacional, limita-se a citar casos emblemáticos.

⁵¹¹ O direito de arena, em síntese, atribui às entidades esportivas a possibilidade de fixação, transmissão e retransmissão do espetáculo desportivo público, limitando a este.

⁵¹² BRASIL, STJ. Quarta Turma. *REsp 46.420/SP*, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Brasília, 12 de setembro de 1994. Em outra decisão envolvendo vítimas da violação ao direito de imagem, no caso Heróis do Tri, o Ministro reformou a decisão do Tribunal de origem para afastar como critério para fixação dos danos auferidos o lucro que os ofensores obtiveram com a venda dos álbuns de figurinha, justificando que “o prejuízo sofrido pela vítima do ato ilícito não corresponde ao lucro do negócio, que pode ter fracassado e apresentar saldo negativo, mas nem por isso desaparece a infração e o dever de indenizar” (BRASIL, STJ. Quarta Turma. *REsp 100764/RJ*, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar Junior. Brasília, 16 de março de 1998). O entendimento foi mantido pelo Ministro Aldir Passarinho Junior em 2005, em outra demanda envolvendo o mesmo álbum de figurinhas (BRASIL, STJ. Quarta Turma. *REsp 113.963/SP*, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior. Brasília, 20 de setembro de 2005).

pela própria empresa “Icatu em Ação” e “Galo de Ouro”. A sentença em primeiro grau condenou a empresa interventora ao pagamento de 1.250 salários-mínimos a título de indenização por danos materiais considerando a utilização indevida da imagem alheia. O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em sede recursal, minorou o *quantum* (500 salários-mínimos) e determinou a exclusão das publicações desautorizadas.

Após recurso da empresa ré, o STJ entendeu, por maioria, ser devida a indenização por danos materiais no montante de 100 salários-mínimos, sob o fundamento “o direito à imagem reveste-se de duplo conteúdo: moral, porque direito de personalidade; patrimonial, porque assentado no princípio segundo o qual a ninguém é lícito locupletar-se à custa alheia”⁵¹³.

Tal entendimento também foi seguido no emblemático caso da atriz Maitê Proença, que pleiteou indenização pelos prejuízos suportados a partir da publicação, pelo jornal Tribuna da Imprensa, de uma de suas fotografias extraídas, sem qualquer autorização, do ensaio fotográfico realizado, este conscientemente, para a Revista Playboy⁵¹⁴.

O voto da lavra da Ministra Nancy Andrighi seguiu no sentido:

A licitude do uso da imagem alheia não se limita à simples anuência ou autorização. O direito moderno a recebe como um bem, cuja disposição assume, principalmente no mundo artístico, contrato expresso, dada a necessidade de disciplina detalhada dos direitos e obrigações às partes contratantes. Imagem é um direito que compõe a personalidade jurídica, o qual possui conotação patrimonial, especialmente neste final de século que a mídia, fenômeno global, adotou-se de grande parcela da circulação de riquezas. O ato ilícito, usurpar do domínio de imagem, à toda evidência, no mundo fático, é capaz de gerar, como já reconhecido pelo Eg. Tribunal de origem, o dano material, e, simultaneamente dano moral, pois a simples exposição pública pode, à psique (personificação da alma), causar a dor, que em nosso sistema jurídico, a partir da Carta de 1988, passou, de forma inquestionável, ser um direito subjetivo protegido juridicamente⁵¹⁵.

⁵¹³ BRASIL, STJ. Quarta Turma. *REsp* 267.529/RJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Brasília, 3 de outubro de 2000. O Supremo Tribunal Federal, em decisão de relatoria do Ministro Luiz Rafael Mayer, indicou que a “divulgação da imagem de pessoa, sem o seu consentimento, para fins de publicidade comercial, implica em locupletamento ilícito à custa de outrem, que impõe a reparação do dano” (RTJ nº 104/801).

⁵¹⁴ BRASIL, STJ. Terceira Turma. *REsp* 270.730/RJ, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Rel. p/ Acórdão Min. Nancy Andrighi. Brasília, 19 de dezembro de 2000. A demanda restou conhecida nacionalmente, pois o acórdão relatado pelo Des. Wilson Marques (TJRJ) utilizou como fundamento, para indeferimento da indenização por danos imateriais, a seguinte frase: “só mulher feia pode ser sentir humilhada, constrangida, vezada em ver seu corpo desnudo estampado em jornais ou revistas. As bonitas, não. Fosse a autora uma mulher feia, gorda, cheia de estrias, de celulite, de culote e de pelancas, a publicação de sua fotografia desnuda – ou quase – em jornal de grande circulação, certamente lhe acarretaria um grande vexame, muita humilhação, constrangimento enorme, sofrimento sem conta, a justificar – aí sim – o seu pedido de indenização de dano moral, a lhe servir de letivo para o mal sofrido” (BRASIL, TJ/RJ. Segundo Grupo de Câmaras Cíveis. *Emb. Inf.* 250/99, Rel. Des. Wilson Marques. Rio de Janeiro, 23 de fevereiro de 2000). A decisão restou, por maioria, reformada no STJ. Registra-se que em outra demanda, envolvendo o uso não autorizado da imagem desnuda do ator Maurício Mattar, sob a relatoria do Des. Sérgio Cavalieri Filho, o TJ/RJ também negou a indenização por dano imaterial, sob o fundamento de não existir agressão à sua honra dado que o autor em outras oportunidades já teve fotografias publicadas nesse sentido. A demanda restou procedente tão somente no que tange aos danos materiais em razão da publicação não autorizada (BRASIL, TJ/RJ. *Ap. n.º* 534/94, Rel. Des. Sérgio Cavalieri Filho. Rio de Janeiro, 26 de abril de 1994).

⁵¹⁵ BRASIL, STJ. Terceira Turma. *REsp* 270.730/RJ, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Rel. p/ Acórdão Min. Nancy Andrighi. Brasília, 19 de dezembro de 2000.

Esse posicionamento ainda foi replicado pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro no, também conhecido, caso da atriz Malu Mader. Um periódico de grande circulação no Rio de Janeiro publicou imagens congeladas de uma minissérie em que a atriz aparecia desnuda. A matéria ganhou a primeira página do periódico e a chamada “*Malu Nua*”. A atriz, porém, jamais aceitou convite algum para posar nua, visando preservar reputação e sua família.

O Tribunal estadual entendeu, segundo o entendimento do STJ, que a utilização sem autorização da imagem da atriz pelo jornal implica em danos patrimoniais à atriz, traduzidos nos valores de mercado, ou seja, no cachê que a atriz cobraria para realização dos serviços, como se infere do trecho dos votos:

[...] o dano negativo indenizável que é representado pelo lucro cessante, isto é, não pelo preço ou valor daquilo que se perdeu, mas daquilo que se deixou de ganhar ou perceber e que se mostra como perda efetiva ao que viria, desde que não ocorresse a violação ou ofensa ao direitos de imagem (Des. Rel. Marcus Tullius Alves).

[...]

O dano material, bem enfocado pelo ilustre sentenciante e também o eminente Relator, é evidente. E o parâmetro a ser adotado é o que cobraria a Autora para posar nua nas mesmas circunstâncias em que foi noticiado pela Ré (Des. Paulo Cesar Salomão)⁵¹⁶.

Em sede de Embargos Infringentes o então Desembargador Jorge de Miranda Magalhães sustentou que atriz é uma das mais famosas artistas à época, de renome nacional e internacional, justificando o cachê equivalente aos mais altos já pagos no país, pelas revistas especializadas nesses tipos de publicação, ou seja, um milhão de reais⁵¹⁷.

Todos os julgados analisados deixam, portanto, transparecer o próprio equívoco na concepção de danos patrimoniais pela Corte Superior nestes casos – seguida pelos demais tribunais nacionais no decorrer dos anos –. Tal contradição resta aparente no voto do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, citado em diversas decisões até a contemporaneidade, para justificar a indenização de danos patrimoniais, ao discorrer que “o direito à imagem reveste-se de duplo conteúdo: moral, porque direito de personalidade; *patrimonial, porque assentado no princípio segundo o qual a ninguém é lícito locupletar-se à custa alheia*”.

Evidentemente se há locupletamento à custa alheia no caso analisado, a solução deve ser a restituição deste montante segundo as regras do enriquecimento sem causa e não sob o manto da responsabilidade civil⁵¹⁸. A obrigação de restituir o enriquecimento nasce justamente do aproveitamento indevido de direitos subjetivos alheios ou de posições jurídicas análogas e,

⁵¹⁶ BRASIL, TJ/RJ, Nona Câmara Cível, *Ap. 20.737/00*, Autos n. 0099697-26.1999.8.19.0001. Rel. Des. Marcus Tullius Alves. Rio de Janeiro, 13 de março de 2001 (sem grifos no original).

⁵¹⁷ BRASIL, TJ/RJ, Nona Câmara Cível. *Emb. Inf. 0099697-26.1999.8.19.0001*. Rel. Des. Jorge de Miranda Magalhães. Rio de Janeiro, 11 de dezembro de 2001.

⁵¹⁸ Esta conclusão é evidenciada também por HILDEBRAND, 2010, p. 176.

portanto, protege o legítimo interesse do prejudicado – daquele que deixou de perceber pelo uso da imagem – na remoção para o seu patrimônio do acréscimo auferido “à sua custa” pelo beneficiário⁵¹⁹. O que se está tutelando, com o “caráter patrimonial” do direito à imagem, é o direito de uso exclusivo da imagem pelo seu titular (seu conteúdo de destinação), não havendo dano patrimonial indenizável, segundo as diretrizes da responsabilidade civil⁵²⁰.

A divulgação sem autorização da imagem, dos escritos ou da palavra alheia para fins comerciais restou tutelada no artigo 20 do Código Civil de 2002 que assegura, diante do requerimento do titular do direito, a indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais⁵²¹. Todavia, mesmo com a redação do artigo, não há o que se falar em indenização por danos patrimoniais como disposto na jurisprudência brasileira, diante da concepção de dano indenizável e da própria locução “que couber” constante no artigo 20, não existindo qualquer presunção legislativa.

Nesse sentido, Alvim ensina que como regra geral se deve ter presente que a inexistência de dano é óbice à pretensão de uma reparação. Ainda que haja violação de um dever jurídico e que tenha existido culpa e, até mesmo, dolo por parte do lesante, nenhuma indenização será devida, uma vez que não se tenha verificado dano (prejuízo). Isto porque essa regra decorre dos princípios, pois a responsabilidade, independentemente de dano, redundaria em mera punição do devedor, com invasão da esfera do direito penal⁵²².

Hildebrand, ao analisar as decisões do Tribunal nos casos de uso de indevido da imagem alheia, por sua vez, também se posiciona no sentido de não existir qualquer fundamento

⁵¹⁹ NORONHA, 2013, p. 444-445.

⁵²⁰ Atualmente, a discussão sobre a presunção dos danos imateriais permeia as decisões do STJ, como, por exemplo, no caso do uso indevido da imagem da atriz Danielle Winits (Danielle Winitskowski de Azevedo): RESPONSABILIDADE CIVIL. IMAGENS DE ATRIZ DE DORSO FRONTAL DESNUDO, ORIGINALMENTE LEVADAS AO AR EM MÍDIA TELEVISIVA, PUBLICADAS EM REVISTA DE GRANDE CIRCULAÇÃO. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO. USO INDEVIDO DE IMAGEM. DANOS MATERIAIS E MORAIS CONFIGURADOS. 1. No caso em julgamento, a revista, ao publicar as imagens da atriz, com dorso frontal desnudo, em meio absolutamente diferenciado daquele inicialmente concebido para o trabalho artístico, causou dano à autora. Isso porque a veiculação de imagens desse jaez, em ambientes diversos dos recônditos em que normalmente transitam publicações de cunho sensual, possui a virtualidade de causar, na pessoa retratada, ofensa à sua honra subjetiva, em razão da circulação de sua imagem – até então destinada a certo trabalho artístico – em local diverso daquele contratado e autorizado. 2. Ademais, as imagens publicadas em mídia televisiva são exibidas durante fração de segundos, em horário restrito e em um contexto peculiarmente criado para aquela obra, bem diverso do que ocorre com a captura de uma cena e sua publicação em meio de comunicação impresso, o qual, pela sua própria natureza, possui a potencialidade de perpetuar a exposição e, por consequência, o constrangimento experimentado. 3. Vencido o relator, em parte, pois concedia indenização mais ampla (Súmula 403), a ser arbitrada em liquidação. 4. Recurso especial conhecido e parcialmente provido (BRASIL, STJ. Quarta Turma. *REsp 1200482/RJ*, Rel. Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, 09 de novembro de 2010).

⁵²¹ 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.

⁵²² ALVIM, 1980, p. 181.

para a configuração dos danos materiais como exposto nos julgados analisados. Para o autor, “é fácil notar que o caso em questão trata de um enriquecimento por intervenção no direito alheio, estando presentes todos os pressupostos da obrigação restitutória: houve enriquecimento às custas do titular da imagem sem título justificativo”⁵²³.

Deve-se assim considerar o cachê enquanto enriquecimento sem causa, como ocorre nos demais casos de uso indevido do direito alheio, salvo as disposições do artigo 210 da Lei de Propriedade Industrial que, como será visto, são *lege lata* danos patrimoniais.

2.6.5 O artigo 210 da Lei de Propriedade Industrial

O legislador brasileiro ao regular os direitos relativos à propriedade industrial, promulgando a Lei de Propriedade Industrial (LPI) (lei nº 9.279 de 14 de maio de 1996), assegurou ao titular do direito violado a indenização pelos eventuais danos sofridos⁵²⁴, assim como consagrou, como critérios de aferição dos lucros cessantes, três possibilidades: i) benefícios que o prejudicado teria auferido se a violação não tivesse ocorrido; ii) benefícios que foram auferidos pelo autor da violação do direito; e iii) remuneração que o autor da violação teria pago ao titular do direito violado pela concessão de uma licença que lhe permitisse legalmente explorar o bem; devendo ser concedido aquele mais favorável à vítima (art. 210).

A solução legislativa, embora no mesmo sentido da Diretiva 2004/48/CE e das legislações dos demais países europeus estudados⁵²⁵, confunde claramente o perfil funcional dos institutos da responsabilidade civil e do enriquecimento sem causa, ao consagrar nos incisos II e III do artigo 210 da LPI as vantagens patrimoniais auferidas pelo ofensor no âmbito dos lucros cessantes e, por isso, a doutrina nacional – que defende o lucro da intervenção nos quadros do enriquecimento sem causa – vem criticando a colocação legislativa.

Guedes entende, por exemplo, que a função dos lucros cessantes no âmbito do instituto da responsabilidade civil é “flagrantemente reparatória não sendo, portanto, recomendável introduzir na aferição desta faceta do dano patrimonial critérios que sequer são afeitos à

⁵²³ HILDEBRAND, 2010, p. 176.

⁵²⁴ Art. 209. Fica ressalvado ao prejudicado o direito de haver perdas e danos em ressarcimento de prejuízos causados por atos de violação de direitos de propriedade industrial e atos de concorrência desleal não previstos nesta Lei, tendentes a prejudicar a reputação ou os negócios alheios, a criar confusão entre estabelecimentos comerciais, industriais ou prestadores de serviço, ou entre os produtos e serviços postos no comércio. § 1º Poderá o juiz, nos autos da própria ação, para evitar dano irreparável ou de difícil reparação, determinar liminarmente a sustação da violação ou de ato que a enseje, antes da citação do réu, mediante, caso julgue necessário, caução em dinheiro ou garantia fidejussória. § 2º Nos casos de reprodução ou de imitação flagrante de marca registrada, o juiz poderá determinar a apreensão de todas as mercadorias, produtos, objetos, embalagens, etiquetas e outros que contenham a marca falsificada ou imitada.

⁵²⁵ A crítica se estende aos demais ordenamentos estudados.

responsabilidade civil, sob pena de a reparação dos lucros cessantes se transformar numa verdadeira *caixa de Pandora*⁵²⁶.

Um dos primeiros critérios de catalogação dos prejuízos, cujas raízes residem no Direito Romano, foi justamente a classificação dos danos patrimoniais em danos emergentes e lucros cessantes. Os primeiros abrangem os danos decorrentes do desfalque imediato sofrido e o segundo àquilo que deixará de ingressar no patrimônio da vítima em virtude do dano⁵²⁷.

Nas palavras de Pontes de Miranda, “o dano pode consistir em diminuição do patrimônio no momento do fato que o causou, ou em impedimento de elevação do patrimônio; ali, o dano é emergente, *damnum emergens*; aqui, lucro cessante, *lucrum cessans*”⁵²⁸.

A determinação dos lucros cessantes para efeitos de sua completa reparação, como a diminuição potencial do patrimônio da vítima em decorrência do evento danoso, mostra-se, como ensina Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, complexa. O julgador brasileiro tem na razoabilidade o critério de mensuração destes danos, mas a civilística nacional é específica ao consagrar que não basta a simples possibilidade de uma vantagem econômica, algo meramente hipotético, necessitando que tenha por base uma situação fática concreta⁵²⁹.

Logo, na crítica desenvolvida por Konder, a opção legislativa se trata de “uma confusão conceitual, já que não há como afirmar que tenha sido a ação do interventor que tenha impedido o titular de direito de ganhar algo que seria razoável reputar que ele ganharia⁵³⁰”. Ademais, a própria natureza das vantagens econômicas auferidas pelo agente causador do dano é totalmente diversa do dano, ainda que em sua modalidade de lucros cessantes.

Michelon Júnior disserta que os lucros cessantes são aqueles proveitos que não são obtidos pela vítima e que, presumivelmente, seriam-no se não houvesse ocorrido o evento danoso. Esse conceito jamais abarcou os lucros da intervenção e o que ocorre na LPI não é, portanto, efetivamente um direito à indenização pelos lucros cessantes, mas “um impropriamente denominado direito à restituição do enriquecimento por intervenção”⁵³¹.

Corroborando, Kroetz afirma que “os benefícios auferidos pelo autor da violação do direito (inciso II) e a remuneração pela licença de exploração do bem hipoteticamente devida

⁵²⁶ GUEDES, 2011, p. 223 (grifos no original). As críticas também são realizadas por LINS, 2016, p. 25; SAVI, 2012, p. 84; SCHREIBER; e GUIA SILVA, 2018, p. 187. Ademais, Nelson Rosenvald também acaba defendendo a incompatibilidade dos lucros cessantes nos termos indicados pela norma, embora entenda, por outras vias, que o lugar do lucro da intervenção é no instituto da responsabilidade civil, *vide*: ROSENVALD, 2019, p. 412 e ss.

⁵²⁷ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da Reparação Integral*: indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 183.

⁵²⁸ PONTES DE MIRANDA, Tomo XXII, 1958, p. 213. A diretriz se encontra consagrada no artigo 402 do Código Civil brasileiro, como evidenciado no título anterior.

⁵²⁹ SANSEVERINO, 2010, p. 185-186.

⁵³⁰ KONDER, 2017, p. 237.

⁵³¹ MICHELON JÚNIOR, 2007, p. 201-202.

ao titular do direito violado (inciso III) são hipóteses em que se descrevem aportes indevidos incorporados ao patrimônio do infrator do direito de propriedade e como tal devem ser restituídos com fulcro na sistemática do enriquecimento sem causa.”⁵³².

A justificativa legislativa na escolha do lucro da intervenção e dos valores de mercado como parâmetros para aferição dos lucros cessantes foi a dificuldade quase insuperável que o titular do direito teria para provar, uma vez violada a patente, o modelo de utilidade e até mesmo a marca, a extensão dos seus lucros cessantes⁵³³. Todavia, tal justificativa não se mostra suficiente para romper as diferenças existentes entre a responsabilidade civil e o enriquecimento sem causa. O legislador nacional deveria ter construído no âmbito do segundo instituto as possibilidades de restituição das vantagens econômicas auferidas pelo interventor, dado que o instituto já era defendido pela doutrina à época, sendo necessária uma verdadeira mudança legislativa. Tanto a restituição do lucro da intervenção, quanto dos valores de mercado deveriam estar consagradas em um artigo próprio, em cumulação aos eventuais danos sofridos⁵³⁴.

Evidentemente não se pode olvidar que a norma é peculiar à violação dos direitos de propriedade industrial, devendo ser aplicada nos exatos termos previstos e não ser estendida para os demais casos de intervenção nos direitos subjetivos alheios ou nas posições jurídicas análogas no ordenamento jurídico nacional. Afinal, o conhecido terceiro método de cálculo “não é forma adequada de tratamento dogmático das intervenções sobre bem imateriais⁵³⁵”.

⁵³² KROETZ, 2005, p. 168

⁵³³ GUEDES, 2011, p. 220.

⁵³⁴⁵³⁵ A despeito da tecnicidade equivocada e as críticas doutrinárias, o STJ vem aplicando as disposições legislativas, nas últimas duas décadas, sem maiores reflexões. Em regra, o Tribunal entende que, uma vez ocorrendo o uso indevido de um dos direitos de propriedade industrial, resta caracterizada a existência do dano patrimonial na modalidade de lucros cessantes, que será apurado em liquidação de sentença, observando o artigo 210 da LPI. Nesse sentido, estão: BRASIL, STJ. Quarta Turma. *REsp 101.059/RJ*, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar. Brasília, 7 de abril de 1997; BRASIL, STJ. Quarta Turma. *REsp 101.118/PR*, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Brasília, 11 de setembro de 2000; BRASIL, STJ. Terceira Turma. *REsp. 466.761/RJ*, Rel. Min. Nancy Andrighi. Brasília, 03 de maio de 2003; BRASIL, STJ. Quarta Turma. *REsp 125.694/RJ*, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior. Brasília, 25 de outubro de 2005; BRASIL, STJ. Quarta Turma. *AgRg no REsp 1097702/RS*, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior. Brasília, 03 de agosto de 2010; BRASIL, STJ. Terceira Turma. *REsp n. 1.200.677/CE*, Rel. Min. Sidnei Beneti, Brasília, 18 de dezembro de 2012; BRASIL, STJ. Terceira Turma. *REsp 1635556/SP*, Rel. Min. Nancy Andrighi. Brasília, 10 de novembro de 2016; BRASIL, STJ. Quarta Turma. *REsp n. 1.179.048/SC*, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, Brasília, 13 de abril de 2021.

⁵³⁵ MENEZES LEITÃO, 2005, p. 708.

3 A RESTITUIÇÃO DO LUCRO DA INTERVENÇÃO NOS CASOS DE TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS NO BRASIL

Superada a dificuldade do enquadramento do lucro da intervenção do ordenamento jurídico nacional, passa-se a verificar se e em que medida é possível fundamentar uma pretensão ao lucro da intervenção, enquanto enriquecimento sem causa, nos casos de tratamento de dados pessoais no ordenamento jurídico nacional.

3.1 A DIMENSÃO OPERATIVA DO CONTEÚDO DE DESTINAÇÃO

A *condictio* por intervenção opera, como visto ao longo do capítulo anterior, como um remédio restitutivo nos casos de intervenções, não autorizadas, nos direitos de outrem. Todavia, não basta identificar a ocorrência de um enriquecimento a partir de um ato de intervenção não autorizado em um direito alheio para deflagrar essa modalidade de enriquecimento sem causa, deve-se, antes, verificar se esse enriquecimento se deu às custas de outrem, o que ocorrerá se o direito violado possuir conteúdo de destinação.

A aceção de conteúdo de destinação está, pois, relacionada ao reconhecimento por um ordenamento jurídico de determinadas posições jurídicas que conferem ao seu respectivo titular não só a faculdade, plena e exclusiva, de desfrute e disposição, como também os proveitos derivados de sua exploração econômica⁵³⁶. Trata-se do que a doutrina estrangeira convencionou chamar de monopólio de exploração ou aproveitamento econômico. Ou seja, somente aquelas posições jurídicas que contenham exploração econômica ou aproveitamento econômico⁵³⁷ e reservam ao seu respectivo titular esse aproveitamento e a possibilidade de excluir terceiros são efetivamente tutelados pela *condictio* por intervenção⁵³⁸.

À luz de Leite de Campos,

A cisão entre o *direito de excluir terceiros* e a exclusividade do aproveitamento econômico deve ter-se por excepcional nos direitos que permitem o aproveitamento

⁵³⁶ BASOZABAL ARRUE, 1998, p. 81; CERVANTES, 2012, p. 1131; FARIÑA, 2022, p. 100.

⁵³⁷ Leite de Campos bem resume ao afirmar: “precisando melhor, diríamos que reservam para o titular toda a utilidade retirável dos bem que têm por objecto.” (LEITE DE CAMPOS, 1974, p. 483). Dannemann extrai de uma decisão proferida pelo BGH: “o conteúdo de destinação da posição jurídica protegida corresponde a uma reivindicação proibitiva pelo titular do direito; é um direito dessa pessoa permitir a exploração econômica desse direito por terceiros que, de outra forma, estariam excluídos de seu uso.”. Tradução livre de: “*The content of attribution of the protected legal position corresponds to a prohibitory claim by the owner of the right; it is in the gift of this person to allow the economic exploitation of this right by a third party who would otherwise be excluded from its use.*” (BGH 9.3.1989, BGHZ 107, 117 *apud* DANNEMANN, 2009, p. 261).

⁵³⁸ Em defesa deste critério no Brasil, está KROETZ, 2005, p. 124; MICHELON JÚNIOR, 2007, p. 199; MORAES, 2020, p. 318 e ss.

econômico de certos bens. Será pouco crível, com efeito, que o legislador queira assegurar o gozo de certo bem, com todas as utilidades dele decorrentes, a um certo sujeito, enquanto no patrimônio deste, e, uma vez usufruído *contra legem* por outrem, a protecção ao titular do direito lesado diminua⁵³⁹.

Significa dizer que quando houver uma vantagem econômica derivada da utilização, do consumo ou da exploração, sem autorização, em uma posição jurídica com aproveitamento econômico, mesmo que o titular desta posição jurídica nunca obtivesse essa vantagem por um ato próprio, a ele pertence, cabendo a tutela da *condictio* por intervenção para reaver os valores de mercado e os lucros (líquidos) provenientes desta intervenção injustificada, nos limites do resultado da continuação da atuação jurídica da posição usurpada.

Tal critério é aceito pela doutrina estrangeira dominante porque é capaz, de um lado, de eliminar do âmbito de protecção do enriquecimento sem causa as expectativas ou as meras possibilidades de comercialização de uma posição jurídica e, de outro, de permitir o reconhecimento de novas situações fáticas merecedoras de tutela jurídica. O aproveitamento econômico incorpora, como ensina Basozabal Arrue, uma visão dinâmica do ordenamento jurídico, econômico e social, sensível à realidade comercializável, aos perigos derivados de uma excessiva monopolização de posições jurídicas e as flutuações dos valores no mercado, uma vez que a juridicidade deste critério reside no fato de que não é o mercado que concede aproveitamento econômico sobre uma referida posição, mas sim o ordenamento jurídico. O mercado evidencia a existência de um valor comercial para uma posição, sobre a qual o ordenamento jurídico concederá o aproveitamento econômico ao seu titular⁵⁴⁰.

A tutela da *condictio* por intervenção, portanto, não está vinculada a uma seleção de posições jurídicas previamente especificadas por um determinado ordenamento jurídico⁵⁴¹, existindo apenas alguns critérios orientativos estabelecidos pela civilística para eliminar a protecção desta modalidade de enriquecimento sem causa, ainda que se possa identificar uma posição jurídica que detenha certo aproveitamento econômico.

A esse respeito, Basozabal Arrue ensina:

A teoria da atribuição necessita, através da análise de cada direito ou posição jurídica com conteúdo de atribuição, estabelecer dois limites, um superior e outro inferior, que

⁵³⁹ LEITE DE CAMPOS, 1974, p. 483 (grifos no original).

⁵⁴⁰ BASOZABAL ARRUE, 1998, p. 84.

⁵⁴¹ BASOZABAL ARRUE, 1998, p. 128; e CERVANTES, 2012, p. 1130. Michelon Júnior pontua que “a existência do enriquecimento por intromissão, como uma modalidade de enriquecimento sem causa que independe de qualquer diminuição patrimonial do empobrecido, é uma consequência da aceitação de que as atribuições patrimoniais efetuadas por meio da concessão de posições jurídicas ativas (p. ex., de direitos subjetivos) possuem um conteúdo que inclui o monopólio da exploração do objeto desses direitos subjetivos. Todavia, não há consenso sobre (1) quais posições jurídicas geram esse monopólio da exploração e (2) qual a extensão desse monopólio de exploração” (MICHELON JÚNIOR, 2007, p. 199-200). No mesmo sentido, há MORAES, 2020, p. 320.

permitam delimitar o âmbito de proteção da *condictio*. Pelo primeiro exclui a proteção de bens indisponíveis ou cuja "contratualização" (entendida como mecanismo que articula a obrigação de restituição) possa ser contrária à lei ou aos bons costumes [...]; pelo segundo, nega-se a proteção contra condutas inatacáveis como expressão básica do exercício da liberdade de ação (o dono de uma árvore nada pode exigir de seu vizinho que desfruta da sombra da árvore projetada em sua propriedade)⁵⁴².

Nestes casos a *condictio* por intervenção não pode proporcionar uma solução adequada, na medida em que tem como função elementar a reintegração econômica das posições jurídicas usurpadas, mormente quando inexistente um mercado lícito de comercialização dessa posição jurídica. A depender do caso concreto, é possível recorrer à tutela de outros remédios jurídicos que não a tutela do enriquecimento sem causa, a qual não pode servir exclusivamente como proteção contra a antijuricidade da conduta do agente interventor⁵⁴³.

Nitidamente, a identificação do critério do conteúdo de destinação demanda uma análise concreta e dinâmica de cada caso e está relacionada diretamente ao ordenamento jurídico que se insere a casuística⁵⁴⁴. Todavia, torna-se inegável a identidade da tutela da *condictio* por intervenção com a grande maioria dos direitos subjetivos absolutos, na medida em que são direitos oponíveis *erga omnes*, a exemplo do direito de propriedade, dos direitos de propriedade industrial e intelectual e de alguns direitos da personalidade⁵⁴⁵.

Nesse contexto, o ordenamento jurídico brasileiro tutela o direito à propriedade privada (art. 5º, inc. XXII, da CRFB/88) e os direitos ao nome e ao pseudônimo (arts. 16 a 19 do CC/2002), garante a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas (art. 5º, inc. X, da CRFB/88 e arts. 21 e 22 do CC/2002) e assegura os direitos de propriedade intelectual e industrial (art. 5º, incs. XXVII, XXVIII e XXIX, da CRFB/88)⁵⁴⁶.

⁵⁴² BASOZABAL ARRUE, 1998, p. 83. No original: “*La teoría de la atribución necesita, a través de un análisis de cada derecho o posición jurídica con contenido de atribución, llegar a la fijación de dos límites, uno superior y otro inferior, que permitan delimitar el ámbito de protección de la condictio. Por el primero se excluye la protección de bienes indisponibles o cuya “contractualización” (entendida como mecanismo que articula la obligación restitutoria) pueda contrariar la ley o las buenas costumbres [...]; por e segundo se niega la protección frente a conductas inatacables como expresión básica de ejercicio de la libertad de actuación (el propietario de un árbol nada puede exigir por el hecho de que su vecino disfrute de la sombra que arroja sobre su predio)*”.

⁵⁴³ BASOZABAL ARRUE, 1998, p. 137.

⁵⁴⁴ Identificar todos os direitos e posições jurídicas que possuem conteúdo de destinação no ordenamento jurídico brasileiro foge ao objetivo do presente trabalho, inclusive. O objetivo deste título é evidenciar algumas situações que podem ser tuteladas pelas *condictio* por intervenção e, ao mesmo tempo, possam ser norte ao tema central.

⁵⁴⁵ NORONHA, 1991, p. 57; BASOZABAL ARRUE, 1998, p. 128; MENEZES LEITÃO, 2005, p. 684; MICHELON JÚNIOR, 2007, p. 200; DANNEMANN, 2009, p. 92; CERVANTES, 2012, p. 1130; e MORAES, 2020, p. 320. Destaca-se que Wilburg tinha como ponto de partida de sua tese os direitos subjetivos absolutos, porém considerava que a pretensão de enriquecimento não se restringe a eles, podendo se dar em outras posições merecedoras de tutela jurídica (WILBURG, 1934 *apud* BASOZABAL ARRUE, 1998, p. 119).

⁵⁴⁶ Extrai-se da CRFB/88: art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; [...] XXII - é garantido o direito de propriedade; [...] XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização,

Tais garantias permitem, *a priori*, que seja reconhecido o conteúdo de destinação jurídico destes direitos subjetivos absolutos na leitura do direito brasileiro, dado que a titularidade exclusiva destes direitos fundamentais, oponíveis *erga omnes*, permite a proteção, o aproveitamento econômico e a exclusão de possíveis intervenções de terceiros, cabendo, nestes casos, a tutela da *condictio* por intervenção, com exceção do direito à honra.

Nota-se que a tutela da *condictio* por intervenção advém da aceitação de uma realidade jurídica e social, que confirma a possibilidade de explorar economicamente os bens da personalidade, estando excluídos desta modalidade de enriquecimento sem causa os casos de mera violação dos direitos da personalidade⁵⁴⁷. Logo, uma eventual intervenção sobre o direito à honra não seria tutelada pela *condictio* por intervenção *a priori*, porque inexistente margem para uma exploração econômica direta da honra na sistemática nacional, assim como em Espanha, Alemanha e Portugal, embora a situação fática possa ser tutelada por outro remédios.

Na síntese conclusiva de Basozabal Arrue:

Não seria muito coerente que o ordenamento jurídico fizesse restituir o preço de um bem que carece de mercado lícito, como o direito à honra. [...] O direito à honra escapa ao âmbito de proteção da *condictio* porque o ordenamento jurídico não permite conceber a reintegração econômica de um bem indisponível; isso não acarreta a sua falta de proteção, já que existem outras medidas civis (cessação, indenização, retratação...) e penais [...] ⁵⁴⁸.

publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar; [...] XXVIII - são assegurados, nos termos da lei: a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas; b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas; XXIX - a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País; [...]. Extrai-se do CC/2002: Art. 16. Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome. Art. 17. O nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória. Art. 18. Sem autorização, não se pode usar o nome alheio em propaganda comercial. Art. 19. O pseudônimo adotado para atividades lícitas goza da proteção que se dá ao nome. 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. [...] Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

⁵⁴⁷ BASOZABAL ARRUE, 1998, p. 170. No mesmo sentido, está CERVANTES, 2012, p. 1158. Destaca-se, neste ponto, as palavras de Basozabal Arrue de que “na atualidade não se pode considerar social ou juridicamente ilícito que uma pessoa disponha dos bens de sua personalidade, ou seja, que fixe um preço por autorizar intervenções na esfera de sua personalidade”. No original: “En la actualidad no puede considerarse social ni jurídicamente ilícito que una persona disponga de los bienes de su personalidad, esto es, que fije un precio por permitir intromisiones en la esfera de su personalidad”. (BASOZABAL ARRUE, 1998, p. 170).

⁵⁴⁸ BASOZABAL ARRUE, 1998, p. 172. No original: “No resultaría muy coherente que el ordenamiento jurídico hiciera restituir el precio de un bien que carece de mercado lícito, como el derecho al honor. [...] El derecho a honor escapa del ámbito de protección de la *condictio* porque el ordenamiento jurídico no permite concebir la reintegración económica de un bien indisponible; esto no provoca su desprotección, ya que, al resto de medidas civiles (cesación, indemnización, retractación...), habrá que sumar las penales [...]”. No mesmo sentido, estão: CERVANTES, 2012, p. 1158; DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON, Luis. *Fundamentos del Derecho civil*

Em sentido semelhante, Cervantes discorre que o critério decisivo para verificar se um direito ou posição jurídica possui, ou não, conteúdo de destinação reside na existência de um “mercado usual e razoável” para se recorrer como meio de apuração e avaliação de eventual vantagem econômica por um agente interventor. Daí por que a doutrina dominante conclui que a *condictio* por intervenção se apresenta como um instrumento eficaz de proteção dos direitos fundamentais à privacidade e à imagem, mas não do direito fundamental à honra⁵⁴⁹.

No entanto, pensa-se que algumas situações fáticas de violação ao direito à honra podem ser capazes de deflagrar a tutela da *condictio* por intervenção, mormente ao considerar que o agente interventor se enriquece, muitas vezes, ao difamar propositalmente pessoa alheia porque sabe que a curiosidade na sociedade contemporânea é capaz de enriquecê-lo. Dito de outra forma, embora a honra não seja propriamente comercializável, pode deflagrar a tutela do enriquecimento sem causa na medida em que dar origem a um enriquecimento, cabendo ao ordenamento jurídico brasileiro reconduzir esse enriquecimento ao seu legítimo titular.

Evidentemente, a linha de proteção da *condictio* por intervenção em um determinado ordenamento jurídico é casuística. Como discorre Menezes Leitão, se, por um lado, não se levantam grandes dúvidas quanto à admissibilidade de aplicação da *condictio* por intervenção em casos de intervenções nos direitos à imagem e ao nome⁵⁵⁰, por outro, muito se questiona sobre a extensão do instituto a outros aspectos do direito da personalidade, como nos casos da expressão oral, cartas pessoais e desenhos privados⁵⁵¹⁵⁵².

Imagine-se, por exemplo, a utilização desautorizada de um brasão de família em garrafas de vinho pela empresa produtora; a publicação desautorizada de anotações de uma determinada pessoa em um jornal, que não possam ser consideradas obras intelectuais, bem como a divulgação de fatos relativos à intimidade da vida privada de outrem, com fins eminentemente lucrativos. Em todos esses casos, especialmente quando esteja em causa a

patrimonial. Tomo V, Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2011, p. 49. DANNEMANN, 2009, p. 95-96; MENEZES LEITÃO, 2005, p. 716.

⁵⁴⁹ CERVANTES, 2012, p. 1158.

⁵⁵⁰ A exploração econômica da imagem e do nome de outrem, sem autorização e sem que a veiculação ocorra no exercício da liberdade de imprensa ou de expressão, são exemplos típicos da *condictio* por intervenção no Brasil, tanto que o *leading case* sobre o lucro da intervenção na sistemática nacional envolveu um caso de violação à imagem e ao nome de uma pessoa famosa. Para maiores considerações, ler: LINS, 2016, p. 199.

⁵⁵¹ MENEZES LEITÃO, 2005, p. 721-722.

⁵⁵² A ênfase atribuída aos direitos da personalidade está vinculada ao objetivo central da presente pesquisa, uma vez que, como será visto nos próximos subtítulos, o direito à proteção de dados pessoais está relacionado diretamente à proteção da personalidade, qualificando-se como direito da personalidade. Dessa forma, anota-se que outras discussões sobre posições jurídicas com conteúdo de destinação são levantadas no estrangeiro, e que fogem dos direitos da personalidade. Discute-se, por exemplo, se a posse, o direito de empresa, o aproveitamento de prestações, o direito de concorrência e a posição concorrencial propriamente dita poderiam ser objeto de tutela da *condictio* por intervenção. Para maiores considerações, ler: MENEZES LEITÃO, 2005, p. 724 e ss.

violação da intimidade da vida privada, para Menezes Leitão, a lesão dos direitos da personalidade é suscetível de produzir vantagens econômicas ao agente interventor, através da exploração comercial diante da curiosidade do público, não fazendo sentido que o titular do direito violado não pudesse exigir do agente interventor, ao lado da tutela indenizatória pelos danos suportados, a restituição daquilo com que ele injustamente se locupletou⁵⁵³.

No mesmo sentido, Basozabal Arrue considera que não existem problemas em reconhecer que a utilização da imagem ou de dados da vida privada de uma pessoa com finalidades comerciais faz nascer a pretensão à *condictio* por intervenção⁵⁵⁴. Um ponto conflituoso para o autor espanhol, porém, diz respeito aos próprios limites da proteção dos direitos da personalidade em respeito às liberdades de informação, utilização e divulgação de dados de interesse público ou mesmo de dados privados de conhecimento público⁵⁵⁵.

Nesse contexto, torna-se discutível na contemporaneidade se o tratamento de dados pessoais deflagra a tutela da *condictio* por intervenção, ou seja, se os dados pessoais são eivados de conteúdo de destinação à luz da destinação jurídica pátria e em quais situações fáticas se justifica a restituição do lucro da intervenção pelos agentes de tratamento.

Indiscutivelmente os avanços contemporâneos promovidos pelas tecnologias digitais revelaram, em todo o mundo, o temerário e veloz interesse comercial nos dados pessoais dos seres humanos nos últimos anos, fenômeno que desencadeou a incorporação, muito recentemente, da disciplina jurídica da proteção de dados pessoais no ordenamento jurídico nacional. De um lado, os dados pessoais passaram a ter valoração econômica significativa na economia de mercado; de outro, a ordem jurídica nacional reconheceu o direito fundamental autônomo à proteção de dados pessoais (art. 5º, inc. LXXIX, da CRFB/88⁵⁵⁶), através da emenda constitucional n. 115 de 10 de fevereiro de 2022, e, no âmbito infraconstitucional, promulgou a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), cuja vigência iniciou em 18 de setembro de 2020, em que atribuiu posições jurídicas subjetivas aos titulares dos dados pessoais e disciplinou as hipóteses de tratamento de dados pelos agentes no Brasil.

Como corolário lógico, torna-se fundamental compreender qual é o papel dos dados pessoais da economia contemporânea e a proteção jurídica conferida aos titulares no ordenamento jurídico brasileiro, bem como as próprias diretrizes da LGPD para o tratamento regular e lícito de dados pessoais para, só então, verificar se é possível restituir os lucros da

⁵⁵³ MENEZES LEITÃO, 2005, p. 722-723.

⁵⁵⁴ BASOZABAL ARRUE, 1998, p. 172. Nesse sentido também está CERVANTES, 2012.

⁵⁵⁵ BASOZABAL ARRUE, 1998, p. 176-177.

⁵⁵⁶ Extraí-se da CRFB/88: art. 5º.[...] LXXIX - é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais.

intervenção nesse contexto. Destaca-se que não só a aceção de conteúdo de destinação e os requisitos da cláusula geral de vedação ao enriquecimento sem causa brasileira fazem nascer tal necessidade, mas também as próprias disposições constitucionais, uma vez que a Magna Carta tutela os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, e reconhece que a ordem econômica deve observar o direito à propriedade privada e à livre concorrência.

3.2 O DESENVOLVIMENTO TECNOLÓGICO E A VIRTUALIZAÇÃO DA VIDA

A tecnologia sempre foi a engrenagem do mundo. Desde a revolução agrícola até as revoluções industriais – as primeiras marcadas pela transição da força muscular à produção mecânica, com a criação da máquina a vapor, o advento da eletricidade e da linha de montagem, e a terceira pela invenção dos semicondutores, do computador e da internet –, a tecnologia estava lá, para tornar a vida dos seres humanos mais fácil e o mercado mais lucrativo⁵⁵⁷.

No estágio contemporâneo, as tecnologias digitais, fundamentadas no computador⁵⁵⁸, no *software* e na *internet*, não são propriamente novas na sociedade, mas estão causando rupturas à terceira revolução industrial, à medida que estão se tornando cada vez mais sofisticadas, integradas e inteligentes e, conseqüentemente, estão causando significativas mudanças na organização social e na economia mundial⁵⁵⁹. Como evidencia Paul Armstrong, “a taxa de mudança vivenciada pela atual geração não tem precedentes”⁵⁶⁰.

Desde o lançamento do primeiro *smartphone*, o *iPhone*, por Steve Jobs, em 29 de junho de 2007, até os dias atuais, pouco mais de quinze anos se passaram e muito se multiplicou em termos de comunicação, comportamento e conectividade⁵⁶¹. Steve Jobs tinha razão ao afirmar que o *iPhone* era um “dispositivo revolucionário que mudaria tudo”⁵⁶². O celular do

⁵⁵⁷ SCHWAB, Klaus. *A Quarta Revolução Industrial*. Tradução de Daniel Moreira Miranda. E-book. São Paulo: Edipro, 2019, p. 19-20.

⁵⁵⁸ Por computador se entende “máquina eletrônica, de uso geral e programável” (ISAACSON, Walter. *Os Inovadores*. E-book. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2021, p. 151).

⁵⁵⁹ SCHWAB, 2019, p. 20.

⁵⁶⁰ ARMSTRONG, 2019, p. 15. Nesse sentido, também está CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. A era da informação: economia, sociedade e cultura. Tradução de Roneide Venâncio Majer. 6 ed. Atual. Jussara Simões. São Paulo: Paz e Terra: 1999, p. 76.

⁵⁶¹ Nesse contexto, registra-se a lição Walter Isaacson: “Os talentos dos dois Steves foram úteis para a criação da era digital”, mas a nova era “se baseou no desenvolvimento de ideias legadas por gerações anteriores. A colaboração não ocorreu apenas entre contemporâneos, mas também entre gerações. Os grandes inovadores foram os que entenderam a trajetória da mudança tecnológica e tomaram o bastão passado pelos inovadores que os precederam. Steve Jobs levou adiante o trabalho de Alan Kay, que levou adiante o de Doug Engelbart, que levou adiante o de J. C. R. Licklider e Vannevar Bush. [...]” (ISAACSON, 2021 p. 731).

⁵⁶² BLOG DO IPHONE. *Apresentação mundial do primeiro Iphone*, janeiro de 2007. Disponível em: https://m.youtube.com/watch?v=B43OhyT_Kb4. Acesso em: 13 jan. 2023. A título de curiosidade, o primeiro *iPhone* a chegar no Brasil foi o *iPhone 3G* (a segunda geração) no ano de 2008. Para maiores considerações, ler: CNN BRASIL. Há 15 anos Steve Jobs apresentava iPhone e promovia revolução tecnológica. 2022. Disponível

futuro, sem teclado físico, com vários ícones na tela principal, com acesso à *internet* e quase que intuitivo aos usuários em geral, realmente mudou o comportamento social⁵⁶³.

Vive-se atualmente um novo espaço-tempo diante da onipresença da *internet* e dos *smartphones*. Adultos, jovens e crianças passaram a acessar diariamente – em qualquer lugar ou em qualquer horário – o ambiente virtual para realização das mais diversas tarefas. Serviços digitais, a exemplo do *Netflix*, *Spotify* e *Uber*, juntamente com as redes sociais, como *Facebook*, *Instagram*, *Twitter*, *WhatsApp*, *Pinterest*, *TikTok*, *YouTube* e *LinkedIn*, os buscadores, como *Google*, *Yahoo* e o *Bing*, e os comércios digitais, como *Amazon*, *eBay* e *Mercado Livre*, fazem parte da vida cotidiana e eram relativamente desconhecidos a poucos anos atrás⁵⁶⁴.

Notadamente, as dificuldades de comunicação entre pessoas distantes, de acesso a mercadorias e serviços, de geolocalização, de locomoção, de acesso aos serviços dos bancos, de acesso à informação nas mais diversas áreas do saber, de ampliação de atividades de trabalho, outrora presentes na sociedade mundialmente, deixaram de existir. Todavia, as tecnologias digitais não estão só facilitando a conectividade e a interatividade social, mas também estão promovendo significativas mudanças no hábito dos seres humanos.

A esse respeito, Gilberto Dupas comenta:

O homem contemporâneo está preso cada vez mais no universo das redes; suas práticas, seu modo de vida são modificados a partir disso, o exterior é introduzido e acolhido pela máquina de comunicar. Como consequência, estabelece-se a confusão das fronteiras entre os lugares de intimidade e o de fora entre o espaço privado e o público⁵⁶⁵.

Os seres humanos estão sofrendo diurnamente os efeitos da virtualização da vida a partir da imersão no ambiente virtual⁵⁶⁶. Por muito tempo, estar presente no ambiente virtual significava ter apenas um número de telefone móvel, um endereço de e-mail e talvez acesso esporádico a uma ou outra rede social, mas atualmente significa rápidas, constantes e múltiplas

em: <https://www.cnnbrasil.com.br/tecnologia/ha-15-anos-steve-jobs-apresentava-iphone-e-promovia-revolucao-tecnologica/>. Acesso em: 13 jan. 2023.

⁵⁶³ Evidentemente os avanços das tecnologias digitais ocorreram não só porque houve o lançamento do *iPhone*, este foi o início de uma mudança comportamental, que teve como plano de fundo, ao longo dos anos, o aumento da capacidade de processamento (a capacidade de processamento dos *smartphones* médios de hoje ultrapassa a dos primeiros computadores); da prototipagem (capacidade de criar produtos em escala real); da miniaturização de materiais e, finalmente, a diminuição dos custos de armazenamento (ARMSTRONG, 2019, p. 14-16).

⁵⁶⁴ Em breve relato, destaca-se que a *Amazon* e o *Yahoo* foram fundados no ano de 1994, o *eBay* no ano de 1995, a *Netflix* no ano de 1997, o *Google* no ano de 1998, o *Mercado Livre* no ano de 1999, o *LinkedIn* no ano de 2002, o *Facebook* no ano de 2004, o *YouTube* no ano de 2005, o *Spotify* e o *Twitter* no ano de 2006, o *Pinterest* no ano de 2008, o *WhatsApp*, o *Bing* e o *Uber* no ano de 2009, o *Instagram* no ano de 2010 e o *TikTok* em 2014.

⁵⁶⁵ DUPAS, Gilberto. *Ética e poder na sociedade da informação: de como a autonomia das novas tecnologias obriga a rever o mito do progresso*. 3.ed. São Paulo: Unesp, 2011, p. 67

⁵⁶⁶ ZAMPIER, Bruno. *Bens digitais: cybercultura, redes sociais, e-mails, músicas, livros, milhas aéreas, moedas virtuais*. 2. ed. Indaiatuba: Foco, 2021, p. 35.

interações através da infinidade de plataformas digitais disponíveis no ambiente virtual⁵⁶⁷. Desde os primeiros minutos do dia até os últimos minutos da noite, os seres humanos se conectam, socializam e interagem por meio da *internet*, para as mais diversas tarefas do cotidiano e por meio nos mais variados dispositivos da tecnologia.

Na reflexão crítica de Umberto Eco,

Nós mal conversamos face a face hoje em dia, nem refletimos sobre assuntos importantes de vida e morte, nem mesmo olhamos para a paisagem enquanto passa pela nossa janela. Em vez disso, nós conversamos obsessivamente em nossos celulares, raramente sobre algo particularmente urgente, desperdiçando nossas vidas em um diálogo com alguém que nem mesmo vemos⁵⁶⁸.

As tecnologias digitais se tornaram imprescindíveis na vida de milhões de seres humanos ao redor do mundo. De acordo com a Forbes Brasil, “na prática, não há mais vida offline sem vida online. Uma se apoia na outra para existir. Estamos conectados 24 horas por dia, sete dias por semana.”, visto que “por meio das redes sociais, bancos, interagimos com a família, amigos, colegas de trabalho, e desde que a cibercultura se tornou presente em quase todas as esferas da nossa vida: trabalho, lazer, família, amigos, educação, a presença da tecnologia passou a se tornar uma necessidade em vez de uma opção.”⁵⁶⁹.

Os indivíduos não conseguem mais viver sem as tecnologias digitais disponíveis na contemporaneidade e estas só se multiplicam diante das novas “necessidades emergentes” da sociedade mundial. Fala-se hoje da *internet* das coisas (*Internet of Things*), expressão comumente utilizada, como ensina Klaus Schwab, para descrever “a relação entre as coisas (produtos, serviços, lugares etc.) e as pessoas que se torna possível por meio de diversas plataformas e tecnologias conectadas”, uma vez que “os sensores e vários outros meios de conectar as coisas do mundo físico às redes virtuais estão se proliferando em um ritmo impressionante. Sensores menores, mais baratos e inteligentes estão sendo instalados em casas, roupas e acessórios, cidades, redes de transportes e energia, bem como nos processos de fabricação”⁵⁷⁰. Com efeito, já é possível se conectar aos mais simples objetos da vida cotidiana como os relógios (*smartwatch*), os fones de ouvido, as televisões (*Smart TVs*), as assistentes virtuais, as fechaduras, as lâmpadas e tomadas, as geladeiras, entre tantos outros exemplos.

⁵⁶⁷ SCHWAB, 2019, p. 151.

⁵⁶⁸ ECO, Umberto. *O celular e a rainha má*. UOL Notícias: Coluna, 2015. Disponível em: <http://noticias.uol.com.br/blogs-e-colunas/coluna/umbertoeco/2015/05/29/o-celular-e-a-rainha-ma.htm>. Acesso em: 13 jan. 2023.

⁵⁶⁹ MATTE, Isabela. Não existe mais vida offline. *Forbes Brasil*. 2023. Disponível em: <https://forbes.com.br/forbes-money/2023/04/isabela-matte-nao-existe-mais-vida-offline-mundo-digital/>. Acesso em: 29 abr. 2023.

⁵⁷⁰ SCHWAB, 2019, p. 33.

Em essência, a virtualização da vida conduziu a sociedade a ter o hábito de acesso diário e constante à *internet* e os *smartphones* foram os peões para a formação deste hábito, mas essa mudança social só foi possível diante do imenso fluxo de dados pessoais deixado no ambiente virtual. Significa dizer que os protagonistas desta mudança são os dados pessoais.

As tecnologias digitais são “tecnologias da informação”⁵⁷¹, uma vez que fornecem, coletam e se alimentam de informações, e dados pessoais são fonte de informações. Desta forma, como um ciclo, ao passo que as novas tecnologias digitais cresceram nos últimos anos, também cresceram o volume de dados pessoais deixados na rede – como um rastro – e os agentes de diversos segmentos buscam, cada vez mais, acessar estes dados e usá-los em seus negócios. Mas, para que mais dados sejam coletados, analisados e compartilhados, é necessário que existam mais fontes de coletas e, por isso, novas tecnologias digitais são criadas⁵⁷².

Segundo Fernando Amaral,

Se há algumas décadas tínhamos *mainframes* e alguns computadores pessoais produzindo dados, hoje dados são produzidos massivamente em redes sociais, comunidades virtuais, blogs, dispositivos médicos, TVs digitais, cartões inteligentes, sensores em carros, trens e aviões, leitores de código de barra e identificadores por radiofrequência, câmeras de vigilância, celulares, sistemas informatizados, satélites, entre outros. Tudo isso produz dados em formatos, velocidades e volumes variados. Uma miríade nunca antes imaginada de produção de dados⁵⁷³.

⁵⁷¹ O termo “tecnologias da informação” foi utilizado pela primeira vez em um artigo de Harold Leavitt e Thomas Whisler, publicado na *Harvard Business Review* em 1958. Sua definição é composta por três partes relacionadas: técnicas para processar rapidamente grandes quantidades de informações; aplicação de métodos estatísticos e matemáticos para problemas de tomada de decisão; e simulação de pensamento de ordem superior por meio de programas de computador (LEAVITT, Harold; WHISLER, Thomas. Management in the 1980's. *Harvard Business Review*, 1958. Disponível em: <https://hbr.org/1958/11/management-in-the-1980s>. Acesso em: 15 jan. 2023).

⁵⁷² Para maiores considerações, ler: ACQUISTI, Alessandro; TAYLOR, Curtis; WAGMAN, Liad. The Economics of Privacy. *Journal of Economic Literature*, v. 54, n. 2, p. 442-492, jun. 2016.

⁵⁷³ AMARAL, Fernando. *Introdução à ciência de dados: mineração de dados e big data*. Rio de Janeiro: Alta Books, 2016, p. 27. Anota-se que não é objetivo da presente pesquisa identificar como ocorre a coleta de dados pessoais, mas sim evidenciar o valor dos dados pessoais. É importante destacar, nesse contexto, que existem inúmeras fontes e formas de coletar dados pessoais no ambiente virtual, desde os clássicos modelos de coleta de dados do mercado, a exemplo, das pesquisas de satisfação, dos formulários, das transações comerciais, dos registros públicos, até outras formas mais complexas, a exemplo dos sensores e dos *cookies*. Esse últimos são entendidos pela ANPD como “arquivos instalados no dispositivo de um usuário que permitem a coleta de determinadas informações, inclusive de dados pessoais em algumas situações, visando ao atendimento de finalidades diversas” (ANPD. *Cookies* e proteção de dados pessoais. Guia orientativo. Outubro, 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/anpd/pt-br/documentos-e-publicacoes/guia-orientativo-cookies-e-protecao-de-dados-pessoais.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2023). De acordo com a definição de Laura Schertel Mendes, ainda “os *cookies* são marcadores digitais que são automaticamente inseridos por *websites* visitados, nos discos rígidos do computador do consumidor, em sua casa ou no seu local de trabalho, para possibilitar a sua identificação e a memorização de todos os seus movimentos. Agem quase sempre sem que o internauta tenha conhecimento, podendo trazer benefícios ou malefícios, conforme o caso. Por um lado, são os cookies que permitem aos internautas a memorização de senhas e a personalização de serviços. Por outro, quando o computador é associado aos dados do internauta, a partir de seus dados pessoais fornecidos a um determinado site, esses marcadores tornam-se ameaçadores à privacidade. Ademais, quando inseridos por um longo período, os cookies possibilitam o rastreamento do comportamento do usuário em diversos sites.” (MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor*: linhas gerais de um novo direito fundamental. E-book. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1998-1999).

Daí por que Manuel Castells há muito salientou que a característica fundamental da atual revolução tecnológica é justamente a aplicação das informações coletadas na geração de conhecimento e de novos dispositivos da informação, em um ciclo de realimentação cumulativo entre inovação e seu uso. Esse ciclo de realimentação – entre a introdução de uma nova tecnologia, seus usos e seus desenvolvimentos em novos domínios – torna-se ainda mais rápido a cada novo paradigma tecnológico e, conseqüentemente, a difusão da tecnologia amplifica seu poder de forma infinita, à medida que os usuários estão cada vez mais conectados⁵⁷⁴.

Dessa forma, passa-se a compreender este ecossistema e o papel dos dados pessoais.

3.3 O INTERESSE COMERCIAL NOS DADOS PESSOAIS

“Os dados são o novo petróleo”⁵⁷⁵. Essa expressão, cunhada originalmente pelo matemático britânico Clive Humby em 2006, ganhou destaque mundial após uma publicação do jornal *The Economist* em 2017⁵⁷⁶ e, apesar das muitas repercussões positivas e negativas, resume bem o crescente interesse comercial nos dados pessoais nos últimos anos.

O processo contemporâneo de virtualização da vida tem gerado quantidades incalculáveis de dados pessoais diariamente – estima-se que, a cada minuto, 5,7 milhões de pesquisas são realizadas no *Google*, 167 milhões de vídeos são vistos no *TikTok*, 240 mil fotos são compartilhadas no *Facebook*, 65 mil fotos são publicadas no *Instagram*, 41 milhões de mensagens são trocadas no *WhatsApp* e 283 mil dólares são gastos na *Amazon*⁵⁷⁷ – e o interesse comercial nesta abundante matéria-prima está relacionado diretamente ao grau de informação e conhecimento que os dados pessoais, ao serem devidamente coletados e refinados nos processos analíticos, podem gerar para os mais diversos segmentos econômicos.

Por isso, o paralelo entre dados e petróleo. Tais recursos não só são abundantes mundialmente⁵⁷⁸, mas também se assemelham na medida em que, para serem economicamente lucrativos, precisam ser refinados⁵⁷⁹. Para a economia da informação, os dados pessoais

⁵⁷⁴ CASTELLS, 1999, p. 69.

⁵⁷⁵ Tradução livre de: “*Data is the new oil*”.

⁵⁷⁶ THE ECONOMIST. *The world's most valuable resource is no longer oil but data*. 2017. Disponível em: <https://www.economist.com/leaders/2017/05/06/the-worlds-most-valuable-resource-is-no-longer-oil-but-data>. Acesso em: 16 jan. 2023.

⁵⁷⁷ DOMO. *Data Never Sleeps*. 2021. Disponível em: <https://www.domo.com/data-never-sleeps>. Acesso em: 15 jan. 2023.

⁵⁷⁸ Não é desconhecimento que o petróleo é um combustível fóssil e não renovável. Daqui advém, inclusive, a maior parte das críticas sobre “os dados serem o novo petróleo”. Para compreender melhor as críticas à comparação, ler: VIANNA, Fernando. Se os Dados são o Novo Petróleo, Onde Estão os Royalties? O Neoliberalismo na Era dos Dados. *Revista Gestão & Conexões*. Vitória (ES), v. 10, n. 3, set/dez, 2021.

⁵⁷⁹ Não é desconhecimento desta pesquisadora que muitos autores preferem o termo minerar, ou seja, que os dados são minerados ao invés de refinados.

singularmente considerados, muitas vezes, não são valiosos, seu valor é originado quando é reunido de forma rápida, completa e precisa para ser conectado a outros dados pessoais relevantes. Quando devidamente refinados, os dados pessoais se tornam uma importante ferramenta de tomada de decisão, fornecendo conhecimento necessário para que os diversos agentes econômicos possam reagir ao mercado de forma proativa e intencional⁵⁸⁰.

Todavia, o valor dos dados pessoais não se resume aos processos de refinamento. Atualmente, a monetização dos dados pessoais acaba ocorrendo em três situações distintas na economia da informação. A primeira está relacionada à aplicação dos dados pessoais após a atividade de refinamento e extração de conhecimento, de forma a gerar lucros ou reduzir despesas para os diversos agentes econômicos. A segunda se refere à utilização dos dados pessoais *per se* ou de um conjunto de dados relativos à uma pessoa natural, sem um grande processo de refinamento, para algumas atividades economicamente lucrativas. A terceira diz respeito à venda propriamente dita dos dados pessoais coletados ou de *insights* extraídos a partir do processo de refinamento de dados pessoais, para que outros agentes possam tomar suas próprias decisões estratégicas baseadas nos resultados alcançados.

Daí por que a corrida mercadológica das *big techs*⁵⁸¹ tem início na coleta do maior número possível de dados pessoais. À medida que os dados pessoais são coletados, armazenados e processados, essas grandes empresas da tecnologia conseguem rastrear não só os fluxos de interações dos usuários e armazenar um volume incalculável de dados pessoais, como também identificar tendências e padrões de comportamento que permitem a formação de verdadeiros perfis dos usuários-consumidores (*profiling*)⁵⁸². Com base nisso, as *big techs* conseguem ainda oferecer personalização, desenvolver novos produtos e serviços, individualizar cada vez mais as estratégias de *marketing* e obter outros *insights* valiosos que auxiliam na tomada de decisão estratégica e impulsionam os lucros.

⁵⁸⁰ KENWAY. *Is data really the new oil?* Disponível em: <https://www.kenwayconsulting.com/blog/data-is-the-new-oil/>. Acesso em: 16 jan. 2023.

⁵⁸¹ As Big Techs são as grandes empresas de tecnologia, atualmente: Apple, Amazon, Meta, Microsoft e Alphabet (AAA.INOVAÇÃO. *Big Techs: o que são e o que esperar das gigantes da tecnologia em 2023?* Disponível em: <https://blog.aaainovacao.com.br/big-techs-gigantes-da-tecnologia/>. Acesso em: 17 jan. 2023).

⁵⁸² Rafael Zanatta pontua que “No dicionário de língua inglesa, *profiling* (expressão inglesa de perfilação) significa “o ato ou processo de extrapolar informação sobre uma pessoa baseado em traços ou tendências conhecidas”. Na tradição da ciência da informação anglo-saxônica, a perfilação se refere ao processo de construção e aplicação de um perfil de usuário (*user profile*) gerado por análises de dados computadorizadas. No campo do direito, no entanto, há poucas definições precisas sobre perfilação. Uma exceção é o pioneiro artigo de Roger Clarke, publicado no *Journal of Law and Information Science* em 1993, que definiu a perfilação como “uma técnica em que um conjunto de características de uma determinada classe de pessoa é inferido a partir de experiências passadas e, em seguida, dados armazenados são pesquisados para indivíduos com um ajuste quase perfeito a esse conjunto de características”.” (ZANATTA, Rafael. *Perfilação, Discriminação e Direitos: do Código de Defesa do Consumidor à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais*, 2019, p. 04-05).

Evidentemente não é novidade que a busca por informação e conhecimento, através da coleta de dados do mercado, de consumidores e de concorrentes, faz parte do ecossistema mercadológico. Pesquisas de mercado sempre foram ferramentas essenciais na identificação de oportunidades, de potenciais competitivos, de estratégia de vendas e de *marketing*, de novos produtos e serviços para a economia global. A grande diferença é que as tecnologias da informação possuem maior captura total do tempo de seus usuários e de forma rápida e constante, e isso não apenas do tempo de atenção como os tradicionais programas de rádio e televisão, mas também do maior número possível de atividades de vida cotidiana⁵⁸³.

Veja-se o exemplo do *Google*. Embora seus fundadores não tivessem pretensões lucrativas com a plataforma inicialmente, o principal negócio do *Google* atualmente é a publicidade digital⁵⁸⁴. O *Google* atua com “intermediador” ou “mediador” em um clássico mercado de dois lados (*two-sided markets*)⁵⁸⁵. Do lado da busca, a plataforma promove o encontro dos usuários com o conteúdo que procuram naquele momento. Do lado da publicidade, permite o encontro de sujeitos que querem divulgar alguma coisa como aqueles sujeitos que querem comprá-las ou acessá-las⁵⁸⁶. Os primeiros não possuem contraprestação pecuniária para fruição dos serviços (*zero-price*), apesar de receberem um conteúdo personalizado a cada nova busca, e os segundos pagam pelos anúncios, de acordo com os objetivos pré-definidos da campanha publicitária e da taxa de conversão realizada⁵⁸⁷.

Entretanto, essa interação só ocorre porque o *Google* coleta os dados pessoais dos usuários para direcionar os anúncios publicitários, de acordo com o perfil de cada usuário.

⁵⁸³ CAMARGO, Gustavo Xavier de. *A vedação à gratuidade compulsória dos serviços digitais como forma de proteção dos dados pessoais dos usuários consumidores e mitigação do abuso de posição dominante pelas plataformas de dois ou múltiplos lados*. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Direito. Centro de Ciências Jurídicas. Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2020, p. 46.

⁵⁸⁴ PARISER, Eli. *O filtro invisível: o que a internet está escondendo de você*. Tradução de Diego Alfaro. E-book. Rio de Janeiro: Zahar, 2012, p. 30. O *Google* nasceu das pesquisas de doutoramento de Larry Page e Sergey Brin na Universidade de Stanford, na Califórnia, e ficava hospedado em *google.stanford.edu* (PARISER, 2012, p. 31).

⁵⁸⁵ Anota-se que os mercados de dois lados não nasceram com as plataformas digitais, apenas se tornaram mais comuns diante da redução dos custos de distribuição da *internet*. Além disso, inúmeros são os exemplos de plataformas de dois lados no universo das redes e que não são necessariamente gratuitos, como aplicações de transporte, aplicações de compartilhamento de imóveis ou de entrega de comida (CAMARGO, 2020, p. 85). Aliás, hoje já estão presentes os mercados de múltiplos lados, verdadeiros aproximados de diversos grupos no ambiente virtual, como ocorre no *Facebook*. (CAMARGO, 2020, p. 146).

⁵⁸⁶ CAMARGO, 2020, p. 85.

⁵⁸⁷ Não é objetivo desta pesquisa identificar a operação de monetização do *Google*, que ocorre majoritariamente através da plataforma *Google Ads*. Em apertada síntese, os anunciantes podem segmentar seus anúncios para os tipos de clientes desejados e filtrar aqueles que não interessam, assim como podem configurar suas campanhas publicitárias através do uso de palavras-chave, dado que o *Google* não fornece os dados pessoais dos usuários diretamente aos anunciantes. Estes só possuem acesso ao resultado de suas campanhas, as quais podem, a depender do objetivo primário, aparecer na Rede de Pesquisa, *Google Shopping*, Rede de Display ou em outras plataformas do *Google*, como o *YouTube*. Para maiores considerações, ler: GOOGLE ADS. *Seu guia do Google Ads*. Disponível em: <https://support.google.com/google-ads/answer/6336021>. Acesso em: 17 jan. 2023.

Localização, idioma, navegadores e dispositivos, endereço de IP, termos de busca, vídeos, informações de voz e áudio, atividades de compras, histórico de navegação do *Chrome*, mensagens e chamadas recebidas, número de telefone, endereço de e-mail do remetente e destinatário, horário e data de chamadas e mensagens, duração das chamadas, esses são alguns dos dados pessoais que o *Google* coleta em suas operações diariamente⁵⁸⁸.

Quanto maior o número de usuários e de interações, maior a quantidade de dados pessoais coletados e a plataforma, conseqüentemente, aumenta sua eficácia na entrega de seus serviços a seus usuários, gerando mais resultados lucrativos também para os anunciantes⁵⁸⁹.

Da mesma forma que o *Google*, o *Facebook* e o *Instagram* também não exigem contraprestações pecuniárias diretas de seus usuários para fruição dos serviços ofertados. A principal forma de monetização destas redes sociais está nos dados pessoais coletados – imagens, vídeos, áudios, *hashtags*, comentários, curtidas, compartilhamentos, preferências, tempo e hábitos de navegação – e no tempo despendido pelos usuários. Quanto maior o tempo dos usuários nas redes sociais, maior o número de interações com outros usuários, e as plataformas conseguem identificar o perfil comportamental de cada um, a fim de direcionar o fluxo de anúncios publicitários e de postagens nos *feeds* de notícias dos usuários.

Em essência, as plataformas digitais ao fixarem as estratégias de dominação do tempo dos usuários e de prestação gratuita de serviços digitais (*zero-price*) estão, de um lado, identificando ao máximo seus usuários para fornecerem a mensagem publicitária mais adequada e, de outro, inserem mecanismos de captura de dados pessoais em situações nas quais os usuários não estão utilizando diretamente os produtos destes fornecedores⁵⁹⁰.

Conforme os próprios termos de uso do *Facebook*:

Não cobramos pelo uso do Facebook ou de outros produtos e serviços cobertos por estes Termos, a menos que exista outra informação. *Em vez disso, empresas, organizações e outras pessoas nos pagam para lhe mostrar anúncios dos seus produtos e serviços.* Ao usar nossos produtos, você concorda que podemos mostrar anúncios que consideramos como possivelmente relevantes para você e seus interesses. *Usamos seus dados pessoais para ajudar a determinar quais anúncios personalizados serão mostrados a você.*

[...]

Proporcionar uma experiência personalizada para você:

sua experiência no Facebook não se compara à de mais ninguém. Isso inclui desde as publicações, os stories, os eventos, os anúncios e outros conteúdos que você vê no Feed de Notícias do Facebook ou na nossa plataforma de vídeo até as Páginas do Facebook que você segue e outros recursos que pode usar, como o Facebook Marketplace e a pesquisa. Por exemplo, usamos os dados sobre as conexões que você

⁵⁸⁸ GOOGLE. *Política de Privacidade*, de 15 de dezembro de 2022. Disponível em: <https://policies.google.com/privacy?hl=pt-BR>. Acesso em: 17 jan. 2023.

⁵⁸⁹ CAMARGO, 2020, p. 90.

⁵⁹⁰ CAMARGO, 2020, p. 46.

faz, as escolhas e as configurações que seleciona e o que compartilha e faz dentro e fora dos nossos Produtos para personalizar a sua experiência⁵⁹¹.

Tal ecossistema de monetização é bem resumido por Eli Pariser, ao asseverar que “a fórmula dos gigantes da *internet* para essa estratégia de negócios é simples: quanto mais personalizadas forem suas ofertas de informação, mais anúncios eles conseguirão vender e maior será a chance de que você compre os produtos oferecidos.”⁵⁹².

A forma originária de monetização destas plataformas é, portanto, o que se convencionou chamar de publicidade direcionada na contemporaneidade⁵⁹³. Todavia, o conhecimento extraído do grande volume de dados pessoais coletados pelo *Facebook* e *Instagram* permite que a Meta⁵⁹⁴ invista em outras fontes lucrativas, como os óculos de realidade virtual e os óculos inteligentes recentemente lançados. O mesmo ocorre com o *Alphabet*⁵⁹⁵, que possui outros tantos produtos e serviços lucrativos, a exemplo do sistema operacional *Android*, do *Google Docs*, do *Google Maps*, do *Chrome*, do *Google Wi-Fi* etc.

Por outro lado, o modelo de negócio da *Amazon* não está inserido na metodologia “preço zero” e mesmo assim a empresa se utiliza da coleta de dados pessoais. Embora conhecida mundialmente como uma plataforma de venda de produtos *on-line*, com alta eficiência de entrega e boas ofertas, a *Amazon* coleta dados pessoais diariamente para a personalização de sua plataforma, assim como para o fornecimento de anúncios de acordo com as buscas dos usuários⁵⁹⁶ e o desenvolvimento de novos produtos. Afinal, o objetivo de Jeff Bezos, fundador

⁵⁹¹ META. *Termos de serviço*, de 4 de janeiro de 2022. Disponível em: <https://www.facebook.com/legal/terms>. Acesso em: 16 jan. 2023 (grifos nossos).

⁵⁹² PARISER, 2012, p. 10. Nesse contexto, o autor pontua ainda que “O Google e o Facebook tiveram pontos de partida e estratégias diferentes – um deles apoiou-se nas relações entre informações, o outro nas relações entre pessoas –, porém, em última análise, os dois competem pelos mesmos dólares advindos da publicidade.” (PARISER, 2012, p. 39).

⁵⁹³ Em apertada síntese, a publicidade direcionada está relacionada com a capacidade de apresentar um conteúdo personalizado a cada consumidor, no momento e localização pretendidos. Diferentemente da publicidade tradicional, que busca atingir o maior número de pessoas, a publicidade direcionada busca atingir um público-alvo, de acordo com o segmento em que a empresa está inserida. Ou seja, centra-se em um grupo específico que é mais propenso a se interessar pelo seu produto ou serviço ofertado. Para maiores considerações, ler: BATISTA, Manuel Moreira. *Tensões entre Privacidade e Publicidade Direcionada*. Dissertação de Mestrado. Gestão de Sistemas de Informação. Instituto Universitário de Lisboa. Lisboa, 2020. Disponível em: https://repositorio.iscte-iul.pt/bitstream/10071/21072/1/master_manuel_moreira_batista.pdf. Acesso em: 16 jan. 2023.

⁵⁹⁴ Em outubro de 2021, o *Facebook* passou a ser *Meta*, ou seja, empresa que possui serviços como *Facebook*, *WhatsApp*, *Instagram* e etc. De acordo com Mark Zuckerberg, CEO da empresa, “Hoje, somos vistos como uma empresa de redes sociais. Mas em nosso DNA somos uma empresa que cria tecnologia para conectar pessoas. E o metaverso é a próxima fronteira, tal como as redes sociais eram quando começamos” (CNN BRASIL. *Facebook muda nome para Meta*. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/business/facebook-muda-nome-para-meta/>. Acesso em: 16 jan. 2023).

⁵⁹⁵ *Holding* que abriga e faz a gestão dos negócios que integram o *Google Inc*.

⁵⁹⁶ Nota-se que a *Amazon* também atua como uma plataforma de dois lados, existindo na plataforma anúncios próprios e de terceiros, chamados pela *Amazon* de “vendedores independentes”.

da *Amazon*, era “aprimorar o processo da descoberta: uma loja personalizada que ajudasse os leitores a encontrar livros e lhes apresentasse títulos novos”⁵⁹⁷.

Da política de privacidade da *Amazon*, verifica-se que a plataforma coleta dados de procura e compra de produtos, *download*, vídeos, utilização de conteúdo em um dispositivo, nomes, senhas, números de telefone, dados bancários, localização de compra e entrega, endereço de IP, data e hora, imagens, listas de lembretes e ocasiões especiais, avaliações dos usuários, entre tantos outros, para promover a personalização aos usuários⁵⁹⁸.

Não obstante, a *Amazon* não está limitada à plataforma de vendas *on-line* atualmente e também coleta e armazena dados pessoais por meio de seus produtos, a exemplo da assistente pessoal *Alexa*, do dispositivo de leitura digital *Kindle*, das suas plataformas de vídeo (*Amazon Prime*) e música (*Amazon Music*), das câmeras de segurança e de monitores de atividade física.

Percebe-se que a *Amazon* revela uma enorme capacidade de coletar e processar dados de seus usuários-consumidores, principalmente os dados mais sensíveis. Recentemente, no estado norte-americano da Virgínia, Ibraheem Samirah, então membro do legislativo estadunidense (2021), para debate sobre regulamentação da coleta de dados privados no estado, requereu junto à *Amazon* a lista de dados coletados relativos à sua pessoa. Não só dados de busca no sítio eletrônico, mas números de todos os telefones, registros de trechos de leituras religiosas, dados sobre preferências e dados sobre a saúde de Samirah estavam registados. Na ocasião, ainda, estimou-se que só nos Estados Unidos, entre dezembro de 2017 e junho de 2021, a *Amazon* teria armazenado, por meio da assistente de voz, mais de 90 mil gravações de familiares, conforme dados conhecidos pelos pesquisadores⁵⁹⁹.

De acordo com a política de privacidade da assistente virtual da *Amazon*, o dispositivo não grava todas as conversas detectadas dos usuários, apenas aquelas que são antecedidas pela palavra de ativação “Alexa”. Basicamente, após a identificação, a gravação é enviada à nuvem

⁵⁹⁷ PARISER, 2012, p. 21. Anota-se que a *Amazon* nasceu com o objetivo de criar uma livraria *on-line* e personalizada. Pariser pontua que “os livros eram um produto ideal por várias razões. Primeiro, porque a indústria de livros era descentralizada; a maior editora, a Random House, controlava apenas 10% do mercado. Se um editor não lhe quisesse vender livros, muitos outros venderiam. E, diferentemente de outros produtos, as pessoas não precisariam de muito tempo para se acostumar com a venda de livros *on-line* – a maior parte da venda de livros já ocorria fora das livrarias tradicionais, e, ao contrário das roupas, não precisamos provar os livros. Mas a principal razão pela qual eles pareciam uma opção tentadora era sua abundância – havia 3 milhões de títulos ativos em 1994, comparados aos 300 mil CDs. Uma livraria física jamais conseguiria estocar tantos livros; uma livraria *on-line*, sim. [...] Sem limite físico para o número de livros que ele poderia estocar, seria possível oferecer centenas de milhares de títulos a mais do que os gigantes da indústria, como a Borders ou a Barnes & Noble; ao mesmo tempo, ele poderia criar uma experiência mais íntima e pessoal do que a das grandes cadeias” (*Idem*, p. 26).

⁵⁹⁸ AMAZON. *Notificação de Privacidade da Amazon*, de 29 de junho de 2022. Disponível em: <https://www.amazon.com.br/gp/help/customer/display.html>. Acesso em: 17 jan. 2023.

⁵⁹⁹ CNN BRASIL. *Veja quais dados pessoais a Amazon coleta de seus clientes e como isso é feito*. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/business/veja-quais-dados-pessoais-a-amazon-coleta-de-seus-clientes-e-como-isso-e-feito/>. Acesso em: 17 jan. 2023.

para que os sistemas de reconhecimento de fala e compreensão da linguagem natural da *Amazon* possam processar e responder à solicitação do usuário, sendo arquivadas ao final⁶⁰⁰.

Os filtros da personalização também fazem parte do cotidiano da *Apple* e *Microsoft*. A primeira conhecida pela venda de produtos eletrônicos de consumo (computadores, *smartphones*, *tablets*, fones de ouvido, relógios); e a segunda conhecida pelo sistema operacional *Windows* e por *softwares* como o pacote *Office*, mas ambas possuem o objetivo de proporcionar a melhor experiência de consumo a seus consumidores, por meio de *hardwares*, *softwares*, programas e serviços inovadores e, para tanto, também realizam a coleta, o processamento e o armazenamento de dados pessoais de seus usuários.

Entre dados sobre a conta (nome, e-mail, número de telefone, idade e aparelhos registrados), dados sobre o aparelho (número de série, tipos de navegador e aplicativos), dados sobre pagamentos e transações (endereço de cobrança e forma de pagamento, dados bancários e número de cartões), dados de uso diário (atividade e uso das ofertas, históricos de navegação e busca, interação do produto, dados de falhas e desempenho), dados de localização, saúde e bem-estar, dados financeiros (salário, renda e informações de ativos) e outras informações fornecidas pelo usuário, a *Apple* declara em sua última política de privacidade que realiza tão somente a coleta de dados pessoais necessários⁶⁰¹.

Além disso, a *Apple* informa que utiliza os “dados pessoais para potencializar os serviços, processar suas transações, comunicar-se com você [usuário], garantir a segurança e evitar fraudes e seguir a lei. Também podemos usar os dados pessoais para outros fins, mas com o seu consentimento”, assim como que “pode compartilhar dados pessoais com empresas afiliadas da *Apple*, prestadores de serviço que agem em nosso nome, parceiros, desenvolvedores, editores ou outros sob sua orientação”⁶⁰².

Por sua vez, a *Microsoft* declara que coleta dados pessoais dos usuários por meio das interações realizadas e de seus produtos, e que os compartilha mediante o consentimento do usuário ou então para concluir transações ou fornecer um determinado produto. Entre os dados coletados estão nome, e-mail, endereço, número de telefone, senhas, idade, sexo, país, idioma preferencial, voz, número de cartão de crédito, histórico de navegação, dados sobre os sistemas operacionais e outros *softwares* instalados em seu dispositivo, endereço IP, interesses e

⁶⁰⁰ AMAZON. *Alexa, Dispositivos Echo e Sua Privacidade*, de 29 de junho de 2022. Disponível em: https://www.amazon.com.br/gp/help/customer/display.html?nodeId=GX7NJQ4ZB8MHFRNJ#GUID-5EE39294-A02A-4A77-A911-F1C6521D4919_SECTION_4936D74EC5704A8FB49D1B061F8AB6B8. Acesso em: 17 jan. 2023.

⁶⁰¹ APPLE. *Política de Privacidade da Apple*, de 22 de dezembro de 2022. Disponível em: <https://www.apple.com/legal/privacy/br/>. Acesso em: 17 jan. 2023.

⁶⁰² APPLE, 2022.

favoritos, conteúdo consumido (por exemplo, vídeos, músicas, áudios, livros, aplicativos e jogos), imagens, vídeos, localização e dados sociais e de tráfego⁶⁰³.

O interesse comercial das *big techs* tornam-nas verdadeiras concentradoras de dados pessoais, imensas estruturas tecnológicas que detêm “*data power*”, diante da verdadeira posição de dominância que se encontram no mercado contemporâneo devido ao volume, à variedade e à velocidade que os dados pessoais são coletados diariamente e da estrutura tecnológica de processamento que possuem, muito fundadas nas “necessidades emergentes” dos usuários e na inexistência, *a priori*, de venda direta dos dados coletados⁶⁰⁴.

Como resume Orla Lynskey:

O *data power* é uma forma multifacetada de poder disponível para plataformas digitais, decorrente de seu controle sobre os fluxos de dados. Como as plataformas on-line atuam como uma interface entre seus vários constituintes (provedores de conteúdo, anunciantes, usuários individuais etc.), elas estão em uma posição única para controlar o fluxo de informações entre os participantes no ecossistema digital e coletar dados sobre as ações de cada uma dessas partes na esfera digital⁶⁰⁵.

Todavia, o interesse comercial nos dados pessoais não é próprio das *big techs*, embora tais empresas sejam impulsionadoras da economia da informação e detentoras de um incalculável fluxo de dados pessoais. Atualmente, inúmeros *players* econômicos estão centrados na coleta de dados pessoais porque visualizaram uma grande oportunidade para melhoramento de seu *core business*, para criação e aperfeiçoamento de produtos e serviços, para o direcionamento de *marketing* e aumento de clientes e de “cliques” ou, simplesmente, para a ascensão de novos modelos de negócios baseados em dados pessoais⁶⁰⁶.

⁶⁰³ MICROSOFT. *Política de Privacidade da Microsoft*, fevereiro de 2023. Disponível em: <https://privacy.microsoft.com/pt-br/privacystatement>. Acesso em: 19 jan. 2023.

⁶⁰⁴ CAMARGO, 2020, p. 87.

⁶⁰⁵ LYNKEY, Orla. Grappling with “data power”: Normative nudges from data protection and privacy. *Theoretical Inquiries in Law*, v. 20, n. 1, p. 189–220, 2019, p. 196. No original: *Data power is a multifaceted form of power available to digital platforms, arising from their control over data flows. As online platforms act as an interface between their various constituents (content providers, advertisers, individual users, etc.), they are in a unique position to control the flow of information between participants in the digital ecosystem, and to gather data about the actions of each of these parties in the digital sphere.* A autora ainda anota que embora todas as plataformas digitais tenham capacidade de coletar e controlar dados pessoais atualmente, algumas empresas – a exemplo das *big techs* – possuem uma capacidade superior de fazer isso em razão do volume e da variedade de dados que possuem e essas empresas têm “poder de dados” (LYNSKEY, 2019, p. 197).

⁶⁰⁶ A Comissão Europeia desde 2015 vem destacando que o mercado de dados pessoais está crescendo e os modelos de negócio baseados na monetização de dados estão se tornando predominantes através da “*Proposals for Directives of the European Parliament and of the Council (1) on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content.*” que deu origem à UNIÃO EUROPEIA. *Diretiva 2019/770 do Parlamento Europeu e do Conselho de 20 de maio de 2019 sobre certos aspetos relativos aos contratos de fornecimento de conteúdos e serviços digitais.* Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019L0770>. Acesso em: 15 abr. 2023. A propósito, o Considerando n. 24 dispõe da Diretiva: “Os conteúdos ou serviços digitais são, além disso, frequentemente fornecidos em situações em que o consumidor não paga um preço, mas faculta dados ao operador. Esses modelos de negócios específicos aplicam-se já de diferentes formas numa parte considerável do mercado. Embora reconhecendo plenamente que a

A esse respeito, bem resume Laura Schertel Mendes:

[...] numa economia da informação, o processamento de dados pessoais é realizado por quase todos setores econômicos, como empresas de telefone, bancos, financeiras, associações de empregadores, sindicatos de trabalhadores, empresas de transporte, diversas empresas varejistas, armazéns, farmácias, empresas de *marketing* direto e de *telemarketing*, serviços e proteção ao crédito, companhias de seguro, profissionais liberais, agências de viagem, organizações de caridade, hotéis, entre outros. Assim, ao lado das empresas que coletam dados dos seus clientes em razão da necessidade dos serviços oferecidos, surgem também empresas cuja única finalidade é a coleta e o armazenamento da maior quantidade possível de dados pessoais para a sua comercialização e cessão⁶⁰⁷.

Com efeito, os investimentos em tecnologias digitais para análise de dados pessoais estão crescendo nos mais diversos setores da economia, para proporcionar inúmeras experiências, melhorar a gestão dos setores, acompanhar as operações, desenvolver produtos ou serviços ou simplesmente identificar tendências. Em quase todas as indústrias, por exemplo, as tecnologias digitais criaram formas disruptivas de combinar produtos e serviços e, ao mesmo tempo, quebraram as barreiras tradicionais dos processos industriais. Na área automotiva, os automóveis são verdadeiros computadores sobre rodas, seus componentes eletrônicos representam aproximadamente 40% (quarenta por cento) do custo de um automóvel⁶⁰⁸.

Significativas mudanças também estão presentes no setor de saúde, que assume o desafio de incorporar avanços simultâneos em tecnologias físicas, biológicas e digitais, visto que o desenvolvimento de novas ferramentas de diagnósticos, terapias e cirurgias coincide com o impulso da coleta dos inúmeros dados de pacientes e de lucrar a partir da riqueza de informações que poderão ser obtidas por dispositivos vestíveis e tecnologias implantáveis⁶⁰⁹.

Até mesmo a linha 4 do metrô de São Paulo recebeu câmeras e sensores de monitoramento para a coleta de dados biométricos dos passageiros pela empresa concessionária responsável pela linha, ViaQuadros. A tecnologia empregada reconhece não só a presença humana e coleta o número de usuários que transitam entre as estações Luz, Paulista e Pinheiros em São Paulo, mas também realiza a identificação das emoções – feliz, insatisfeito, surpreso e neutro –, do gênero e da faixa etária dos passageiros diariamente, sob a justificativa de que a tecnologia é utilizada para fins estatísticos e operacionais da linha⁶¹⁰.

proteção dos dados pessoais é um direito fundamental e que, por conseguinte, os dados pessoais não podem ser considerados um produto de base, a presente diretiva deverá assegurar que os consumidores gozem, no contexto desses modelos de negócio, do direito a meios de ressarcimento ao abrigo do contrato.”.

⁶⁰⁷ MENDES, 2014, p. 2260.

⁶⁰⁸ SCHWAB, 2019, p. 86.

⁶⁰⁹ SCHWAB, 2019, p. 87.

⁶¹⁰ IDEC. *Idec vai à Justiça contra coleta de emoções de usuários do metrô de SP*. Disponível em: <https://idec.org.br/noticia/idec-vai-justica-contra-coleta-de-emocoes-de-usuarios-do-metro-de-sp>. Acesso em: 19 jan. 2023.

Notadamente, a economia movida a dados criou novas fontes lucrativas a partir do acesso a informações valiosas relativas às pessoas naturais e, cada vez mais, os agentes de tratamento inseridos neste mercado passam a entender os dados pessoais com ativos economicamente apreciáveis diante do seu “alto valor informativo”⁶¹¹.

Significa dizer que os dados pessoais se tornaram um produto dinâmico, armazenável e facilmente reutilizável para os diversos setores econômicos que os utilizam⁶¹², mormente diante da formação de bancos de dados específicos⁶¹³ e do auxílio de ferramentas cognitivas artificiais⁶¹⁴ que permitem a realização do refinamento cada vez mais automatizado deste gigantesco volume de dados pessoais deixados no ambiente virtual e a extração do conhecimento necessário para reagir ao mercado de forma proativa e intencional⁶¹⁵.

A partir deste subtítulo, portanto, é possível concluir que os dados pessoais se tornaram verdadeiras fontes lucrativas nos mais diversos segmentos na economia contemporânea, como também que em termos técnicos – especificadamente para a Ciência de Dados – não se pode confundir as expressões “dados”, “informação” e “conhecimento”.

Por isso, busca-se delinear a diferença destes conceitos básicos no próximo subtítulo, os quais também serão importantes no decorrer dos subtítulos da presente pesquisa.

3.4 ENTRE DADOS PESSOAIS, INFORMAÇÃO E CONHECIMENTO

Segundo Fernando Amaral,

O Boeing 787, uma das mais modernas aeronaves comerciais desenvolvidas, produz meio *terabytes* de dados durante um voo. A maioria destes dados são gerados por sensores espalhados pela aeronave. Por exemplo, existem alguns sensores nos *flaps*.

⁶¹¹ MENDES, 2014, p. 3340.

⁶¹² MALGIERI, Gianclaudio; CUSTERS, Bart. Pricing privacy – the right to know the value of your personal data. *Computer Law and Security Review*, Elsevier Ltd, v. 34, n. 2, p. 289–303, 2018.

⁶¹³ Por “banco de dados” entende-se “conjunto estruturado de dados pessoais, estabelecido em um ou em vários locais, em suporte eletrônico ou físico” (art. 5º, inc. IV, da LGPD).

⁶¹⁴ A presente pesquisa se limita a compreender o interesse econômico nos dados pessoais. Por isso, não serão examinadas as técnicas de processamentos de dados pessoais que, na grande maioria dos casos, ocorrem com o auxílio de inteligência artificial (IA), em seu subcampo do *machine learning* (aprendizagem de máquina, em tradução livre), que é responsável pela habilidade de realizar o cruzamento de dados e extrair deles conhecimento, de forma autônoma. Segundo Pedro Domingos, não adianta ter um enorme volume de dados se estes não forem transformados em conhecimento e “as empresas aplicam algoritmos de aprendizado às montanhas de dados acumulados e deixam que eles adivinhem o que os clientes querem. Os algoritmos de aprendizado são os conciliadores: unem produtores e consumidores, rompendo a sobrecarga de informações. [...]. Os aprendizados não são perfeitos, e geralmente a última etapa da decisão continua sendo uma tarefa para os humanos, mas eles reduzem de maneira inteligente as opções a algo que uma pessoa possa gerenciar” (DOMINGOS, 2017, p. 35). Para conhecimento, em apertada síntese, “um algoritmo é uma sequência de instruções que informa ao computador o que ele deve fazer” (DOMINGOS, 2017, p. 24).

⁶¹⁵ SCHWAB, 2019, p. 82.

Flaps são extensões das asas que aumentam a sustentação da aeronave, usados, por exemplo, em procedimentos de pouso. Um sensor em um *flap* emite sinais de vibração: isso é um dado. Os sinais são gerados durante o procedimento de pouso da aeronave: isso é informação. É natural um *flap* vibrar durante o pouso: isso é conhecimento⁶¹⁶.

Depreende-se do exemplo acima que, embora as expressões “dados” e “informações” sejam comumente utilizadas como sinônimos nas mais diversas áreas – inclusive as expressões são usadas como sinônimos pelo legislador nacional –, para a Ciência de Dados as expressões são nitidamente marcadas por diferenças conceituais e práticas⁶¹⁷.

A esse respeito, Amaral bem resume que “dados são fatos coletados e normalmente armazenados. Informação é o dado analisado e com algum significado”⁶¹⁸.

Por essa afirmativa, percebe-se que os dados apresentam conotação mais fragmentada e ampla⁶¹⁹. Dados podem ser entendidos como sequências de “sinais” ou “símbolos” quantificados ou quantificáveis, ou simplesmente podem ser entendidos como elementos “soltos e brutos” dos quais podem ser extraídas inúmeras informações após um processo de análise e refinamento. Os dados podem ser resumidos, portanto, como “símbolos” não interpretados a serem coletados, analisados e transmitidos, razão pela qual computadores leem dados e não informações⁶²⁰. Imagens, letras de música, vídeos, e-mails, números soltos, símbolos, trechos de livros, um conjunto de letras são exemplos de dados⁶²¹.

Desta forma, os dados podem ser gerados por inúmeras fontes na economia da informação e entre elas está o ser humano, quando se delimitam os dados pessoais. “Dados gerados por humanos são aqueles em que o conteúdo foi gerado a partir do pensamento de uma pessoa, na qual a propriedade intelectual está integrada ao dado. Além disso, podemos entender também como sendo os dados que refletem a interação das pessoas no mundo digital.”⁶²².

Sob essa perspectiva, qualquer dado relacionado à pessoa natural é considerado um dado pessoal para a Ciência de Dados. O nome, apelido, gênero, filiação, origem racial, convicção religiosa, opinião política, telefone, endereço, dados bancários, imagens, voz,

⁶¹⁶ AMARAL, 2016, p. 21.

⁶¹⁷ Nesse sentido, Ingo Wolfgang Sarlet aponta que “embora informações sejam contidas e veiculadas mediante dados, com estes não se confundem, porquanto dependem (daí não terem natureza puramente formal como os dados) do contexto de sua utilização” (SARLET, Ingo Wolfgang. Fundamentos Constitucionais: o direito fundamental à proteção de dados. In: DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang; MENDES, Laura Schertel; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. *Tratado de Proteção de Dados Pessoais*. E-book. Rio de Janeiro: Forense, p. 40-78, 2021, p. 59).

⁶¹⁸ AMARAL, 2016, p. 21.

⁶¹⁹ DONEDA, 2019, p. 136.

⁶²⁰ SARLET, 2021, p. 59.

⁶²¹ SETZER, Valdemar. Dado, informação, conhecimento e competência. *Revista de Ciência da Informação*, Rio de Janeiro, 1999, p. 1.

⁶²² MARQUESONE, Rosângela. *Big Data*. E-book. São Paulo: Casa do Código, 2016, p. 27.

localização, hábitos de consumo, endereço de IP e tantos outros dados que podem ser extraídos das interações humanas nas plataformas digitais, como visto do subtítulo anterior.

Já o termo informação está relacionado ao processo de análise de dados. Os dados coletados, pessoais ou não, devem ser ordenados, organizados e contextualizados e, deste processo, extrai-se informações. Em apertada síntese, “dados produzidos, armazenados e transformados estão prontos para serem analisados. A etapa de análise de dados consiste na execução de qualquer operação para extrair informação e conhecimento dos dados.”⁶²³.

A informação é o resultado extraído do conjunto de dados devidamente tratados a partir da seleção de elementos estruturados, permitindo realizar, após a absolvição do conhecimento, a tomada de decisão direcionada a uma determinada situação. Daí por que a reunião de dados gerados por um determinado sujeito leva à informação concreta sobre essa pessoa natural, porém alguns dados pessoais podem singularmente produzir informação.

Segundo Amaral, “um exemplo de dado que produz informação sem a necessidade de um processo de transformação é uma fotografia digital. Porém, na sua maioria, o dado, para produzir informação, passa por uma etapa intermediária de transformação.”⁶²⁴.

O conhecimento é, então, a informação interpretada, internalizada e aplicada a um determinado fim estratégico⁶²⁵. Trata-se da “abstração interior, pessoal”⁶²⁶, da habilidade de compreender todas as informações extraídas dos dados coletados, internalizando-as para decidir quais são os melhores caminhos a serem trilhados em uma determinada situação.

Por isso, no contexto da economia contemporânea, dados, informações e conhecimento são subsídios essenciais à tomada de decisão, permitindo inúmeras possibilidades mercadológicas aos mais diversos agentes inseridos neste novo ecossistema.

3.5 OS DADOS PESSOAIS COMO FENÔMENOS JURIDICAMENTE RELEVANTES

O desenvolvimento tecnológico dos últimos anos promoveu, indiscutivelmente, inúmeras facilidades, conforto e conhecimento aos seres humanos. Todavia, a lógica econômica que move as tecnologias digitais fulcrada no processamento onipresente e cada vez mais automatizado de dados pessoais, assim como a crescente mudança de hábito e a dependência dos seres humanos em relação às novas tecnologias da informação, principalmente com a

⁶²³ AMARAL, 2016, p. 23.

⁶²⁴ AMARAL, 2016, p. 41.

⁶²⁵ AMARAL, 2016, p. 21.

⁶²⁶ SETZER, 1999, p. 3.

crescente utilização de objetos domésticos associados à *internet* (*Internet of Things*), trouxeram consigo novos riscos e perigos próprios de uma economia movida a dados.

Shoshana Zuboff enfatiza que a nova lógica econômica tem como cerne a vigilância constante e está promovendo um verdadeiro “capitalismo de vigilância”⁶²⁷. É, pois, a observação contínua do comportamento dos seres humanos que o movimenta, sendo os dados relativos às pessoas a matéria-prima a ser explorada para a geração de riqueza⁶²⁸.

O capitalismo da vigilância, explica a autora, tem início na lógica econômica das grandes plataformas que encontraram o caminho para os lucros em sobreposição às pessoas. Uma lógica econômica parasitária que possui “a experiência humana como matéria-prima gratuita para práticas comerciais dissimuladas de extração, previsão e vendas”⁶²⁹, mormente porque as grandes plataformas obtêm dados pessoais de forma constante e gratuita e, na maioria das vezes, sem permissão ou escolha dos respectivos titulares. No início, as matérias-primas eram apenas “encontradas, um subproduto das ações de busca dos usuários”⁶³⁰, mas atualmente os ativos deixados na *internet* passaram a ser caçados de modo agressivo e reunidos, em qualquer parte do mundo digital, por pessoas físicas e jurídicas, para as mais diversas práticas.

Segundo Zuboff, a tendência é que o capitalismo de vigilância cresça e se espalhe ainda mais nos diversos segmentos. Tanto agentes novos quanto agentes consolidadas no mercado estão aderindo, ano após ano, ao curso migratório das receitas de vigilância, seduzidas pelo crescimento e lucro desmedidos, de uma economia cujos insumos estão atualmente disponíveis gratuitamente e em larga escala, ainda mais que a captura e venda de superávit comportamental se tornou, por si só, um serviço lucrativo na contemporaneidade⁶³¹.

Nesse contexto, os capitalistas de vigilância descobriram não só que podem coletar, armazenar e utilizar os dados pessoais em prol de seus negócios, mas também entenderam que podem incentivar e moldar o comportamento de seus usuários e desenvolver inúmeras tarefas para atingir seus objetivos econômicos a partir da coleta desses dados pessoais⁶³².

⁶²⁷ ZUBOFF, 2019, p. 146.

⁶²⁸ BIONI, 2019, p. 66.

⁶²⁹ ZUBOFF, 2019, p. 13.

⁶³⁰ ZUBOFF, 2019, 142-146. Para a autora, “esses ativos são matérias-primas críticas na busca por receitas de vigilância e sua conversão em capital de vigilância.” (ZUBOFF, 2019, p. 146).

⁶³¹ ZUBOFF, 2019, p. 263. Nota-se que os dados pessoais são comprados, vendidos e negociados entre empresas (*data trading*), mas os próprios titulares não possuem acesso a esse mercado: não podem comprar de volta seus dados pessoais ou oferecer seus dados para venda. Trata-se de um grande desafio também em questão de privacidade, principalmente ao considerar a assimetria após o compartilhamento. (ACQUISTI; TAYLOR; WAGMAN, 2016, p. 447).

⁶³² ZUBOFF, 2019, p. 303. Nas palavras da autora, “o superávit comportamental precisa ser vasto e variado, porém a maneira mais segura de prever comportamento é intervir na sua fonte e moldá-lo. Os processos inventados para alcançar essa meta são o que chamo de economias de ação. Para conseguir tais economias, processos de máquina são configurados para intervir no estado do jogo no mundo real entre pessoas e coisas reais. Essas intervenções

O impacto da economia movida a dados sobre as pessoas naturais é múltiplo, na medida em que está afetando desde a identidade da pessoa humana e suas múltiplas facetas, até mesmo o senso de privacidade e de manifestação do pensamento, as opiniões sociopolíticas, os cuidados com a saúde e atividades físicas, os padrões de consumo e comportamento, o tempo dedicado ao trabalho e ao lazer, a forma de socialização e de diversão⁶³³.

A escala e a amplitude das mudanças ocasionadas pelas tecnologias digitais e sua lógica econômica amplificaram significativamente os riscos e perigos para os seres humanos, ao passo que permitem às empresas privadas, aos indivíduos e às entidades públicas a utilização de dados pessoais numa escala sem precedentes no exercício das suas atividades, na tomada de decisão informada, na criação de novos serviços e produtos e em outras tantas atividades – quer sejam lícitas quer sejam ilícitas –, tornando-se dispare, assim como outrora, a luta entre os agentes econômicos e as pessoas humanas, diante do agravamento dos riscos que a sociedade contemporânea está exposta diante do fluxo constante de informações pessoais.

A propósito, como evidenciam Alessandro Acquisti, Curtis Taylor e Liad Wagman, proteger os dados pessoais se tornou cada vez mais difícil com o passar dos anos, quanto mais os indivíduos interagem, compartilham e revelam sobre si mesmos no ambiente virtual, mais difícil se torna a tarefa de proteger os seres humanos e, em muitos casos, quase que inviável do ponto de vista da privacidade, já que as informações pessoais permanecem disponíveis ou armazenadas no ambiente virtual por muito tempo ou se tornam públicas⁶³⁴.

Por essas razões, a proteção dos dados pessoais passou a ser tema de fundamental relevância na sociedade contemporânea. O Direito, enquanto estrutura organizacional e normativa regulatória, não poderia deixar de ser convocado a lidar com este fenômeno, cuja complexidade, como enfatiza Ingo Wolfgang Sarlet, coloca à prova a própria capacidade dos ordenamentos jurídicos de atingir resultados satisfatórios, particularmente quando se trata de assegurar um mínimo de proteção efetiva aos direitos fundamentais afetados⁶³⁵.

Dessa forma, ao passo que os graus de exposição dos indivíduos evoluíram nos últimos anos, também evoluíram os arcabouços regulatórios de proteção de dados pessoais ao redor do

são projetadas para aumentar a certeza através de certas atividades: elas incentivam, sintonizam, vigiam, manipulam e modificam o comportamento em direções específicas ao executar ações sutis [...]” (*Idem*, p. 303). Em sentido semelhante, Mendes pontua: “com o enorme processamento de dados pessoais pelas empresas para a análise detalhada e tomada de decisão, a vigilância tornou-se uma característica do cotidiano na sociedade contemporânea. Os mais diversos tipos de entidades realizam a vigilância de cidadãos, consumidores e empregados no dia a dia. A consequência disso é a classificação das pessoas em categorias de acordo com a avaliação de seus riscos e a discriminação do acesso a determinados bens e serviços, de modo a afetar significativamente as suas chances de vida.” (MENDES, 2014, p. 1812).

⁶³³ SCHWAB, 2019, p. 127.

⁶³⁴ ACQUISTI; TAYLOR; WAGMAN, 2016, p. 446.

⁶³⁵ SARLET, 2021, p. 40.

mundo, de forma a proporcionar maior controle e proteção aos indivíduos sobre seus dados pessoais⁶³⁶, o que não foi diferente na ordem pátria, como exposto no próximo subtítulo.

3.6 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A FORMAÇÃO DO DIREITO À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO NACIONAL

À luz dos ensinamentos de Norberto Bobbio,

[...] os direitos não nascem todos de uma vez. Nascem quando devem ou podem nascer. Nascem quando o aumento do poder do homem sobre o homem — que acompanha inevitavelmente o progresso técnico, isto é, o progresso da capacidade do homem de dominar a natureza e os outros homens — ou cria novas ameaças à liberdade do indivíduo ou permite novos remédios para as suas indigências: ameaças que são enfrentadas através de demandas de limitações do poder; remédios que são providenciados através da exigência de que o mesmo poder intervenha de modo protetor⁶³⁷.

Essa é a dinâmica contemporânea da disciplina jurídica da proteção de dados pessoais no Brasil. As tecnologias da informação promoveram uma verdadeira exposição dos seres humanos a novos riscos e perigos que desafiaram o ordenamento jurídico nacional e, como resposta organizacional e normativa, promoveu-se à proteção de dados pessoais através do reconhecimento do direito fundamental autônomo à proteção de dados pessoais no inciso LXXIX do artigo 5º da CRFB de 1988, sob a seguinte redação: “é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais.” (EC nº 115, de 2022). Da mesma forma, o legislador infraconstitucional sistematizou em um regramento próprio o tratamento de dados pessoais na sistemática nacional por meio da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), cuja vigência se iniciou em 18 de setembro de 2020⁶³⁸.

Salienta-se que o perfil da disciplina da proteção de dados pessoais nacional está fortemente vinculado ao desenvolvimento dos marcos regulatórios europeus – atualmente no Regulamento Geral de Proteção de Dados europeu (RGPD)⁶³⁹ – e, com isso, a necessidade de

⁶³⁶ DONEDA, 2021, p. 23.

⁶³⁷ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 9.

⁶³⁸ Foge ao escopo investigativo da presente pesquisa trilhar todos os caminhos que levaram à consolidação da disciplina jurídica da proteção de dados pessoais, assim como ao reconhecimento do direito fundamental à proteção de dados pessoais no Brasil. Para melhor compreensão, ver: DONEDA, 2019. Salienta-se, por oportuno, que as questões associadas à proteção de dados não eram estranhas à práxis jurídica brasileira anteriormente. Essas situações foram, por muito tempo, resolvidas a partir de soluções traçadas em normas esparsas, como no Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), no Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/14), na Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/11) e na Lei do Cadastro Positivo (Lei nº 12.414/11) (DONEDA, 2019, p. 260 e ss.).

⁶³⁹ UNIÃO EUROPEIA. *Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32016R0679>. Acesso em: 07 fev. 2023. Anteriormente, a União Europeia editou a Diretiva 95/46/CE, “relativa à proteção das pessoas

proteger os dados pessoais foi associada por muito tempo ao direito à privacidade na ordem nacional. Todavia, hoje, diante do atual estágio tecnológico, a disciplina jurídica de proteção dos dados pessoais ganhou autonomia no direito brasileiro, assim como no velho mundo.

Doneda pontua que a proteção de dados pessoais começou a se estruturar com maior autonomia na sistemática europeia⁶⁴⁰, e via reflexa na brasileira, no momento em que o processamento automatizado de dados pessoais passou a representar, por si só, um fator de risco aos seres humanos, diante do volume e da velocidade que hoje são processados os dados pessoais⁶⁴¹. Como consequência, a proteção de dados pessoais recebeu *status* de direito fundamental autônomo tanto na sistemática europeia⁶⁴², quanto na sistemática brasileira.

À luz do artigo 8º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia:

1. Todas as pessoas têm direito à proteção dos dados de caráter pessoal que lhes digam respeito.
2. Esses dados devem ser objeto de um tratamento leal, para fins específicos e com o consentimento da pessoa interessada ou com outro fundamento legítimo previsto por lei. Todas as pessoas têm o direito de aceder aos dados coligidos que lhes digam respeito e de obter a respetiva retificação⁶⁴³.

Destaca-se que na ordem jurídica nacional as discussões sobre a necessidade de proteção dos dados pessoais nasceram com a necessidade de sistematização de uma norma capaz de unificar em um regramento próprio o tratamento de dados pessoais e progrediram, de forma linear, para o reconhecimento da proteção de dados pessoais como um direito fundamental implícito na CRFB de 1988, até a sua previsão constitucional positiva, assegurando nível de garantia e robustez, enquanto direito fundamental no artigo 5º.

singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados”, que veio a ser substituída em 2016 pelo Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD), que entrou em vigor em 2018.

⁶⁴⁰ Destaca-se que “a lei de proteção de dados do Estado alemão de Hesse, de 1970, pode ser considerada a legislação pioneira nessa matéria, justamente por ter operado uma mudança de perspectiva que trouxe consigo o desenvolvimento de um modelo normativo autônomo, o da proteção de dados pessoais”. (DONEDA, Danilo. Panorama Histórico da Proteção de Dados Pessoais. In: DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang; MENDES, Laura Schertel; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. *Tratado de Proteção de Dados Pessoais*. E-book. Rio de Janeiro: Forense, p. 22-39, 2021, p. 27).

⁶⁴¹ DONEDA, 2021, p. 23.

⁶⁴² Ingo Wolfgang Sarlet ensina que “embora as linhas iniciais do direito à proteção de dados pessoais já pudessem ser deduzidas na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) e na Convenção Europeia dos Direitos do Homem (1950), foi na Convenção 108 para a Proteção de Indivíduos com Respeito ao Processamento Automatizado de Dados Pessoais (1981), comumente intitulada de Convenção de Estrasburgo, que o cuidado ao tratamento dos dados pessoais passou a ser regulado de forma expressa. Todavia, foi somente no ano de 2000, nos termos da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (doravante CDFUE), que o direito à proteção de dados finalmente alçou a condição de direito fundamental de natureza autônoma, mas vinculando, como tal, apenas os estados integrantes da União Europeia” e o RGPD concretizou o direito fundamental previsto na CDFUE, à luz do Considerando n. 1: “a proteção das pessoas singulares relativamente ao tratamento de dados pessoais é um direito fundamental.” (SARLET, 2021, p. 42).

⁶⁴³ UNIÃO EUROPEIA. *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*, de 7 de junho de 2016. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:12016P/TXT>. Acesso em 07 fev. 2023.

Do voto da lavra do Ministro Gilmar Mendes na ADI 6387 MC-REF/DF, durante o julgamento sobre a eficácia da Medida Provisória n.º 954, editada em 17 de abril de 2020, que tratava do compartilhamento de dados pelas empresas de telecomunicação, bem infere-se:

Considerando que os espaços digitais são controlados por agentes econômicos dotados de alta capacidade de coleta, armazenamento e processamento de dados pessoais, a intensificação do fluxo comunicacional na internet aumenta as possibilidades de violação de direitos de personalidade e de privacidade. Desse modo, a afirmação da força normativa do direito fundamental à proteção de dados pessoais decorre da necessidade indissociável de proteção à dignidade da pessoa humana ante a contínua exposição dos indivíduos aos riscos de comprometimento da autodeterminação informacional nas sociedades contemporâneas⁶⁴⁴.

Nota-se que o conteúdo do direito fundamental à proteção de dados pessoais no Brasil, como discorre Sarlet, em que pese fortemente articulado ao princípio da dignidade da pessoa humana e a outros direitos fundamentais, a exemplo do direito ao livre desenvolvimento da personalidade e alguns direitos da personalidade, como o direito à privacidade e ao direito à autodeterminação informativa, não se confunde com o escopo de proteção de tais direitos. O direito à proteção de dados pessoais vai além destas tutelas, tratando-se de um verdadeiro direito fundamental autônomo, vinculado à proteção da personalidade da pessoa humana⁶⁴⁵.

A esse respeito, Laura Schertel Mendes ensina que o direito à proteção de dados pessoais regula uma ordem de informação e comunicação, que é na sua essência multidimensional. O bem jurídico protegido por esse direito autônomo é duplo. De um lado,

⁶⁴⁴ O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 07 de maio de 2020, ao confirmar a decisão monocrática proferida, em 17 de maio de 2020, pela Ministra Rosa Weber, relatora da ADIn 6387, pela suspensão da eficácia da Medida Provisória n.º 954, que tratava do compartilhamento de dados pelas empresas de telecomunicação, já tinha reconhecido, ainda que de forma implícita, que a proteção de dados pessoais e a autodeterminação informativa são direitos fundamentais autônomos, extraídos da garantia da inviolabilidade da intimidade e da vida privada (art. 5º, X), do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da garantia processual do *habeas data* (art. 5º, LXXII), previstos na CRFB/88. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 6387 MC-REF/DF*, julgado em 07 maio 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357629>. Acesso em: 09 jan. 2023). De acordo com Mendes, já era possível reconhecer o direito fundamental à proteção de dados pessoais, como uma dimensão da inviolabilidade da intimidade e da vida privada, nos termos da CRFB. Nas palavras diretas da autora, “a partir do art. 5º, X, da CF, que garante a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, é possível extrair uma tutela ampla da personalidade e da vida privada do cidadão, nas mais diversas situações em que ele se encontra. Não faria sentido excluir exatamente as situações em que a sua vida privada está sujeita a uma maior violação, como é o caso do processamento de dados pessoais.” (MENDES, 2014, p. 3372).

⁶⁴⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Proteção de dados pessoais como direito fundamental na Constituição Federal brasileira de 1988: contributo para a construção de uma dogmática constitucionalmente adequada. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 14, n. 42, p. 179-218, jan./jun. 2020, p. 188 e 191. Em complementação, Bruno Bioni dispõe que “a dinâmica de proteção dos dados pessoais foge à dicotomia do público e do privado, diferenciando-se substancialmente do direito à privacidade. Propugnar que o direito à proteção dos dados pessoais seria uma mera evolução do direito à privacidade é uma construção dogmática falha que dificulta a sua compreensão” (BIONI, Bruno. *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*. E-book. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 127). Depreende-se da doutrina, em apertada síntese, que uma das maiores distinções entre o direito à privacidade e o direito à proteção de dados pessoais é que o primeiro indica uma visão negativa pautada no sigilo e o segundo tem dimensão positiva ancorada no controle (SARLET, 2021, p. 51).

busca-se a proteção da integridade moral e da personalidade diante da dimensão interior do livre desenvolvimento do indivíduo e, de outro, a proteção às liberdades em sentido amplo (como a liberdade de comunicação, de trabalho, de informação, entre outras)⁶⁴⁶.

Em todas as suas derivações, os dados relativos às pessoas são verdadeiras manifestações de aspectos da personalidade da pessoa humana e se projetam como uma nova espécie no rol dos direitos da personalidade, juntamente com os já mapeados direitos à intimidade, ao corpo, à honra, à imagem e ao nome, promovendo-se, pois, a elasticidade e a complementação da tutela constitucional da dignidade da pessoa humana⁶⁴⁷.

Sobre os direitos da personalidade, destacam-se os ensinamentos de Schreiber ao afirmar que a categoria abrange “um núcleo de atributos inseparáveis da pessoa humana, a ser protegido não apenas em face do Estado, mas também contra o avanço incessante da exploração do homem pelo homem” e, por isso, essa categoria é dotada do atributo da elasticidade (conjunto aberto) diante da abrangência da tutela da dignidade humana⁶⁴⁸.

No mesmo compasso, Paulo Mota Pinto disserta:

O que está em causa nos direitos da personalidade não é apenas a tutela de um aspecto particular da pessoa humana, mas sim a tutela da pessoa humana globalmente considerada, podendo abranger novas zonas de relevância. Trata-se da pessoa não apenas perspectivada estaticamente, como ser humano, mas também em devir, em desenvolvimento⁶⁴⁹.

Em outras palavras, embora o legislador nacional tenha elencado apenas alguns direitos da personalidade entre os artigos 11 a 21 do Código Civil de 2002, não quer dizer que este rol seja taxativo ou fechado. Ao contrário, nada impede que outras manifestações da personalidade humana sejam consideradas merecedoras de tutela no ordenamento jurídico nacional, por força da aplicação direta do inciso III do artigo 1º da CRFB/88⁶⁵⁰.

De qualquer sorte, a ancoragem de um direito à proteção de dados pessoais enquanto direito fundamental na ordem nacional traz consigo uma dupla e importante dimensão. De um lado, busca-se a proteção do indivíduo diante dos riscos e perigos que ameaçam a sua

⁶⁴⁶ MENDES, 2014, p. 3426.

⁶⁴⁷ BIONI, 2019, p. 126-127. Em sentido semelhante, Ingo Wolfgang Sarlet salienta que “em que pese não se tratar de premissa válida para todos os direitos fundamentais, porquanto nem todo direito fundamental tenha um fundamento direto e um conteúdo em dignidade, no caso do direito à proteção dos dados pessoais, o princípio da dignidade da pessoa humana pode e deve ser acionado, seja para a justificação da fundamentalidade daquele direito, seja para a determinação de parte de seu conteúdo, com destaque para a identificação de alguns pontos de contato com outros princípios e direitos fundamentais” (SARLET, 2021, p. 49).

⁶⁴⁸ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 6.

⁶⁴⁹ MOTA PINTO, Paulo. *Direitos da personalidade e direitos fundamentais*. Coimbra: Gestlegal, 2018, p. 334.

⁶⁵⁰ SCHREIBER, 2013, p. 15.

personalidade diante das inúmeras atividades de tratamento de dados pessoais e, de outro, a garantia de controle efetivo e transparente do indivíduo diante da circulação dos seus dados⁶⁵¹.

A esse respeito, Sarlet explica que o direito à proteção de dados pessoais apresenta uma dimensão subjetiva, assim como uma dimensão objetiva, cumprindo uma multiplicidade de funções na ordem jurídico-constitucional pátria. Na sua condição de direito subjetivo, o direito à proteção de dados pessoais se apresenta como um conjunto de posições subjetivas defensivas (negativas) e assume a condição de direito a prestações, as quais demandam uma atuação do Estado por meio da disponibilização de prestações de natureza fática ou normativa. Na sua condição de direito objetivo, este mesmo direito à proteção de dados pessoais fornece diretrizes para a aplicação do direito infraconstitucional, em suas ramificações⁶⁵².

Nesse contexto, calha recordar que o direito à proteção de dados pessoais não é um direito fundamental absoluto e está submetido a limites e a intervenções restritivas de diversas naturezas, sempre com o escopo de resguardar outros direitos fundamentais⁶⁵³.

Desta forma, diante da necessidade de harmonizar os legítimos interesses atinentes à pessoa humana e aos agentes de tratamento de dados – muito pautados no desenvolvimento econômico e tecnológico e na livre iniciativa das atividades econômicas –, coube ao legislador infraconstitucional estabelecer diretrizes regulatórias às diversas atividades de tratamento de dados pessoais por meio da LGPD, como se passa a analisar no próximo subtítulo.

3.7 AS DIRETRIZES DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

À semelhança do marco regulatório europeu (RGPD), a fim de assegurar um nível de proteção mais coerente e elevado à pessoa humana e gerar a segurança necessária ao desenvolvimento da economia digital no conjunto do mercado⁶⁵⁴, a LGPD elenca uma série de conceitos, direitos, princípios, fundamentos e institutos próprios da disciplina jurídica de proteção de dados pessoais no ordenamento jurídico nacional.

Percebe-se a opção do legislador nacional, inclusive, pela delimitação normativa de conceitos básicos relativos à proteção de dados pessoais (artigo 5º da LGPD), assim como de hipóteses legais de tratamento no território nacional (artigos 7º e 11 da LGPD) e de

⁶⁵¹ Conclusão extraída do voto da lavra do Ministro Gilmar Mendes na ADI 6387.

⁶⁵² SARLET, 2021, p. 60 e 64. No mesmo sentido está MENDES, 2014, p. 3427 e ss.

⁶⁵³ SARLET, 2021, p. 72.

⁶⁵⁴ Extrai-se do Considerando n. 6 do RGPD: “As novas tecnologias transformaram a economia e a vida social e deverão contribuir para facilitar a livre circulação de dados pessoais na União e a sua transferência para países terceiros e organizações internacionais, assegurando simultaneamente um elevado nível de proteção dos dados pessoais.”.

responsabilidade, em razão de possíveis infrações legais (sanções administrativas) ou de eventuais danos causados em decorrência da violação à norma ou à segurança legitimamente esperada durante a operação de tratamento de dados no Brasil (responsabilidade civil).

Qualquer pessoa, natural ou jurídica, de direito público ou privado, interessada nas atividades de tratamento de dados pessoais⁶⁵⁵, salvo as hipóteses de exclusão elencadas no artigo 4º da LGPD⁶⁵⁶, deve observar obrigatoriamente, ao menos, uma das bases legais estabelecidas na norma (artigos 7º e 11 da LGPD), sem perder de vista aspectos importantes relativos à finalidade, necessidade, transparência e livre acesso, qualidade dos dados, adequação, segurança, não discriminação e prestação de contas para que a atividade de tratamento seja considerada legítima e lícita no ordenamento jurídico brasileiro.

Desta forma, afigura-se importante à finalidade desta pesquisa identificar tais diretrizes essenciais à atividade de tratamento de dados pessoais na sistemática nacional, iniciando-se pelos conceitos normativos elementares à disciplina jurídica.

3.7.1 Dados pessoais, dados pessoais sensíveis e dados anonimizados

Depreende-se do artigo 1º da LGPD que a norma é aplicada restritivamente às atividades de tratamento de dados pessoais, ou seja, às operações realizadas que envolvem a utilização de dados gerados por seres humanos, inclusive nos meios digitais⁶⁵⁷.

Para a Ciência de Dados, como visto anteriormente, a expressão “dados pessoais” remonta a uma acepção ampliada e se resume a todo e qualquer dado relacionado à pessoa natural ou às suas interações no mundo digital. Qualquer limitação a essa acepção ampla é,

⁶⁵⁵ Art. 3º da LGPD. Esta Lei aplica-se a qualquer operação de tratamento realizada por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, independentemente do meio, do país de sua sede ou do país onde estejam localizados os dados, desde que: I - a operação de tratamento seja realizada no território nacional; II - a atividade de tratamento tenha por objetivo a oferta ou o fornecimento de bens ou serviços ou o tratamento de dados de indivíduos localizados no território nacional; ou III - os dados pessoais objeto do tratamento tenham sido coletados no território nacional. § 1º Consideram-se coletados no território nacional os dados pessoais cujo titular nele se encontre no momento da coleta. § 2º Excetua-se do disposto no inciso I deste artigo o tratamento de dados previsto no inciso IV do caput do art. 4º desta Lei.

⁶⁵⁶ Art. 4º da LGPD. Esta Lei não se aplica ao tratamento de dados pessoais: I - realizado por pessoa natural para fins exclusivamente particulares e não econômicos; II - realizado para fins exclusivamente: a) jornalístico e artísticos; ou b) acadêmicos, aplicando-se a esta hipótese os arts. 7º e 11 desta Lei; III - realizado para fins exclusivos de: a) segurança pública; b) defesa nacional; c) segurança do Estado; ou d) atividades de investigação e repressão de infrações penais; ou IV - provenientes de fora do território nacional e que não sejam objeto de comunicação, uso compartilhado de dados com agentes de tratamento brasileiros ou objeto de transferência internacional de dados com outro país que não o de proveniência, desde que o país de proveniência proporcione grau de proteção de dados pessoais adequado ao previsto nesta Lei.

⁶⁵⁷ Art. 1º da LGPD. Esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

então, realizada normativamente, de acordo com os limites estabelecidos pela própria tutela jurídica dos dados pessoais em um determinado ordenamento jurídico.

Bruno Bioni discorre que o conceito normativo de dados pessoais está vinculado a duas acepções na dogmática jurídica. Por um lado, a acepção reducionista que defende a necessidade de uma relação direta entre um dado e um sujeito determinado, para que o primeiro seja considerado efetivamente pessoal. Por outro lado, a acepção expansionista não exige essa relação direta, bastando que a informação gerada possa ser relacionada, direta ou indiretamente, a uma pessoa natural. Por isso, um dado será pessoal sempre que estiver associado a uma pessoa natural identificada ou identificável para esta última acepção⁶⁵⁸.

De acordo com o inciso I do artigo 5º da LGPD, verifica-se que o legislador optou por adotar uma acepção ampla de dados pessoais na sistemática nacional definindo “dado pessoal” como “informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável”. Tal acepção também é adotada pelo RGPD, que define, no número 1 do artigo 4º, “dado pessoal” como “informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável”.

Significa dizer que a normativa adotou o conceito expansionista de dados pessoais, equiparando inclusive “dados” e “informações”⁶⁵⁹⁶⁶⁰. Sempre que houver uma atividade de tratamento de dados cuja origem esteja relacionada a uma pessoa natural determinada ou determinável (abrangendo informações de todas as naturezas), por mais remota que seja a possibilidade de identificação desta, desde que vinculada ao território nacional, ainda que só ocorra a coleta desses dados no Brasil, deve-se observar amplamente as disposições da norma protetiva, salvo as hipóteses de exclusão elencadas no artigo 4º da própria legislação.

A única ressalva estaria nos casos em que os dados pessoais passassem por um verdadeiro processo de anonimização ou de pseudonimização, uma vez que tais dados não deixariam de estar relacionados a uma pessoa identificável. O termo “anonimização” diz respeito à “utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis no momento do tratamento, por meio dos quais um dado perde a possibilidade de associação, direta ou indireta, a um indivíduo”, conforme se extrai das disposições do inciso XI do artigo 5º da LGPD.

⁶⁵⁸ BIONI, 2019, p. 107-108.

⁶⁵⁹ A par dessas considerações, Camargo chega a seguinte definição de dados pessoais na sistemática nacional: “qualquer coisa que possa ser digitalizada – codificada como um fluxo de bits – relativa a uma pessoa natural.” (CAMARGO, 2020, p. 101).

⁶⁶⁰ Entre as orientações do Grupo de Trabalho de Proteção de dados do artigo 29º europeu também está “Será mais conveniente não restringir indevidamente a interpretação da definição de dados pessoais, mas notar que existe considerável flexibilidade na aplicação das regras aos dados” (WORKING PARTY 29. *Parecer 4/2007 sobre o conceito de dados pessoais*. Disponível em: https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2007/wp136_pt.pdf. Acesso em: 22 mar. 2023).

A esse respeito, Bioni explica que a LGPD adotou a “razoabilidade” como critério delimitativo do conceito de dados pessoais nos casos de anonimização, como se infere:

[...] o direito comunitário europeu e a LGPD valeram-se do critério da razoabilidade para delimitar o espectro do conceito expansionista de dados pessoais. Não basta a mera possibilidade de que um dado seja atrelado a uma pessoa para atrair o termo identificável. Essa vinculação deve ser objeto de um “esforço razoável”, sendo esse o perímetro de elasticidade do conceito de dado pessoal como aquele relacionado a uma pessoa identificável. *A contrario sensu*, se para a correlação entre um dado e uma pessoa demanda-se um esforço fora do razoável, não há que se falar em dados pessoais. Nessa situação, o dado é considerado como anônimo, uma vez que o “filtro da razoabilidade” barra o seu enquadramento como aquele relacionado a uma pessoa identificável⁶⁶¹.

A legislação nacional estabelece, ainda, que os dados anonimizados só serão considerados pessoais – e, portanto, abarcados pela normativa – quando o processo de anonimização for revertido, utilizando-se exclusivamente meios próprios ou quando, com esforços razoáveis, puder ser revertido (artigo 12º, *caput*, da LGPD).

Além disso, a determinação de “esforços razoáveis” deve levar em consideração, segundo as próprias disposições legislativas, somente fatores objetivos, tais como custo ou tempo necessários para reverter o processo de anonimização, de acordo com as tecnologias disponíveis e a utilização exclusiva de meios próprios (artigo 12º, §1º, da LGPD).

Já a pseudonimização, disposta exclusivamente no artigo §4º do artigo 13 da LGPD, cujo *caput* trata da realização de estudos em saúde pública por órgão de pesquisa⁶⁶², é definida pelo legislador nacional como “tratamento por meio do qual um dado perde a possibilidade de associação, direta ou indireta, a um indivíduo, senão pelo uso de informação adicional mantida separadamente pelo controlador em ambiente controlado e seguro.”.

Nota-se que a observância da norma para a realização das atividades de tratamento de dados pessoais permanece em sua acepção expansionista na sistemática pátria, mormente porque, como enfatiza Chiara Spadaccini de Teffé, “dados que não pareçam relevantes em determinado momento, ou que não façam referência a alguém diretamente, uma vez transferidos, cruzados e/ou organizados, podem resultar em dados bastante específicos sobre determinada pessoa, trazendo informações, inclusive, de caráter sensível sobre ela”⁶⁶³.

⁶⁶¹ BIONI, 2019, p. 110.

⁶⁶² De acordo com as disposições do *caput* do artigo 13 da LGPD: Na realização de estudos em saúde pública, os órgãos de pesquisa poderão ter acesso a bases de dados pessoais, que serão tratados exclusivamente dentro do órgão e estritamente para a finalidade de realização de estudos e pesquisas e mantidos em ambiente controlado e seguro, conforme práticas de segurança previstas em regulamento específico e que incluam, sempre que possível, a anonimização ou pseudonimização dos dados, bem como considerem os devidos padrões éticos relacionados a estudos e pesquisas.

⁶⁶³ TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. *Dados Pessoais Sensíveis*. E-book. Indaiatuba: Editora Foco, 2022, p. 39.

Pensando nessas situações sensíveis, inclusive, o legislador nacional reconheceu a categoria jurídica dos dados pessoais sensíveis⁶⁶⁴. Trata-se de categoria especial de dados pessoais, dependente de um maior rigor protetivo, se comparado aos demais dados pessoais, porque, por sua natureza, especialmente sensível sob a ótica dos direitos e garantias fundamentais, tem maior probabilidade de ser usada para fins discriminatórios.

A propósito, Carlos Nelson Konder ensina que:

Com efeito, a principal preocupação com relação ao armazenamento e circulação de informações relativas à pessoa humana diz respeito à sua utilização para submetê-la a estigmas, viabilizando sua discriminação perante as demais. Entre os dados relativos à pessoa alguns são especialmente idôneos a facilitar processos sociais de exclusão e segregação, razão pela qual seu controle deve ser ainda mais rigoroso. Essa é chave de leitura adequada para compreender a qualificação de dados pessoais sensíveis⁶⁶⁵.

Todavia, o legislador não conceituou normativamente a categoria dos dados pessoais sensíveis, limitando-se a especificar espécies de dados pessoais que se qualificam como sensíveis na sistemática nacional, quais sejam: “dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural” (inciso II do artigo 5º da LGPD).

Por essa razão, muitos autores nacionais⁶⁶⁶ defendem que esse rol é meramente exemplificativo, já que a sensibilidade dos dados pessoais está pautada no risco maior à personalidade individual, especialmente nos efeitos potencialmente discriminatórios de seu tratamento, e muitos dados pessoais, embora não entendidos como sensíveis em um primeiro momento, podem ser utilizados para fins discriminatórios após devido processamento e refinamento da informação. A título de exemplo, pode-se citar os dados pessoais de origem social e os dados financeiros de origem médica⁶⁶⁷.

⁶⁶⁴ Notável é a influência do regramento europeu também neste ponto, embora o legislador comunitário europeu não tenha adotado propriamente a expressão “dados pessoais sensíveis”, mas sim “categorias especiais de dados pessoais”, embora faça referência à primeira no Considerando n. 51 do RGPD, como se infere no trecho: “Merecem proteção específica os dados pessoais que sejam, pela sua natureza, especialmente sensíveis do ponto de vista dos direitos e liberdades fundamentais, dado que o contexto do tratamento desses dados poderá implicar riscos significativos para os direitos e liberdades fundamentais.”. Aliás, anota-se que o estabelecimento de um regime especial para os dados sensíveis também estava presente na Diretiva Europeia 95/46/CE.

⁶⁶⁵ KONDER, Carlos Nelson. O tratamento de dados sensíveis à luz da Lei 13.709/2018. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato. *Lei Geral de Proteção de Dados e suas repercussões no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 451.

⁶⁶⁶ Por todos, *vide*: TEFFÉ, 2022, p. 136; MENDES, 2014, p. 4997; KONDER, 2019, p. 453.

⁶⁶⁷ Esses dois exemplos de dados pessoais que possuem potencialidade discriminatórias são comumente citados pela doutrina nacional, porque tais informações pessoais podem, de forma individual ou conjugada, ser usadas facilmente para fins discriminatórios. *Vide*: TEFFÉ, 2022, p. 140.

O fundamento desta qualificação está, portanto, no princípio da não discriminação previsto no inciso IX do artigo 6º da LGPD, que reconhece a “impossibilidade de realização do tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos”.

Essa elasticidade do rol de dados pessoais sensíveis também estaria reconhecida, para a doutrina, a partir da própria legislação, que dispõe no §1º do artigo 11 da LGPD: “Aplica-se o disposto neste artigo a qualquer tratamento de dados pessoais que revele dados pessoais sensíveis e que possa causar dano ao titular, ressalvado o disposto em legislação específica.”⁶⁶⁸.

A par dessas considerações, entende-se que para se definir a sensibilidade dos dados pessoais se deve observar o contexto da atividade de tratamento e a finalidade da utilização da informação daí extraída, principalmente porque os filtros desta categoria especial estão no princípio da não discriminação e no livre desenvolvimento da pessoa humana⁶⁶⁹.

Essa distinção entre dados pessoais, dados pessoais sensíveis e dados anonimizados se torna importante porque, como visto anteriormente, a LGPD delimitou hipóteses legais para que o tratamento de dados pessoais seja considerado legítimo e lícito na sistemática nacional, as quais se alteram diante da natureza dos dados. O tratamento de dados pessoais deve estar pautado no artigo 7º da LGPD e dos dados pessoais sensíveis nas disposições do artigo 11 da LGPD. Já os dados anonimizados podem ser tratados amplamente, sem observância da norma protetiva, com exceção da hipótese de reversão desta anonimização⁶⁷⁰.

3.7.2 O tratamento de dados pessoais e suas bases legais

À semelhança dos dados pessoais e suas qualificações, o legislador nacional também delimitou normativamente o conceito de “tratamento” e reconheceu os sujeitos que realizam as operações de tratamento de dados pessoais: o controlador e o operador⁶⁷¹.

⁶⁶⁸ Nesse contexto, ressalta-se que na IX Jornada de Direito Civil do CJF foi aprovado o enunciado n. 690: “A proteção ampliada conferida pela LGPD aos dados sensíveis deverá ser também aplicada aos casos em que houver tratamento sensível de dados pessoais, tal como observado no §1º do art. 11 da LGPD.”. Como exemplo, ainda, Chiara Teffé recorda o “caso em que se verificou que motoristas com nomes não ingleses, como Mohammed Ali, recebiam cotações de seguros de carros mais altas do que Johns. Segundo reportagem de 2018, grandes firmas ofereciam valores menores quando o motorista tinha nome considerado inglês, como, por exemplo, John, Jack Jones ou David Smith.” (TEFFÉ, 2022, p. 67).

⁶⁶⁹ TEFFÉ, 2022, p. 141.

⁶⁷⁰ A autoridade nacional poderá dispor sobre padrões e técnicas utilizados em processos de anonimização e realizar verificações acerca de sua segurança destes dados, ouvido o Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais, conforme disposição do §3º do artigo 12 da LGPD.

⁶⁷¹ Importa destacar que o objetivo desta seção é compreender as hipóteses legais de tratamento e, assim, identificar quando este tratamento é considerado sem base legal no ordenamento jurídico brasileiro, hipótese em que poderia, *a priori*, fundamentar a restituição do lucro da intervenção. Não é objeto desta pesquisa, portanto, analisar todas as atividades de tratamento e seus desdobramentos, tampouco todos os direitos que os titulares de dados possuem durante as atividades de tratamento. Para maiores considerações, ver: TEFFÉ, 2022, p. 236 e ss.

De acordo com o inciso X do artigo 5º da LGPD, considera-se “tratamento” toda a operação física ou digital realizada com dados pessoais, entre as quais se inserem “coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração.”⁶⁷².

Percebe-se que o legislador nacional optou por incorporar, da mesma forma que no conceito de dados pessoais, uma interpretação alargada de operação de tratamento no Brasil. Todos os agentes interessados no tratamento de dados pessoais devem, portanto, observar as disposições da LGPD ao realizar toda e qualquer atividade que envolva dados pessoais, ainda que o agente interessado não realize propriamente tal operação, mas decida sobre ela.

Isso porque por “agentes de tratamento” se entende o “controlador” e o “operador”. O primeiro conceituado como “pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais” e o segundo definido como “pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador”, conforme disposições dos incisos IX, VI e VII do artigo 5º da LGPD. Em complementação às definições elencadas, o artigo 39 da LGPD dispõe que “o operador deverá realizar o tratamento segundo as instruções fornecidas pelo controlador, que verificará a observância das próprias instruções e das normas sobre a matéria.”⁶⁷³.

No entanto, não basta aos agentes de tratamento “querer” realizar uma atividade de tratamento de dados pessoais, visto que o legislador nacional, a fim de evitar inseguranças jurídicas e proteger os direitos fundamentais dos titulares de dados pessoais, delimitou

⁶⁷² Essa interpretação alargada também está inserida no RGPD, como se infere: “Tratamento, uma operação ou um conjunto de operações efetuadas sobre dados pessoais ou sobre conjuntos de dados pessoais, por meios automatizados ou não automatizados, tais como a recolha, o registo, a organização, a estruturação, a conservação, a adaptação ou alteração, a recuperação, a consulta, a utilização, a divulgação por transmissão, difusão ou qualquer outra forma de disponibilização, a comparação ou interconexão, a limitação, o apagamento ou a destruição” (art. 4º, n. 2, do RGPD).

⁶⁷³ Anota-se que a ANPD, em abril de 2022, lançou um guia orientativo para definições dos agentes de tratamento de dados pessoais e do encarregado e, por meio dele, orientou que “no contexto de uma pessoa jurídica, a organização é o agente de tratamento para os fins da LGPD, já que é esta que estabelece as regras para o tratamento de dados pessoais, a serem executadas por seus representantes ou prepostos” e as “pessoas naturais podem ser consideradas controladoras ou operadoras de dados pessoais. Serão controladoras quando atuarem de acordo com os próprios interesses, com poder de decisão sobre as finalidades e os elementos essenciais de tratamento. Serão operadoras quando atuarem de acordo com os interesses do controlador, sendo-lhes facultada apenas a definição de elementos não essenciais à finalidade do tratamento. O operador deve ser uma entidade distinta do controlador, isto é, que não atua como profissional subordinado a este ou como membro de seus órgãos.” No guia, a ANPD ainda pontuou: “Mas, além disso, o agente de tratamento é definido para cada operação de tratamento de dados pessoais, portanto, a mesma organização poderá ser controladora e operadora, de acordo com sua atuação em diferentes operações de tratamento.” (ANPD. *Guia Orientativo definições dos agentes de tratamento de dados pessoais e do encarregado*. Versão 2.0. Abril, 2022. Disponível em: https://www.gov.br/anpd/pt-br/documentos-e-publicacoes/guia_agentes_de_tratamento_e_encarregado_defeso_eleitoral.pdf. Acesso em: 20 mar. 2023).

normativamente as hipóteses em que os dados pessoais podem ser tratados na sistemática brasileira, assim como ocorreu no velho mundo⁶⁷⁴.

Em outras palavras, os agentes interessados na realização de qualquer atividade de tratamento de dados pessoais – por mais simples que esta seja – deverão se respaldar em ao menos uma das hipóteses legais elencadas no artigo 7º (destinado ao tratamento de dados pessoais em geral⁶⁷⁵) ou no artigo 11 (correspondente ao tratamento de dados pessoais sensíveis) para realizá-la⁶⁷⁶. Além disso, a depender do caso concreto, cabe a esses agentes observar as disposições complementares dos artigos 14 e 23 da LGPD⁶⁷⁷.

À luz do artigo 7º da LGPD, o tratamento de dados pessoais em geral somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses:

- I - mediante o fornecimento de consentimento pelo titular;
- II - para o cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador;
- III - pela administração pública, para o tratamento e uso compartilhado de dados necessários à execução de políticas públicas previstas em leis e regulamentos ou respaldadas em contratos, convênios ou instrumentos congêneres, observadas as disposições do Capítulo IV desta Lei;
- IV - para a realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais;
- V - quando necessário para a execução de contrato ou de procedimentos preliminares relacionados a contrato do qual seja parte o titular, a pedido do titular dos dados;
- VI - para o exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral, esse último nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem);
- VII - para a proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro;
- VIII - para a tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária;
- IX - quando necessário para atender aos interesses legítimos do controlador ou de terceiro, exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais; ou
- X - para a proteção do crédito, inclusive quanto ao disposto na legislação pertinente.

⁶⁷⁴ Conforme o Considerando n. 40 do RGPD: “Para que o tratamento seja lícito, os dados pessoais deverão ser tratados com base no consentimento da titular dos dados em causa ou noutro fundamento legítimo, previsto por lei, quer no presente regulamento quer noutro ato de direito da União ou de um Estado-Membro referido no presente regulamento, incluindo a necessidade de serem cumpridas as obrigações legais a que o responsável pelo tratamento se encontre sujeito ou a necessidade de serem executados contratos em que o titular dos dados seja parte ou a fim de serem efetuadas as diligências pré-contratuais que o titular dos dados solicitar. [...]”.

⁶⁷⁵ Esta pesquisa, apenas por uma questão didática, utilizará as expressões “em geral” ou “gerais” quando se referir aos dados pessoais não qualificados como sensíveis, distinguindo tais categorias quando necessário.

⁶⁷⁶ Essa é, inclusive, a orientação da ANPD, vejamos: “uma das principais providências a serem tomadas antes de realizar o tratamento de dados pessoais é a de identificar a base legal aplicável” (ANPD. *Guia Orientativo Tratamento de Dados Pessoais pelo Poder Público*. Janeiro, 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/anpd/pt-br/documentos-e-publicacoes/guia-poder-publico-anpd-versao-final.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2023).

⁶⁷⁷ Aqui é fundamental a observação de Chiara Teffé: “Há autores que defendem a existência de uma outra base legal para o tratamento de dados pessoais no Art. 23 da LGPD, que seria voltada para a execução das competências legais ou o cumprimento das atribuições legais do serviço público. Contudo, é possível compreender que o tratamento de dados pessoais para tais atividades já estaria contemplado, em grande parte, nas hipóteses relativas ao cumprimento de uma obrigação legal (Art. 7º, II, e Art. 11, II, ‘a’), já que a atuação da Administração Pública decorre de um mandamento legal, e ao tratamento e uso compartilhado de dados necessários à execução de políticas públicas (Art. 7º, III, e Art. 11, II, ‘b’). A previsão contida no Art. 23 traria apenas requisitos adicionais e específicos para o tratamento de dados pessoais quando realizado pelo poder público” (TEFFÉ, 2022, p. 240).

No que diz respeito ao tratamento de dados pessoais sensíveis, o artigo 11 da LGPD dispõe que esse somente poderá ocorrer nas seguintes hipóteses: a) quando o titular ou seu responsável legal consentir, de forma específica e destacada, para finalidades específicas; ou então b) sem fornecimento de consentimento do titular, nas hipóteses em que for indispensável para:

- a) cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador;
- b) tratamento compartilhado de dados necessários à execução, pela administração pública, de políticas públicas previstas em leis ou regulamentos;
- c) realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais sensíveis;
- d) exercício regular de direitos, inclusive em contrato e em processo judicial, administrativo e arbitral, este último nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem);
- e) proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro;
- f) tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária; ou
- g) garantia da prevenção à fraude e à segurança do titular, nos processos de identificação e autenticação de cadastro em sistemas eletrônicos, resguardados os direitos mencionados no art. 9º desta Lei e exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais.

Em se tratando de dados pessoais relativos a crianças e adolescentes⁶⁷⁸, ainda, o legislador nacional reconheceu uma proteção específica (art. 14º do LGPD), fulcrada na doutrina da proteção integral introduzida pela Magna Carta de 1988⁶⁷⁹.

Isso significa que os dados pessoais relativos às crianças e aos adolescentes deverão ser tratados de acordo com o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente – introduzido na sistemática nacional pelo Estatuto da Criança e do Adolescente diante da condição de “pessoas em desenvolvimento” que ostentam – e mediante, no caso específico das crianças, o consentimento destacado e específico de, ao menos, um dos pais ou responsáveis legais, salvo se a coleta dos dados for necessária para proteção destes seres em desenvolvimento ou para contatar os pais ou responsáveis legais, desde que os dados sejam utilizados uma única vez e sem armazenamento, nos termos do § 3º do artigo 14º da LGPD⁶⁸⁰.

⁶⁷⁸ De acordo com o artigo 2º do ECA: Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.

⁶⁷⁹ É importante salientar que o rastro digital dos seres humanos está iniciando cada vez mais cedo e de forma cada vez mais ampliada. De acordo com o *Tic Kids Online Brasil 2022*, publicado em 3 de maio de 2023, considerando uma amostra de 2.604 crianças e adolescentes entre 9 a 17 anos, 96% dos entrevistados acessam a *internet* todos os dias ou quase todos os dias, sendo que 86% dos usuários possuem perfis em redes sociais, 87% usam a *internet* para ouvir música, 82% dos usuários usam a *internet* para assistir vídeos, filmes ou séries *on-line* e 80% usa a *internet* para fazer trabalhos escolares (BRASIL. *TIC Kids Online Brasil 2022*. Maio, 2023. Disponível em: https://cetic.br/media/analises/tic_kids_online_brasil_2022_principais_resultados.pdf. Acesso em: 31 maio 2023).

⁶⁸⁰ O legislador nacional determinou expressamente que “o tratamento de dados pessoais de crianças deverá ser realizado com o consentimento específico e em destaque dado por pelo menos um dos pais ou pelo responsável legal” (§1º do artigo 14 da LGPD). Isto é, o legislador não reconheceu a necessidade do consentimento dos pais ou responsáveis legais no que tange ao uso de dados pessoais de adolescentes. Ao que tudo indica, portanto, o

Complementando as disposições legislativas, recentemente a ANPD editou o enunciado n. 1º de 22 de maio de 2023 que dispõe “o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes poderá ser realizado com base nas hipóteses legais previstas no art. 7º ou no art. 11 da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), desde que observado e prevalecente o seu melhor interesse, a ser avaliado no caso concreto, nos termos do art. 14 da Lei.”⁶⁸¹.

Destaca-se que a civilística compreende que as disposições dos artigos 7º e 11 são taxativas, sendo complementadas pelos artigos 14 e 23 da LGPD no que couber, e estão condicionais à teleologia introdutória à normativa. Durante todas as operações de tratamento de dados pessoais, independentemente da hipótese legal fundante, cabe aos agentes a observância dos objetivos, dos fundamentos, dos princípios e dos direitos dos titulares expressos ao longo da LGPD⁶⁸². A exemplo do direito dos titulares ao acesso facilitado às informações sobre o tratamento de seus dados (artigo 9º da LGPD) e o direito à correção de dados incompletos, inexatos ou desatualizado (artigo 18, inciso III, da LGPD).

Os agentes de tratamento não só deverão fundamentar a operação de dados pessoais, em geral ou sensíveis, a ser realizada na base mais adequada e segura⁶⁸³, levando-se em consideração aspectos como as práticas mercadológicas, as orientações da autoridade responsável pela proteção de dados e o equilíbrio entre os direitos dos titulares e o desenvolvimento dos negócios⁶⁸⁴, mas também deverão se orientar pelo princípio da boa-fé objetiva e pelos demais deveres anexos elencados no artigo 6º da LGPD: finalidade, adequação, necessidade, livre acesso, qualidade dos dados, transparência, segurança, prevenção, não discriminação, responsabilização e prestação de contas⁶⁸⁵.

legislador reconheceu a validade e a eficácia do consentimento manifestado pelos adolescentes. Cabe lembrar que o Código Civil de 2002 e o Estatuto da Criança e do Adolescente reconhecem, em muitos casos, a necessidade do consentimento dos adolescentes, como ocorre no processo de adoção, por exemplo. Para maiores considerações sobre o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes, ler: TEFFÉ, 2022, p. 294 e ss.

⁶⁸¹ Destaca-se que o enunciado n. 684, aprovado na IX Jornada de Direito Civil do CJF, em maio de 2022 já considerava: “O art. 14 da Lei n. 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD) não exclui a aplicação das demais bases legais, se cabíveis, observado o melhor interesse da criança.”.

⁶⁸² Nesse contexto, o § 6º do artigo 7º da LGPD deixa claro que “A eventual dispensa da exigência do consentimento não desobriga os agentes de tratamento das demais obrigações previstas nesta Lei, especialmente da observância dos princípios gerais e da garantia dos direitos do titular.”.

⁶⁸³ Isso quer dizer que os agentes de tratamento de dados devem ter certeza da base legal escolhida, assim como que esta base é a mais adequada para aquela atividade, de modo a evitar sanções administrativas e civis.

⁶⁸⁴ TEFFÉ, 2022, p. 237.

⁶⁸⁵ Art. 6º As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios: I - finalidade: realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades; II - adequação: compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento; III - necessidade: limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados; IV - livre acesso: garantia, aos titulares, de consulta facilitada e gratuita sobre a forma e a duração do tratamento, bem como sobre a integralidade de seus dados pessoais; V - qualidade dos dados: garantia, aos titulares,

Dito de outra forma, todas as operações de tratamento deverão ser transparentes e adequadas às finalidades – legítimas, lícitas e não discriminatórias – previamente informadas aos titulares dos dados, assim como pertinentes e limitadas à realização destas finalidades. Os agentes de tratamento também deverão adotar todas as medidas razoáveis para que a qualidade dos dados pessoais – exatidão, clareza e relevância – seja mantida durante todo o ciclo deste tratamento, assim como a segurança e a confidencialidade necessárias. O que inclui a utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a inibir o acesso não autorizado de terceiros e a prevenir a ocorrência de danos aos titulares em virtude desta atividade de tratamento.

Nota-se que todas as bases legais (artigos 7º e 11 da LGPD) são capazes de justificar adequadamente uma atividade de tratamento de dados pessoais na sistemática nacional e estão sob o mesmo nível hierárquico. Todavia, as hipóteses legais de a) cumprimento de uma obrigação legal ou regulatória pelo controlador; b) tratamento de dados pessoais pela administração pública; c) realização de estudos por órgão de pesquisa; d) exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral; e) proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiros; f) tutela da saúde, em procedimento realizado por profissionais de saúde ou autoridade sanitária; g) garantia da prevenção à fraude e à segurança do titular de dados; e h) proteção ao crédito; são mais objetivas, na medida em que devem ser justificadas objetivamente pelos agentes de tratamento ao serem escolhidas.

Por outro lado, as hipóteses legais do consentimento do titular (inciso I do artigo 7º e inciso I do artigo 11 da LGPD) e do interesse legítimo do controlador ou de terceiros (artigo 7º, inciso IX da LGPD) demandam maior atenção: a primeira frente à tutela destacada na normativa e a segunda diante das inúmeras incertezas que proporciona, principalmente porque nunca houve consenso sobre a transposição desta do RGPD à sistemática nacional⁶⁸⁶.

de exatidão, clareza, relevância e atualização dos dados, de acordo com a necessidade e para o cumprimento da finalidade de seu tratamento; VI - transparência: garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial; VII - segurança: utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão; VIII - prevenção: adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais; IX - não discriminação: impossibilidade de realização do tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos; e X - responsabilização e prestação de contas: demonstração, pelo agente, da adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e, inclusive, da eficácia dessas medidas.

⁶⁸⁶ Bruno Bioni traz duas considerações interessantes. A primeira é que o consentimento era a única base legal elencada na primeira versão do anteprojeto da LGPD, colocada sob consulta pública em 2010, sendo que as demais bases legais só foram incorporadas na segunda consulta pública em 2015 (BIONI, 2019, p. 185) e, entre elas, “a mais contenciosa é a do legítimo interesse. Nunca houve consenso em transplantar tal figura do quadro jurídico europeu. Se analisado todo o processo de construção do texto da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, nota-se que tal base legal somente foi esculpida após os dois processos de consulta pública e sob o temor de que tal conceito jurídico indeterminado fosse interpretado de forma inconsistente.” (BIONI, 2021, p. 177).

Desta forma, passa-se a compreender melhor tais bases legais, iniciando-se com o estudo do consentimento do titular dos dados pessoais.

3.7.2.1 O consentimento do titular dos dados pessoais

A hipótese legal do consentimento do titular dos dados pessoais ganhou prestígio na LGPD, embora não seja hierarquicamente superior às demais bases legais. Desde as primeiras discussões sobre a proteção de dados pessoais no ordenamento jurídico nacional, as preocupações legislativas repousaram em torno da necessidade de garantir uma maior participação dos titulares dos dados no fluxo de suas informações pessoais⁶⁸⁷.

Doneda ensinava que, no âmbito da disciplina de proteção de dados pessoais, “a fundamentação desse consentimento reside na possibilidade de autodeterminação em relação aos dados pessoais, e que esta autodeterminação deve ser levada em conta para caracterizarmos tanto a natureza jurídica bem como os efeitos desse consentimento”⁶⁸⁸⁶⁸⁹.

Em sentido semelhante, Mendes afirma que o direito à proteção de dados pessoais é marcado por um viés acentuado de autocontrole e de liberdade de seus titulares e, portanto, explica a autora, “para que o indivíduo possa exercer o seu poder de autodeterminação informativa, faz-se necessário um instituto jurídico por meio do qual se expresse a sua vontade de autorizar ou não o processamento de dados pessoais: o consentimento. Este é o mecanismo que o direito dispõe para fazer valer a autonomia privada.”⁶⁹⁰.

Percebe-se, assim, que essa base legal se configura como um instrumento de manifestação individual⁶⁹¹ no âmbito dos direitos da personalidade e tem como objetivo a legitimação dos agentes de tratamento para que utilizem os dados pessoais mediante prévia

⁶⁸⁷ TEPEDINO, Gustavo; TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. Consentimento e proteção de dados pessoais na LGPD. In: Ana Frazão, Gustavo Tepedino e Milena Donato Oliva (Coord.). *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro*. Editora Revista dos Tribunais, p. 287-322, 2019. Bruno Miragem pontua que “no direito brasileiro, a exemplo de vários sistemas jurídicos estrangeiros, o consentimento para uso dos dados polariza a disciplina da proteção dos dados pessoais.” (MIRAGEM, Bruno. A Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018) e o Direito do Consumidor. *Revista dos Tribunais*, vol. 1009/2019, nov., 2019, p. 3).

⁶⁸⁸ DONEDA, 2019, p. 302.

⁶⁸⁹ “[O] protagonismo do indivíduo na proteção dos dados pessoais é o divisor de águas para a terceira geração de leis. Nesse estágio, as normas de proteção de dados pessoais procuraram assegurar a participação do indivíduo sobre todos os movimentos dos seus dados pessoais: da coleta ao compartilhamento. Alcançar-se-ia, assim, o êxtase da própria terminologia da “autodeterminação informacional”, pois, com tal participação, possibilitar-se-ia que o sujeito tivesse um controle mais extensivo sobre as suas informações pessoais.” (BIONI, 2019, p. 177).

⁶⁹⁰ MENDES, 2014, p. 1002.

⁶⁹¹ Em apertada síntese, a acepção de autodeterminação está vinculada ao direito à autodeterminação informativa, ou seja, “o direito de cada indivíduo poder controlar e determinar (ainda não de modo absoluto) o acesso e o uso de seus dados pessoais.” (SARLET, 2021, p. 45). Ainda nas palavras de Doneda, a autodeterminação informativa se traduz “no direito de um indivíduo controlar a obtenção, a titularidade, o tratamento e a transmissão de dados relativos à sua pessoa.” (DONEDA, 2019, 302 e ss.).

informação⁶⁹², uma vez que o consentimento está fortemente ligado aos direitos-deveres de informação, finalidade, adequação e necessidade. Os agentes de tratamento de dados, em especial o controlador, devem fornecer as informações necessárias sobre a atividade de tratamento a ser realizada e sua finalidade, de forma clara, precisa e facilmente acessível, aos titulares dos dados pessoais. Só depois dessas informações, cujos dados são manifestamente necessários, é que os titulares podem ou não consentir com o tratamento de dados.

Bruno Miragem explica que, ao dar o consentimento, o usuário “expressa estar de acordo com algo que se lhe apresenta.”. Tal noção é a regra que imediatamente se deduz da adoção da autodeterminação informativa e, por isso, a autorização de uso está limitada à concordância do titular dos dados ou, então, às demais hipóteses de autorização legal⁶⁹³.

Neste particular, tornam-se importantes as orientações do Considerando n. 32 do RGPD que dispõe que o consentimento “deverá ser dado mediante um ato positivo claro que indique uma manifestação de vontade livre, específica, informada e inequívoca de que o titular de dados consente no tratamento dos dados que lhe digam respeito, como por exemplo mediante uma declaração escrita, inclusive em formato eletrônico, ou uma declaração oral”⁶⁹⁴.

Claramente inspirado pelo regulamento europeu, o legislador nacional traçou o conceito normativo de “consentimento” no inciso XII do artigo 5º da LGPD, delimitando-o como “a manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada”, e reconheceu que o consentimento “deverá ser fornecido por escrito ou por outro meio que demonstre a manifestação de vontade do titular” e complementou ao afirmar que “caso o consentimento seja fornecido por escrito, esse deverá constar de cláusula destacada das demais cláusulas contratuais.”, nos termos respectivamente do *caput* e §1º do artigo 8º da LGPD.

Cada um desses requisitos do consentimento – livre, informado e inequívoco – traz consigo condições distintas que devem ser observadas pelos agentes de tratamento, em especial o controlador, e que demandam maior atenção por parte da doutrina nacional.

Por consentimento “livre”, como ensinam Gustavo Tepedino e Chiara Spadaccini de Teffé, deve-se entender aquele que “o titular pode escolher entre aceitar ou recusar a utilização de seu bem, sem intervenções ou situações que viciem o seu consentimento”⁶⁹⁵.

⁶⁹² TEPEDINO; TEFFÉ, 2019, p. 93.

⁶⁹³ MIRAGEM, 2019, p. 3.

⁶⁹⁴ O legislador comunitário europeu ainda definiu o “consentimento” no artigo 4º, número 11, do RGPD sob a seguinte redação: “uma manifestação de vontade, livre, específica, informada e explícita, pela qual o titular dos dados aceita, mediante declaração ou ato positivo inequívoco, que os dados pessoais que lhe dizem respeito sejam objeto de tratamento”.

⁶⁹⁵ TEPEDINO; TEFFÉ, 2019, p. 94.

Em sentido semelhante, Miragem pontua que o consentimento “livre” se identifica com “os requisitos que se exigem para a manifestação de vontade do consumidor capaz de vincular-lhe juridicamente. Sabe-se que nos negócios jurídicos de consumo, o silêncio não caracteriza anuência, tampouco convalida o abuso ou a ilicitude.”⁶⁹⁶.

O consentimento “livre” implica, portanto, uma verdadeira escolha – não viciada – para os titulares dos dados pessoais, porquanto o próprio legislador nacional estabeleceu a vedação ao tratamento de dados pessoais mediante vício de consentimento (§3º do artigo 8º da LGPD)⁶⁹⁷. Se o titular dos dados pessoais não puder exercer uma verdadeira escolha sobre o tratamento a ser realizado, sentir-se coagido a dar o consentimento ou sofrer consequências negativas caso não consinta, então o consentimento não será considerado válido aos termos da norma protetiva. Da mesma forma, se o consentimento estiver agregado a uma parte não negociável das condições gerais do contrato, presume-se que não foi dado livremente⁶⁹⁸.

Nesse contexto, Bioni assevera que as políticas de privacidade nasceram como respostas do mercado aos primeiros marcos regulatórios. Por meio da técnica contratual, os agentes econômicos alcançaram uma maneira de colher o consentimento necessário para a legitimação das operações de tratamento de dados pessoais, porém tais ferramentas não capacitam os usuários para exercer o controle sobre suas informações pessoais, já que os agentes econômicos se utilizam da lógica “tudo ou nada” em suas políticas de privacidade e, assim, acabam por mistificar a autodeterminação informativa⁶⁹⁹.

Sob essa perspectiva, o legislador comunitário europeu entendeu que “não se deverá considerar que o consentimento foi dado de livre vontade se o titular dos dados não dispuser de uma escolha verdadeira ou livre ou não puder recusar nem retirar o consentimento sem ser prejudicado” (Considerando n. 42 do RGPD), assim como se presume que “o consentimento

⁶⁹⁶ MIRAGEM, 2019, p. 18.

⁶⁹⁷ Em apertada síntese, em consonância com o Código Civil de 2002, o vício do consentimento é aquele que torna o negócio jurídico anulável (nulidade relativa, art. 177 do CC/2002), porque a vontade declarada do agente é diversa do verdadeiro intento deste. São exemplos de vício do consentimento: o erro, o dolo e a coação.

⁶⁹⁸ Essa é a conclusão do WORKING PARTY 29. *Guidelines on consent under Regulation 2016/679*. Abril, 2018. Disponível em: <https://ec.europa.eu/newsroom/article29/items/623051/en>. Acesso em: 15 fev. 2023. Anota-se que a antiga Diretiva 95/46/CE, que disciplinava a proteção de dados na união europeia até o início da vigência do RGPD, trouxe consigo um dispositivo importante para a formação do direito comunitário de proteção de dados. Trata-se do artigo 29, que criou um “grupo de proteção das pessoas no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais”, de caráter consultivo e independente, formado pelas autoridades nacionais. Tal iniciativa possibilitou não só orientar a formação do RGPD por um caminho harmonizado para os diferentes contextos culturais e tecnológicos que existem nos estados-membros, como também possibilitou a elaboração de orientações sobre a melhor interpretação dessas regras entre a publicação em 2016 e a entrada em vigor em 2018 do RGPD. (RODER, Marcus Paulo; LANA, Pedro de Perdigão. A cláusula aberta dos interesses legítimos e as autoridades nacionais: análise comparativa entre LGPD e RGPD. In: WACHOWICZ, M. (Org.). *Proteção de dados pessoais em perspectiva: LGPD e RGPD na ótica do direito comparado*, Gedai, UFPR, Curitiba, p. 210-241, 2020, p. 226).

⁶⁹⁹ BIONI, 2019, p. 226.

não é dado de livre vontade se não for possível dar consentimento separadamente para diferentes operações de tratamento de dados pessoais” (Considerando n. 43 do RGPD).

Em termos gerais, ao avaliar se o consentimento é “livre” deve-se considerar também a necessidade da utilização dos dados pessoais para aquela situação específica em que o consentimento está sendo subordinado, nos termos do princípio da necessidade elencado no artigo 6º da LGPD que dispõe que tal princípio é a “limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados”⁷⁰⁰.

A título de exemplo, pense-se em uma aplicação para telemóvel de edição de fotografias que exige que os usuários ativem a localização por GPS para fins de prestação dos serviços ofertados – sem livre escolha dessa desativação – e informa que utilizará os dados recolhidos para efeitos de publicidade comportamental. Ocorre que nem a geolocalização nem a publicidade comportamental são necessárias para a prestação do serviço ofertado, tampouco há a possibilidade de utilização do aplicativo sem essa opção, e, assim, a aplicação está indo além da concretização do serviço ofertado. Uma vez que os usuários não podem utilizar a aplicação sem darem o seu consentimento para estes efeitos e estes nitidamente não observam a diretriz da necessidade, o consentimento não pode ser considerado “livre”⁷⁰¹.

Percebe-se que o objetivo do qualificador “livre” é investigar qual é o nível de assimetria em que se encontram os titulares de dados, posto que não se pode permitir desequilíbrios manifestos nas atividades de tratamento de dados pessoais. Quanto mais fragmentadas forem as autorizações, maior será o controle dos titulares perante o fluxo de seus dados pessoais. Nas palavras de Bioni, “deve-se verificar qual é o “poder de barganha” do cidadão com relação ao tratamento de seus dados pessoais, o que implica considerar quais são as opções do titular com relação ao tipo de dado coletado até os seus possíveis usos.”⁷⁰²⁷⁰³.

⁷⁰⁰ A propósito, o Considerando n. 44 do RGPD dispõe: “O tratamento deverá ser considerado lícito caso seja necessário no contexto de um contrato ou da intenção de celebrar um contrato.”

⁷⁰¹ Exemplo extraído de WORKING PARTY 29. *Guidelines on consent under Regulation 2016/679*. Abril, 2018. Disponível em: <https://ec.europa.eu/newsroom/article29/items/623051/en>. Acesso em: 15 fev. 2023.

⁷⁰² BIONI, 2019, p. 247.

⁷⁰³ Não é objetivo da presente pesquisa análise da eficácia do requisito livre frente às plataformas inseridas nesta lógica “tudo ou nada” (*take-it-or-leave-it choice*), a exemplo do *Facebook*. Essa temática é bem abordada por CAMARGO, 2020, p. 177 e ss. Brevemente, anota-se uma das observações do autor: “Levando o Artigo 7 (4) [do RGPD] em consideração, mesmo nos serviços oferecidos atualmente, pelas plataformas, não há consentimento livre na utilização dos dados, para fins próprios da plataforma ou de terceiros, como contrapartida pelo seu uso. O indivíduo é obrigado a aceitar ou não utilizar, verdadeiro ‘*take-it-or-leave-it-choice*’. Mesmo assim, esses serviços continuam sendo oferecidos legalmente na União Europeia. [...] A abrangência desse uso deve, portanto, passar pelo teste de proporcionalidade, de forma que não haja uma extrapolação, por parte do controlador, no uso dos dados de seus usuários para finalidades muito exóticas às suas expectativas razoáveis e, também, que não haja tratamento de um volume de dados que ultrapasse os limites do razoável. Essa foi a leitura, em linhas gerais,

Além disso, o consentimento também deve ser uma manifestação de vontade “informada”. O que significa que os agentes de tratamento possuem um autêntico dever de esclarecimento para com os usuários, ou seja, de tornar todas as informações sobre o tratamento de dados⁷⁰⁴ e suas finalidades⁷⁰⁵ – inclusive em termos de compartilhamento⁷⁰⁶ – o mais transparente, conciso⁷⁰⁷ e compreensível aos destinatários. Por isso, o consentimento só é eficaz quando aquele que manifesta sua vontade teve informação prévia e total compreensão sobre os impactos de sua decisão ao consentir com o tratamento⁷⁰⁸.

À luz do Considerando n. 39 do RGPD:

O princípio da transparência exige que as informações ou comunicações relacionadas com o tratamento desses dados pessoais sejam de fácil acesso e compreensão, e formuladas numa linguagem clara e simples. Esse princípio diz respeito, em particular, às informações fornecidas aos titulares dos dados sobre a identidade do responsável pelo tratamento dos mesmos e os fins a que o tratamento se destina, bem como às informações que se destinam a assegurar que seja efetuado com equidade e transparência para com as pessoas singulares em causa, bem como a salvaguardar o seu direito a obter a confirmação e a comunicação dos dados pessoais que lhes dizem respeito que estão a ser tratados.

Quando o conteúdo informado for incorreto, incompleto ou demasiadamente completo – com uma grande quantidade de informações desnecessárias e confusas –, não haverá consentimento do titular de dados pessoais, de modo a tornar ilegítimas e ilícitas quaisquer operações que venham a se basear nele⁷⁰⁹. Da mesma forma, se houverem significativas alterações na finalidade do tratamento de dados, tornando-se incompatível com o consentimento original, o controlador deverá informar sobre as mudanças de finalidade, podendo o titular revogar o consentimento, caso discorde das alterações (art. 9º, § 2º, da LGPD).

estabelecida pela autoridade antitruste da Alemanha, no caso do Facebook envolvendo a utilização de dados captados por outras aplicações de sua propriedade e, também, de sites ou aplicações de terceiros.” (*Idem*, p. 178).

⁷⁰⁴ Entre os direitos informacionais dos titulares de dados, conforme artigo 9º da LGPD, estão: I - finalidade específica do tratamento; II - forma e duração do tratamento, observados os segredos comercial e industrial; III - identificação do controlador; IV - informações de contato do controlador; V - informações acerca do uso compartilhado de dados pelo controlador e a finalidade; VI - responsabilidades dos agentes que realizarão o tratamento; e VII - direitos do titular, com menção explícita aos direitos contidos no art. 18 desta Lei.

⁷⁰⁵ Nesse sentido, dispõe o §4º do artigo 8º da LGPD: O consentimento deverá referir-se a finalidades determinadas, e as autorizações genéricas para o tratamento de dados pessoais serão nulas.

⁷⁰⁶ Conforme artigo 7º, § 5º, da LGPD: O controlador que obteve o consentimento referido no inciso I do caput deste artigo que necessitar comunicar ou compartilhar dados pessoais com outros controladores deverá obter consentimento específico do titular para esse fim, ressalvadas as hipóteses de dispensa do consentimento previstas nesta Lei.

⁷⁰⁷ Bioni pontua que “o excesso de informação também desinforma (*overloaded information*). Ela deve ser prestada em uma *quantidade* suficiente para permitir que o consumidor saiba das qualidades e características do bem de consumo e, ainda, a sua utilização atenta aos riscos que lhe podem sobrevir” (BIONI, 2019, p. 244).

⁷⁰⁸ MIRAGEM, 2019, p. 18.

⁷⁰⁹ MIRAGEM, 2019, p. 18; BIONI, 2019, p. 244.

Aponta-se que o objetivo da normativa é sempre reduzir assimetrias – técnicas e informacionais – que circundam o fluxo informacional, na tentativa de eliminar ao máximo qualquer tipo de opacidade ou obscuridade no seio das atividades de tratamento de dados pessoais⁷¹⁰. Daí por que o consentimento também deve ser uma manifestação de vontade “inequívoca” dos usuários, ou seja, “não ambígua, evidente, e deve ocorrer de forma clara, sendo relevante analisar o grau e a qualidade de interação entre as partes.”⁷¹¹.

Miragem pontua que a conduta de realização do consentimento deve ser sempre facilmente perceptível pelos usuários. Exige-se que a forma e o momento de realização do consentimento – mediante um clique ou a digitação de uma senha, por exemplo – sejam devidamente identificadas como tais, dado que este adjetivo, vinculado diretamente aos requisitos formais definidos pela lei, nos termos do *caput* do artigo 8º da LGPD, revela o propósito de assegurar a certeza sobre a existência do consentimento e seu objeto⁷¹².

A propósito, o Tribunal de Justiça da União Europeia já decidiu que a utilização de ícones de seleção pré-assinalados – ainda que possam ser facilmente desmarcados pelo usuário – não estão em conformidade com as diretrizes do RGPD, porquanto só haverá consentimento a partir de um comportamento ativo e inequívoco, com vista a manifestar concordância⁷¹³.

Da mesma forma, no último ano, a ANPD orientou que *banners* de *cookies* pré-assinalados ou com a adoção de mecanismos de consentimento tácito, como a pressuposição de que, ao continuar a navegação em uma página, o titular forneceria consentimento para o tratamento de seus dados pessoais, bem como o aceite integral das condições de uso de *cookies*, sem o fornecimento de informações claras e específicas ou sem opções efetivas ao titular de livre escolha, não são considerados compatíveis com as diretrizes da LGPD⁷¹⁴.

Por ser o consentimento um ato voluntário, a LGPD também reconheceu que assim como os titulares devem consentir com o tratamento, também podem revogá-lo, sendo os efeitos desta revogação *ex nunc*⁷¹⁵. De acordo com o § 5º do artigo 8º: “O consentimento pode ser

⁷¹⁰ BIONI, 2019, p. 246; TEPEDINO; TEFFÉ, 2019, p. 96.

⁷¹¹ TEPEDINO; TEFFÉ, 2019, p. 97.

⁷¹² MIRAGEM, 2019, p. 18.

⁷¹³ UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. Acórdão de 1 de outubro de 2019, *Verbraucherzentrale Bundesverband e.V. c. Planet49 GmbH*, C-673/17, ECLI:EU:C:2019:801. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:62017CJ0673>. Acesso em: 22 fev. 2023.

⁷¹⁴ Recordar-se que os *cookies* são entendidos pela ANPD como “arquivos instalados no dispositivo de um usuário que permitem a coleta de determinadas informações, inclusive de dados pessoais em algumas situações, visando ao atendimento de finalidades diversas” (ANPD. *Cookies* e proteção de dados pessoais. Guia orientativo. Outubro, 2022. Disponível em <https://www.gov.br/anpd/pt-br/documentos-e-publicacoes/guia-orientativo-cookies-e-protecao-de-dados-pessoais.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2023).

⁷¹⁵ Miragem pontua que “A rigor, no mínimo se deve exigir que seja oferecido o mesmo meio para revogação daquele que se serviu o controlador para obter o consentimento, sendo sua eficácia a partir de quando é manifestado (*ex nunc*). O direito de revogar relaciona-se também com o direito de informação do titular dos dados sobre a

revogado a qualquer momento mediante manifestação expressa do titular, por procedimento gratuito e facilitado, ratificados os tratamentos realizados sob amparo do consentimento anteriormente manifestado enquanto não houver requerimento de eliminação [...]”⁷¹⁶.

De forma geral, percebe-se que o consentimento dos titulares para as atividades de tratamento de dados pessoais é obrigatório, quando a atividade de tratamento a ser realizada não se encaixe em outra base legal, mais adequada, e deve seguir todos os seus requisitos da LGPD⁷¹⁷. Isso significa que para o tratamento de dados pessoais em geral, dados pessoais sensíveis e dados pessoais de crianças e adolescentes, todos os requisitos do consentimento estudados devem ser observados pelo controlador ao requerer tal consentimento.

Quando os dados pessoais se qualificarem sensíveis, ainda, o controlador deve observar também as disposições do inciso I do artigo 11 da LGPD: “quando o titular ou seu responsável legal consentir, de forma específica e destacada, para finalidades específicas”.

A manifestação de vontade declarada pelo titular dos dados sensíveis – além de livre, informada e inequívoca – também deve ser de forma específica e destacada, para finalidades específicas. Esses requisitos implicam no exame contextual e casuísta da manifestação de vontade, uma vez que se deve entender os requisitos “como um vetor para que haja mais assertividade do titular com relação a esses movimentos ‘específicos’ de seus dados”⁷¹⁸.

Nas palavras de Teffé:

Específico deve ser compreendido como um consentimento manifestado em relação a propósitos concretos e claramente determinados pelo controlador e antes do tratamento dos dados, havendo também aqui, e com mais ênfase, as obrigações de granularidade, que trazem em si configurações de privacidade personalizáveis. Dessa forma, o titular terá condições de optar (ou não) por determinado tratamento, produto ou serviço que envolva os seus dados pessoais, podendo, inclusive, manifestar consentimento específico para certo tipo de tratamento, excluindo outros que não considerar adequados.

Destacado pode ser interpretado no sentido de que é importante que o titular tenha pleno acesso ao documento que informará todos os fatos relevantes sobre o tratamento de seus dados pessoais, devendo tais disposições virem destacadas para que a expressão do consentimento ocorra conforme a lei. Além de se referir a dados

possibilidade e as consequências da revogação, inclusive sobre a eventualidade dela não impedir a continuidade do tratamento nas hipóteses que a lei estabelece.” (MIRAGEM, 2019, p. 24).

⁷¹⁶ Dispõe o § 6º do artigo 8 da LGPD: Em caso de alteração de informação referida nos incisos I, II, III ou V do art. 9º desta Lei, o controlador deverá informar ao titular, com destaque de forma específica do teor das alterações, podendo o titular, nos casos em que o seu consentimento é exigido, revogá-lo caso discorde da alteração.

⁷¹⁷ A única exceção legislativa deste consentimento – não incluindo as demais bases legais – está disposta no §4º do artigo 7º da LGPD sobre a seguinte redação: “é dispensada a exigência do consentimento previsto no *caput* deste artigo para os dados tornados manifestamente públicos pelo titular, resguardados os direitos do titular e os princípios previstos nesta Lei.” Em complementação, dispõe o § 7º do artigo 7º da LGPD ainda: O tratamento posterior dos dados pessoais a que se referem os §§ 3º e 4º deste artigo poderá ser realizado para novas finalidades, desde que observados os propósitos legítimos e específicos para o novo tratamento e a preservação dos direitos do titular, assim como os fundamentos e os princípios previstos nesta Lei.

⁷¹⁸ BIONI, 2019, p. 251.

determinados e haver declaração de vontade que esteja ligada à objetivo específico, a manifestação deverá vir em destaque no instrumento de declaração que autoriza o tratamento⁷¹⁹.

A título de exemplo, imagine-se uma companhia aérea que oferece serviços de viagem assistidos para os passageiros que não conseguem viajar sem assistência devido a uma deficiência. Uma cliente marca um voo e solicita assistência em viagem para poder entrar no avião. A companhia aérea solicita à passageira informações sobre o seu estado de saúde para poder disponibilizar os serviços adequados, uma vez que as possibilidades são muitas, por exemplo, cadeira de rodas na porta de embarque ou um assistente que viaje com ela. A companhia aérea deve solicitar, assim, o consentimento específico e destacado para proceder ao tratamento dos dados clínicos da cliente com a finalidade de disponibilizar a assistência em viagem solicitada, ou seja, considerando apenas os dados necessários àquela atividade⁷²⁰.

Miragem ensina que não se pode admitir um consentimento genérico no âmbito dos dados pessoais sensíveis, tampouco que se insira sem destaque em condições gerais contratuais. Da mesma forma, não se autoriza qualquer presunção sobre o conhecimento prévio do titular sobre a finalidade específica, sendo ônus dos agentes de tratamento de dados a demonstração do regular atendimento das condições previstas na legislação⁷²¹.

Ademais, a normativa prevê a possibilidade de restrição ao tratamento de dados pessoais sensíveis, ao definir que “a comunicação ou o uso compartilhado de dados pessoais sensíveis entre controladores com objetivo de obter vantagem econômica poderá ser objeto de vedação ou de regulamentação por parte da autoridade nacional, ouvidos os órgãos setoriais do Poder Público, no âmbito de suas competências” (artigo 11, § 3º, da LGPD). Do mesmo modo, veda a comunicação ou uso compartilhado entre controladores de dados pessoais sensíveis relativos à saúde dos titulares com objetivo de obter vantagem econômica, salvo nas hipóteses relativas à prestação de serviços de saúde, de assistência farmacêutica e de assistência à saúde, e para permitir a portabilidade de dados consentida pelo titular ou as transações financeiras e administrativas resultantes do uso e da prestação dos serviços (artigo 11, § 4º, da LGPD). Soma-se ainda à vedação das operadoras de planos privados de assistência à saúde o tratamento de dados de saúde para a prática de seleção de riscos na contratação de qualquer modalidade, assim como na contratação e exclusão de beneficiários (artigo 11, § 5º, da LGPD).

⁷¹⁹ TEFFÉ, 2022, p. 256-257 (grifos no original).

⁷²⁰ Exemplo extraído de WORKING PARTY 29. *Guidelines on consent under Regulation 2016/679*. Abril, 2018. Disponível em: <https://ec.europa.eu/newsroom/article29/items/623051/en>. Acesso em: 15 fev. 2023.

⁷²¹ MIRAGEM, 2019, p. 24. A propósito, dispõe o §2º do artigo 8º da LGPD: Cabe ao controlador o ônus da prova de que o consentimento foi obtido em conformidade com o disposto nesta Lei.

A par dessas considerações, torna-se importante entender o consentimento como um verdadeiro processo, cuja finalidade é equilibrar os legítimos interesses dos agentes de tratamento e dos titulares de dados pessoais. Neste processo, concede-se maior autonomia aos últimos, que passaram a ter um maior poder de decisão sobre o fluxo dos dados, diante dos qualificadores do consentimento: livre, informado, inequívoco, específico e destacado; e atribui-se deveres aos agentes de tratamento, que são responsáveis por garantir que cada fase deste processo ocorra de acordo com a LGPD, de modo a obter um aceite válido e eficaz⁷²².

3.7.2.2 O cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador

À semelhança do RGPD, os artigos 7º e 11 da LGPD também elencam o cumprimento de uma obrigação legal ou regulatória pelo controlador como uma base legal. Essa hipótese permite que o controlador trate os dados pessoais, sem a necessidade de consentimento do titular, quando existir uma causa normativa ou regulatória que justifique o tratamento dos dados pessoais necessários e compatíveis com a finalidade especificada, principalmente no caso dos dados pessoais sensíveis visto que a LGPD dispõe que o tratamento destes dados somente poderá ocorrer sem o consentimento do titular quanto estes forem indispensáveis.

Notadamente, muitos setores econômicos possuem uma série de normativas e regulamentações que envolvem o tratamento de dados pessoais e devem ser seguidas pelos agentes econômicos para atuarem adequadamente e, por isso, essa base legal está no rol das causas de justificação dos artigos 7º e 11 da LGPD. Dentre os setores econômicos que mais utilizam desta base legal para justificar o tratamento de dados pessoais estão os setores de telecomunicações, seguros, saúde, turismo, transporte de passageiros e financeiro.

Pense-se no setor de saúde, em que as instituições e os profissionais de saúde possuem uma série de obrigações legais e regulatórias que devem ser cumpridas adequadamente. Entre os exemplos do setor, está a obrigação de ressarcimento ao SUS, disciplinada na Resolução normativa nº 358, de 27 de novembro de 2014. De acordo com o *caput* do artigo 4º da referida Resolução, a identificação do atendimento a beneficiário de plano privado de assistência à saúde feito pelo SUS, “será realizada mediante cruzamento de bancos de dados relativos aos atendimentos realizados nas unidades prestadoras de serviços vinculadas ao SUS com as informações cadastrais das OPS constantes do banco de dados da ANS, nos termos do artigo 20 da Lei 9.656, de 3 de junho de 1998, e da regulamentação da ANS.”.

⁷²² TEFFÉ, 2022, p. 265.

Exemplos mais simples como o próprio compartilhamento de dados pessoais com a municipalidade para a emissão de Nota Fiscal e outros mais complexos, que demandam uma maior análise casuística, como a utilização da biometria para fins de anotação do horário de entrada e de saída dos trabalhadores em cumprimento às disposições do §2º do artigo 74 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT)⁷²³ e da Portaria 671, de 8 de novembro de 2009, do Ministério de Estado do Trabalho e Previdência⁷²⁴, também se enquadram nesta base legal.

No contexto desta hipótese legal, torna-se fundamental entender que o controlador deve fundamentar objetivamente o tratamento dos dados pessoais nos limites previstos na norma que exige esse tratamento, assim como nos limites técnicos das atividades desenvolvidas, sempre respeitando, por oportuno, todas as demais obrigações previstas na LGPD, especialmente a observância dos princípios e da garantia dos direitos dos titulares (§6º do artigo 8º), podendo o controlador conservar os dados pessoais, em geral ou sensíveis, após o término de seu tratamento, nos termos do inciso I do artigo 16 da LGPD⁷²⁵.

3.7.2.3 O tratamento e uso compartilhado de dados pessoais necessários à execução de políticas públicas pela administração pública

Dentre as bases legais elencadas nos artigos 7º e 11 da LGPD também está a possibilidade do tratamento de dados pessoais, sem o consentimento do titular, pela administração pública quanto necessários à execução de políticas públicas.

Da leitura comparada entre os artigos citados percebe-se que o legislador nacional trouxe uma redação distinta ao tratar de dados pessoais em geral e ao tratar de dados pessoais sensíveis. O inciso III do artigo 7º da LGPD dispõe que o tratamento de dados pessoais poderá ser realizado “pela administração pública, para o tratamento e uso compartilhado de dados necessários à execução de políticas públicas previstas em leis e regulamentos ou respaldadas em contratos, convênios ou instrumentos congêneres, observadas as disposições do Capítulo IV

⁷²³ De acordo com § 2º do artigo 74 da CLT: Para os estabelecimentos com mais de 20 (vinte) trabalhadores será obrigatória a anotação da hora de entrada e de saída, em registro manual, mecânico ou eletrônico, conforme instruções expedidas pela Secretaria Especial de Previdência e Trabalho do Ministério da Economia, permitida a pré-assinalação do período de repouso.

⁷²⁴ Torna-se interessante aqui a observação de Teffé para quem a questão não é tão pacífica, uma vez que se pode questionar a indispensabilidade da biometria diante da possibilidade do uso de sistemas alternativos. A autora cita, como exemplo, o fato de que a Autoridade Holandesa de Proteção de Dados impôs uma multa de 725.000 euros a uma empresa, por entender que o tratamento era excessivo ao exigir dos funcionários suas impressões digitais (*fingerprint data*) para fins de registro de presença e jornada. (TEFFÉ, 2022, p. 269).

⁷²⁵ Dispõe o inciso I do artigo 16 da LGPD: Os dados pessoais serão eliminados após o término de seu tratamento, no âmbito e nos limites técnicos das atividades, autorizada a conservação para as seguintes finalidades: I - cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador; [...].

desta Lei”. Já a alínea b do inciso II do artigo 11 da LGPD autoriza, quando indispensável, o “tratamento compartilhado de dados [sensíveis] necessários à execução, pela administração pública, de políticas públicas previstas em leis ou regulamentos”. Em complementação às bases legais, o legislador nacional ainda destinou um capítulo próprio ao tratamento de dados pessoais pelo Poder Público (Capítulo IV da LGPD).

À luz das orientações da ANPD, ao publicar o Guia Orientativo sobre o Tratamento de Dados Pessoais pelo Poder Público em janeiro de 2022, a aplicação dessa hipótese legal por entidades e órgãos públicos pressupõe a adequada compreensão das expressões “administração pública” e “políticas públicas” utilizadas nos artigos citados⁷²⁶.

No que tange ao conceito de “administração pública” se deve considerar que a norma adotou uma definição ampla de Poder Público. De acordo com o *caput* do artigo 1º da LGPD aplica-se as disposições da norma às pessoas jurídicas de direito público e o parágrafo único esclarece que as normas gerais contidas na LGPD “são de interesse nacional e devem ser observadas pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios”. Em complementação a essas disposições, o artigo 23 da LGPD ao regulamentar o tratamento de dados pessoais pelo Poder Público menciona as “pessoas jurídicas de direito público referidas no parágrafo único do art. 1º da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 (Lei de Acesso à Informação)”.

O dispositivo citado, por sua vez, se refere aos “órgãos públicos integrantes da administração direta dos Poderes Executivo, Legislativo, incluindo as Cortes de Contas, e Judiciário e do Ministério Público” e “as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios”.

Também estão incluídos no conceito de Poder Público os serviços notariais e de registro (artigo 23, § 4º, da LGPD) e as empresas públicas e as sociedades de economia mista, desde que não estejam atuando em regime de concorrência ou operacionalizando políticas públicas e no âmbito da execução destas (artigo 24 da LGPD).

A partir dessas disposições gerais, segundo as orientações da ANPD, a hipótese legal ora analisada deve ser aplicada a órgãos e entidades dos três Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) e entes federativos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), inclusive das Cortes de Contas e do Ministério Público, desde que estejam atuando no exercício de suas funções administrativas, com vistas à execução de políticas públicas⁷²⁷.

⁷²⁶ ANPD. Janeiro, 2022.

⁷²⁷ Idem, p. 11. A ANPD ainda complementa “embora a função administrativa seja típica do Poder Executivo, órgãos dos demais Poderes também a exercem em determinadas circunstâncias. Ou seja, ao lado de suas funções

Já o conceito de “políticas públicas” não é definido normativamente na LGPD e a ANPD ainda não editou uma regulamentação própria sobre o tema. A orientação atual da autoridade nacional é que o conceito de “política pública” seja “interpretado de forma ampla, de modo a abranger qualquer programa ou ação governamental, definido em instrumento formal, isto é, lei, regulamento ou ajuste contratual, conforme o caso, cujo conteúdo inclui, em regra, objetivos, metas, prazos e meios de execução.”⁷²⁸.

Nota-se que a alínea b do inciso II do artigo 11 da LGPD não faz referência às políticas públicas instituídas em contratos, convênios ou instrumentos congêneres e, por isso, o tratamento de dados pessoais sensíveis necessários à execução de políticas públicas só é possível quanto previsto em leis ou em regulamentos. A exemplo das políticas públicas de prevenção ao HIV, campanhas de vacinação, controle de tabagismo e prevenção e tratamento do câncer de pulmão, auxílio e proteção social a cidadãos em situação de vulnerabilidade.

É importante ressaltar ainda que o artigo 7º da LGPD autoriza o “tratamento e uso compartilhado” de dados pessoais em geral e o artigo 11 da LGPD menciona apenas o “tratamento compartilhado” dos dados pessoais sensíveis. Todavia, não se pode olvidar que o “uso compartilhado de dados” previsto no inciso XVI do artigo 5º da LGPD⁷²⁹ é uma modalidade de “tratamento” (inciso X do artigo 5º da LGPD), uma vez que o legislador adotou um conceito amplo de tratamento de dados pessoais, como visto anteriormente.

Finalmente, salienta-se que a hipótese legal de execução de políticas públicas não é a única hipótese que justifica o tratamento de dados pessoais, em geral ou sensíveis, pelo Poder Público, que pode estar amparado em qualquer uma das bases legais elencadas na LGPD, a exemplo do consentimento, do legítimo interesse, do cumprimento de obrigação legal ou regulatória⁷³⁰. De todo o modo, assim como nos demais casos de tratamento, deve a administração pública observar a integralidade das disposições do artigo 23 da LGPD, em especial a exigência de que o tratamento de dados pessoais – em geral ou sensíveis – seja

típicas, tais como as de legislar e aplicar a lei, órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário também exercem atividades administrativas. É o que ocorre, por exemplo, quando são firmados convênios ou acordos de cooperação técnica com outros órgãos públicos ou entidades sem fins lucrativos visando ao atendimento de alguma finalidade pública” (Idem, p. 11).

⁷²⁸ Idem, p. 12. Segundo a ANPD, “uma política pública envolve, em geral, a definição de um programa ou ação governamental específico, a ser executado por uma entidade ou por um órgão público” (Idem, p. 12).

⁷²⁹ De acordo com o inciso XVI do artigo 5º da LGPD por “uso compartilhado de dados” entende-se “comunicação, difusão, transferência internacional, interconexão de dados pessoais ou tratamento compartilhado de bancos de dados pessoais por órgãos e entidades públicos no cumprimento de suas competências legais, ou entre esses e entes privados, reciprocamente, com autorização específica, para uma ou mais modalidades de tratamento permitidas por esses entes públicos, ou entre entes privados.”

⁷³⁰ ANPD. Janeiro, 2022, p. 6. Anota-se que não é objetivo desta pesquisa esgotar todas as possibilidades e nuances sobre o tratamento de dados pessoais pela administração pública, mas sim compreender o alcance das bases legais elencadas na LGPD. Para maiores considerações sobre o tema, ler: ANPD. Janeiro, 2022.

realizado para o atendimento de sua finalidade pública, na persecução do interesse público, com o objetivo de executar as competências legais ou cumprir as atribuições legais do serviço público, sem perder de vistas os demais princípios e diretrizes gerais da LGPD.

3.7.2.4 A realização de estudos por órgão de pesquisa

O inciso IV do artigo 7º e a alínea c do inciso II do artigo 11 da LGPD elencam a possibilidade de tratamento de dados pessoais em geral ou sensíveis, sem a necessidade de consentimento do respectivo titular, para a “realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais sensíveis”.

Nota-se que o alcance desta hipótese está condicionado ao conceito de “órgão de pesquisa” que está definido normativamente no inciso XVIII do artigo 5º da LGPD:

Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se:

[...]

XVIII - órgão de pesquisa: órgão ou entidade da administração pública direta ou indireta ou pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos legalmente constituída sob as leis brasileiras, com sede e foro no País, que inclua em sua missão institucional ou em seu objetivo social ou estatutário a pesquisa básica ou aplicada de caráter histórico, científico, tecnológico ou estatístico.

Considerando tal definição, é possível citar como exemplos de órgãos de pesquisa o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) e a Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz)⁷³¹.

Além disso, percebe-se que o legislador nacional preferiu excluir do rol de agentes legitimados à utilização dessa hipótese legal as pessoas jurídicas de direito privado com fins lucrativos. Desta forma, mesmo que a instituição tenha entre suas finalidades constitutivas a realização de pesquisa científica, não se torna possível utilizar dessa base legal para justificar a atividade de tratamento de dados pessoais, diante da finalidade lucrativa.

No último ano, inclusive, a ANPD publicou um estudo técnico prévio e específico sobre essa hipótese legal e, entre as suas orientações, a autoridade pontuou que esse fato não induz à conclusão de que pessoas jurídicas de direito privado com finalidades lucrativas, ou outras que eventualmente não se enquadrem no conceito de órgão de pesquisa, como as pessoas

⁷³¹ Como se extrai das orientações da ANPD, é o órgão de pesquisa o responsável pela atividade de tratamento realizada e não as pessoas naturais a ele subordinados ou vinculadas, a exemplo dos pesquisadores e estudantes de graduação ou pós-graduação (ANPD. *Estudo Técnico: a LGPD e o tratamento de dados pessoais para fins acadêmicos e para a realização de estudos por órgão de pesquisa*. Texto para discussão n. 1/2022. Abril, 2022. Disponível em https://www.gov.br/anpd/pt-br/documentos-e-publicacoes/sei_00261-000810_2022_17.pdf. Acesso em: 30 abr. 2023).

naturais, não possam realizar uma atividade de tratamento com a finalidade de estudos e pesquisas científicas. Trata-se, apenas, da impossibilidade de utilização desta hipótese legal, podendo ser invocada outra base legal elencada na norma para justificar a atividade em questão, a exemplo do consentimento do titular ou do legítimo interesse do controlador⁷³².

Para a ANPD, o legislador nacional apenas impôs requisitos mais estritos para o tratamento de dados pessoais para fins de realização de pesquisas por pessoas jurídicas de direito privado com fins lucrativos ou por pessoas naturais para fins econômicos – já que se o tratamento de dados ocorrer por pessoa natural para fins exclusivamente particulares e não econômicos não se aplica à LGPD, conforme inciso I do artigo 4º da Lei -⁷³³.

Ademais, salienta-se que o legislador considerou que “sempre que possível” deve-se realizar a anonimização dos dados pessoais para uso desta base legal, impossibilitando a associação, direta ou indireta, dos dados pessoais a uma pessoa natural.

Em específico, ainda, o *caput* e o §1º do artigo 13 da LGPD dispõem:

Art. 13. Na realização de estudos em saúde pública, os órgãos de pesquisa poderão ter acesso a bases de dados pessoais, que serão tratados exclusivamente dentro do órgão e estritamente para a finalidade de realização de estudos e pesquisas e mantidos em ambiente controlado e seguro, conforme práticas de segurança previstas em regulamento específico e que incluam, sempre que possível, a anonimização ou pseudonimização dos dados, bem como considerem os devidos padrões éticos relacionados a estudos e pesquisas.

§ 1º A divulgação dos resultados ou de qualquer excerto do estudo ou da pesquisa de que trata o *caput* deste artigo em nenhuma hipótese poderá revelar dados pessoais.

A esse respeito, a ANPD orienta que, embora este último artigo se refira aos estudos em saúde pública, os parâmetros legais nele previstos devem ser aplicados às pesquisas realizadas em outras áreas do conhecimento, conforme as peculiaridades do caso concreto⁷³⁴.

Significa dizer que se não for possível realizar a anonimização, deve-se então realizar a pseudonimização, mas sempre considerando que não é propriamente uma obrigatoriedade do órgão de pesquisa, já que tais medidas não foram instituídas pela LGPD como medidas de segurança impositivas ou pré-requisitos técnicos para a divulgação pública ou para o compartilhamento de dados pessoais para fins de realização de estudos e pesquisas⁷³⁵.

Segundo a ANPD, a leitura mais adequada da expressão “sempre que possível” é a de que o legislador nacional optou por adotar um modelo mais flexível, que busca equilibrar a

⁷³² ANPD. Abril, 2022, p. 16.

⁷³³ ANPD. Abril, 2022, p. 16.

⁷³⁴ ANPD. Abril, 2022, p. 16.

⁷³⁵ ANPD. Abril, 2022, p. 17.

proteção de dados pessoais com as peculiaridades e os propósitos de realização dos mais diversos estudos e pesquisas no ordenamento jurídico brasileiro⁷³⁶.

Finalmente, enfatiza-se que a ANPD orienta que os órgãos de pesquisa dedicados a outras áreas do conhecimento também deverão adotar os demais parâmetros elencados no artigo 13 da LGPD sempre que cabíveis, assim como deverão observar todas as diretrizes elencadas na norma para o tratamento dos dados pessoais, em geral ou sensíveis, ser considerado legítimo e lícito, especialmente a segurança e a finalidade específica de realização de estudos e pesquisas e a confidencialidade dos dados pessoais utilizados, conforme o caso concreto⁷³⁷⁷³⁸.

3.7.2.5 A execução de contrato ou de procedimentos preliminares relacionados a contrato do qual seja parte o titular, a pedido do titular dos dados

Dispõe o inciso V do artigo 7º do LGPD que o tratamento de dados pessoais poderá ser realizado, sem o consentimento do respectivo titular, “quanto necessário para a execução de contrato ou de procedimentos preliminares relacionados a contrato do qual seja parte o titular, a pedido do titular dos dados”.

Para a compreensão do alcance dessa base legal, destaca-se que esta é causa de justificação apenas nos casos de tratamento de dados pessoais em geral, não existindo correspondente direto no artigo 11 da LGPD, assim como que a aceção de “necessidade” se torna elementar para a delimitação de seu âmbito de aplicação, uma vez que o legislador nacional reconheceu a possibilidade de tratamento de dados pessoais quando necessários à execução do contrato ou de diligências pré-contratuais quando for parte o titular.

No entanto, a ANPD ainda não se manifestou sobre essa base legal e para melhor delimitar o alcance desta aceção se recorre às orientações do Comitê Europeu para a Proteção de Dados (CEPD) (em inglês, *European Data Protection Board*), já que esta hipótese também está definida entre as causas que justificam o tratamento de dados no RGPD⁷³⁹.

⁷³⁶ ANPD. Abril, 2022, p. 17.

⁷³⁷ ANPD. Abril, 2022, p. 17. O artigo 16, inciso II, da LGPD permite a conservação dos dados após o término do tratamento nos casos de estudo por órgão de pesquisa, garantida, quando possível, a anonimização.

⁷³⁸ Nesse contexto, a ANPD orienta que, em momento anterior à realização de uma operação de tratamento, seja confirmada, pelos meios legítimos, a ciência do órgão de pesquisa quanto à realização do estudo e o seu compromisso de cumprir as disposições pertinentes da LGPD, o que pode ser realizado, por exemplo, por meio de documento próprio e específico (ANPD. Abril, 2022, p. 18).

⁷³⁹ Em síntese, o CEPD é um organismo independente que reúne as autoridades nacionais de proteção de dados dos países do Espaço Econômico Europeu e a Autoridade Europeia para a Proteção de Dados (AEPD). O objetivo do AEPD é assegurar que o RGPD e a Diretiva relativa ao setor policial e judiciário sejam aplicados de forma coerente, sendo assegura a cooperação (EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD. *About EDPB*. Disponível em: https://edpb.europa.eu/edpb_en. Acesso em: 25 abr. 2023).

Seguindo as orientações do Comitê Europeu, e observando a norma nacional, é possível compreender que o inciso V do artigo 7º do LGPD será aplicável sempre que esteja preenchida uma de duas condições: a) o tratamento em questão deve ser objetivamente necessário para a execução de um contrato com um titular dos dados; ou b) o tratamento deve ser objetivamente necessário para diligências pré-contratuais a pedido do titular dos dados⁷⁴⁰.

Nota-se que o conceito de “necessidade” está relacionado aos objetivos da LGPD e, por isso, será legítima a utilização desta base legal sempre que os dados pessoais sejam necessários objetivamente para atingir a finalidade da prestação ou para que a relação jurídica seja perfectibilizada. Se existirem alternativas realistas e menos intrusivas, o tratamento dos dados não será qualificado como necessário nos termos da legislação⁷⁴¹.

Significa dizer que o agente responsável pelo tratamento de dados deverá demonstrar que o objeto principal do contrato – válido – firmado com o titular dos dados não pode ser executado sem o tratamento específico daqueles dados pessoais indicados ou que para a celebração deste contrato se deve realizar um tratamento de dados pessoais prévio, já que no momento do tratamento, não está claro se o contrato será efetivamente celebrado⁷⁴².

Ressalta-se que o responsável pelo tratamento dos dados pessoais deve cumprir com as suas obrigações de finalidade, adequação e transparência. Sempre que um agente de tratamento tentar determinar que um tratamento se baseia na execução de um contrato com o titular dos dados ou de procedimentos preliminares à celebração, é importante avaliar o que é objetivamente necessário para tais finalidades⁷⁴³. Percebe-se que esta orientação pode ser extraída, inclusive, do próprio princípio da necessidade elencado no inciso III do artigo 6º da LGPD, que dispõe que a “necessidade” é a “limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados”.

A propósito, simples referências ou menções genéricas sobre o tratamento de dados pessoais nas cláusulas contratuais não são suficientes para inserir o tratamento no âmbito de aplicação do inciso V do artigo 7º da LGPD, assim como da alínea b do n. 1. do artigo 6º do RGPD. Cabe ao agente de tratamento justificar a necessidade do tratamento de dados pessoais por referência ao objeto contratual fundamental e mutuamente compreendido.

⁷⁴⁰ EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD. *Guidelines 2/2019 on the processing of personal data under Article 6(1)(b) GDPR in the context of the provision of online services to data subjects*. Outubro, 2019. Disponível em: https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/guidelines/guidelines-22019-processing-personal-data-under-article-61b_en. Acesso em: 25 abr. 2023.

⁷⁴¹ EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD. Outubro, 2019, p. 9.

⁷⁴² EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD. Outubro, 2019, p. 9 e 14.

⁷⁴³ EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD. Outubro, 2019, p. 9.

Isto depende, portanto, não só da perspectiva do responsável pelo tratamento, mas também da perspectiva razoável do titular dos dados. Segundo o CEPD, “embora o responsável pelo tratamento possa considerar que o tratamento é necessário para o objeto contratual, é importante que examine cuidadosamente a perspectiva de um titular dos dados médio, a fim de assegurar que existe um verdadeiro entendimento mútuo sobre o objeto contratual”⁷⁴⁴.

Um exemplo que pode ser inserido nesta base legal, assim, é a compra *on-line* de produtos a serem entregues na residência do titular de dados pessoais. A fim de cumprir adequadamente o contrato, o controlador deve obter as informações relativas ao modo de pagamento, endereço de faturamento e de entrega do produto adquirido e, por isso, o inciso V do artigo 7º da LGPD é fundamento jurídico bastante destas atividades de tratamento. De outro viés, se o titular dos dados fornecer o seu código postal para verificar se um determinado prestador entrega os produtos em sua residência, também se pode considerar que tal tratamento é necessário para a realização de uma diligência pré-contratual⁷⁴⁵.

Outro exemplo é a contratação de serviços cujo objeto principal do contrato é o próprio tratamento de dados pessoais, como ocorre quando se está contratando um armazenamento em nuvem. Nesses casos, o tratamento de dados pessoais – armazenamento – também é necessário e indispensável para o cumprimento adequado do contrato e, por isso, o controlador pode justificar tal atividade com base no inciso V do artigo 7º da LGPD.

Se, ao longo do tempo de vida deste serviço, for introduzida uma nova tecnologia que altere a forma de tratamento dos dados ou se o serviço evoluir de outra forma, o critério da “necessidade à execução do contrato” deve ser novamente avaliado, a fim de determinar se a nova ou a alterada operação ainda pode se enquadrar nesta base legal. Por outro lado, se o contrato cessar na íntegra, o tratamento deixará, regra geral, de ser necessário à execução do contrato, pelo que o agente terá de deixar de os tratar, respeitadas as condições da LGPD⁷⁴⁶.

Finalmente, o CEPD orienta que as operações de recolha de métricas organizacionais ou de dados relativos à utilização do usuário, assim como de tratamento para efeitos de prevenção de fraude ou para a definição de perfis comportamentais não podem ser considerados necessários à execução do contrato, não estando abrangidos nesta base legal, pois o serviço pode ser prestado na ausência da atividade de tratamento ou então é provável que esse tratamento exceda o que é objetivamente necessário para a execução de um contrato⁷⁴⁷.

⁷⁴⁴ EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD. Outubro, 2019, p. 10.

⁷⁴⁵ Exemplo extraído, com modificações, de EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD. Outubro, 2019, p. 10.

⁷⁴⁶ EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD. Outubro, 2019, p. 12-13.

⁷⁴⁷ EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD. Outubro, 2019, p. 16.

3.7.2.6 O exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo e arbitral

À luz do inciso VI do artigo 7º da LGPD, verifica-se que é causa justificadora do tratamento de dados pessoais em geral “o exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral, esse último nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem)” e da alínea d do inciso II do artigo 11 da LGPD que é causa justificadora do tratamento de dados pessoais sensíveis o “exercício regular de direitos, inclusive em contrato e em processo judicial, administrativo e arbitral, este último nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem)”.

Nota-se que o legislador nacional optou por não reproduzir o inciso V do artigo 7º da LGPD – anteriormente analisado – no caso de tratamento de dados pessoais sensíveis, mas acrescentou na alínea d do inciso II do artigo 11 da LGPD a permissão do tratamento de dados pessoais sensíveis nos casos em que esse tratamento é indispensável ao exercício regular de direitos em contrato, devendo o agente interessado identificar esse direito em concreto.

Cita-se como exemplo os seguros de saúde ou de vida que necessitam coletar informações sensíveis, porque sem o tratamento desses dados pessoais sensíveis não será possível entregar a prestação que lhes compete em decorrência da relação contratual firmada, quer seja no caso de ressarcimento de despesas médicas, quer seja no caso de pagamento de indenização por algum tipo de invalidez decorrente de um acidente⁷⁴⁸.

Quanto ao exercício regular de direitos dos agentes em processo judicial, administrativo ou arbitral, é importante compreender que esta base legal poderá ser utilizada para legitimar o exercício de pretensão de que seja titular o agente de tratamento ou na defesa de pretensão deduzida contra si pelos titulares de dados, em litígios presentes ou futuros⁷⁴⁹⁷⁵⁰.

Dentre várias situações probatórias, é possível citar como exemplo a utilização do endereço informado pelo titular dos dados para endereçar-lhe a citação do processo, assim como as informações pertinentes à relação contratual que atendem às condições do objeto de litígio⁷⁵¹.

Observa-se a preocupação do legislador nacional em assegurar o direito ao acesso à justiça dos agentes de tratamento quanto à produção de provas a serem utilizadas quando oportuno – ainda que estas incluam dados pessoais em geral ou sensíveis – sempre levando-se

⁷⁴⁸ TEFFÉ, 2022, p. 276.

⁷⁴⁹ MIRAGEM, 2019, p. 8.

⁷⁵⁰ De acordo com o Considerando n. 52 do RGPD: “Uma derrogação deverá também permitir o tratamento desses dados pessoais quando tal for necessário à declaração, ao exercício ou à defesa de um direito, independentemente de se tratar de um processo judicial ou de um processo administrativo ou extrajudicial.”.

⁷⁵¹ MIRAGEM, 2019, p. 8.

em consideração a finalidade, a adequação, a necessidade e o tempo de armazenamento destes dados pessoais para tal procedimento, assim como os princípios do contraditório e da ampla defesa, com os meios e recursos inerentes (inciso LV do artigo 5º da CRFB/88).

A esse respeito, Teffé bem pontua:

Essa base poderá ser utilizada para respaldar a guarda de dados, mesmo após o término de uma operação, para constituir eventual meio de prova de direitos e obrigações. Um parâmetro de tempo razoável para a guarda, em alguns casos, pode ser o prazo para exercício de determinada pretensão. Em um caso de constituição de prova, os dados pessoais deverão ser usados quando forem indispensáveis para a defesa do agente, levando em conta os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Observa-se, portanto, cuidadosamente as situações de violação à boa-fé e de abuso do direito. É possível pedir ao juiz, em determinados casos, sigilo de justiça para que o acesso aos dados fique limitado e protegido⁷⁵².

Percebe-se, portanto, que essa base legal permite que os agentes de tratamento armazenem as provas necessárias para exercer ou defender seus direitos – desde que realmente necessárias a essas finalidades específicas –, principalmente no que tange ao armazenamento de dados pessoais sensíveis nas esferas judiciais, administrativas e arbitrais.

3.7.2.7 A proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiros

À semelhança do RGPD, entre as bases legais elencadas nos artigos 7º e 11 da LGPD também está a possibilidade do tratamento de dados pessoais, sem o consentimento do respectivo titular, quanto forem necessários (dados pessoais) ou indispensáveis (dados pessoais sensíveis) para a proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiros.

Tal hipótese legal deve ser interpretada – embora ainda não exista uma manifestação própria da ANPD sobre a temática – objetivamente no sentido de se referir aos interesses essenciais à proteção da vida de uma pessoa natural ou da coletividade.

Nesse contexto, colhe-se do Considerando n. 46 do RGPD:

O tratamento de dados pessoais também deverá ser considerado lícito quando for necessário à proteção de um interesse essencial à vida do titular dos dados ou de qualquer outra pessoa singular. Em princípio, o tratamento de dados pessoais com base no interesse vital de outra pessoa singular só pode ter lugar quando o tratamento não se puder basear manifestamente noutro fundamento jurídico. Alguns tipos de tratamento podem servir tanto importantes interesses públicos como interesses vitais do titular dos dados, por exemplo, se o tratamento for necessário para fins humanitários, incluindo a monitorização de epidemias e da sua propagação ou em situações de emergência humanitária, em especial em situações de catástrofes naturais e de origem humana.

⁷⁵² TEFFÉ, 2022, p. 277.

A par dessas considerações, entende-se que essa hipótese deve ser invocada com cautela e de forma específica, devendo o agente justificar o tratamento de dados pessoais em geral ou sensíveis em outra base legal inicialmente. Caso não seja possível, deve-se recorrer à base legal de proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiros⁷⁵³.

A título de exemplo, pense-se nos casos de acidentes graves, em que a pessoa fica inconsciente e deve receber atendimento médico urgente em um hospital. Para atender adequadamente tal pessoa, os médicos deverão acessar seu histórico de saúde e ter acesso aos dados pessoais do enfermo na busca por salvar sua vida. Nesse caso, conforme as orientações do CEPD, pode o agente justificar adequadamente o tratamento dos dados nesta base legal⁷⁵⁴.

Finalmente, assim como ocorre nas demais bases legais estudadas, o agente responsável pela atividade de tratamento está sujeito à observância dos princípios da LGPD, mesmo que a situação seja própria de urgência, como o exemplo acima utilizado.

3.7.2.8 A tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária

O inciso VIII do artigo 7º e a alínea f do inciso II do artigo 11 da LGPD reconhecem a possibilidade de justificar o tratamento de dados pessoais, sem a necessidade de requerer o consentimento do respectivo titular, “para a tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária”, observando que no caso de dados sensíveis estes devem ser indispensáveis à respectiva finalidade.

Acredita-se que a correta delimitação do alcance dessa hipótese legal pressupõe a adequada compreensão das expressões “profissionais de saúde”, “serviços de saúde”, “autoridade sanitária” e “tutela da saúde” utilizadas na LGPD⁷⁵⁵, já que esta hipótese legal não é a única causa de justificação para o tratamento de dados pessoais no setor da saúde, haja vista que os agentes de tratamento inseridos no setor podem recorrer a outras bases legais, a exemplo do consentimento, do cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador, da realização de estudos por órgão de pesquisa e da proteção da vida ou da incolumidade física.

⁷⁵³ EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD. *Process personal data lawfully*. Disponível em: https://edpb.europa.eu/sme-data-protection-guide/process-personal-data-lawfully_en. Acesso em: 25 abr. 2023.

⁷⁵⁴ *Idem*.

⁷⁵⁵ Para Teffé, essa base legal demanda alguns questionamentos: “quem seriam os profissionais de saúde e quais serviços seriam considerados de saúde? Um plano de saúde, por exemplo, poderá utilizar de forma ampla tal base legal? A tutela da saúde nesse dispositivo seria especificamente da pessoa a quem esses dados dizem respeito ou poderia envolver uma coletividade ou grupo específico?”. Daí por que a autora entende ser interessante a proposta do CNSaúde para aplicação dessa hipótese legal (TEFFÉ, 2022, p. 279 e 282).

Todavia, a LGPD não delimitou normativamente tais conceitos e a ANPD ainda não apresentou orientações específicas sobre essa hipótese legal e, por isso, essa hipótese legal demanda uma análise mais cautelosa até as orientações da autoridade nacional.

De todo o modo, é possível recorrer a algumas normas e resoluções esparsas para delimitar os conceitos elencados na LGPD, assim como às orientações da Confederação Nacional de Saúde (CNSaúde) sobre essa hipótese legal, ao publicar o “Código de Boas Práticas: Proteção de Dados para Prestadores Privados de Saúde” no ano de 2021⁷⁵⁶.

Depreende-se da Resolução n. 287, de 08 de outubro de 1998, do Conselho Nacional de Saúde que são “profissionais de saúde” de nível superior os “assistentes sociais, biólogos, biomédicos, profissionais de Educação Física, enfermeiros, farmacêuticos, fisioterapeutas, fonoaudiólogos, médicos, médicos veterinários, nutricionistas, odontólogos, psicólogos, e terapeutas ocupacionais.”, podendo-se acrescentar a essas categorias os respectivos técnicos e auxiliares. Além disso, é possível extrair das orientações da CNSaúde que por “serviços de saúde” qualificam-se os “estabelecimentos destinados a promover a saúde do indivíduo, protegê-lo de doenças e agravos, prevenir e limitar os danos a ele causados e reabilitá-lo quando sua capacidade física, psíquica ou social for afetada” e das disposições da Lei n. 9.782, de 26 de janeiro de 1999, ao definir o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, que por “autoridade sanitária” deve-se considerar a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA).

A par dessas definições, percebe-se que os principais agentes que podem recorrer a essa base legal são os hospitais, clínicas, consultórios, laboratórios e os profissionais de saúde, desde que respeitadas as orientações da ANPD sobre a qualidade de “agentes de tratamento”, já que não podem ser consideradas como controladoras as pessoas naturais que atuam como profissionais subordinados a uma pessoa jurídica ou como membros de seus órgãos. As pessoas naturais só se qualificam como controladoras, assim, quando são responsáveis, em nome próprio, pelas principais decisões referentes ao tratamento de dados pessoais, a exemplo dos médicos, nutricionistas e fisioterapeutas qualificados como profissionais liberais⁷⁵⁷.

Quanto ao conceito de “tutela da saúde”, extrai-se das orientações da CNSaúde que essa base legal não se aplica indiscriminadamente a todas as etapas da prestação de serviços de saúde e, por isso, a CNSaúde recomenda a interpretação do conceito de “tutela da saúde” alinhado às definições da alínea h do n. 2 e do n. 3 ambos do artigo 9 do RGPD⁷⁵⁸.

⁷⁵⁶ CNSAÚDE. *Código de Boas Práticas: Proteção de Dados para Prestadores Privados de Saúde*, 2021. Disponível em: http://cnsaude.org.br/wp-content/uploads/2021/03/Boas-Praticas-Protecao-Dados-Prestadores-Privados-CNSaude_ED_2021.pdf. Acesso em: 20 abr. 2023.

⁷⁵⁷ ANPD. Abril, 2022.

⁷⁵⁸ CNSAÚDE, 2021, p. 18.

Nesse contexto, dispõem respectivamente os artigos do RGPD:

Se o tratamento for necessário para efeitos de medicina preventiva ou do trabalho, para a avaliação da capacidade de trabalho do empregado, o diagnóstico médico, a prestação de cuidados ou tratamentos de saúde ou de ação social ou a gestão de sistemas e serviços de saúde ou de ação social com base no direito da União ou dos Estados-Membros ou por força de um contrato com um profissional de saúde, sob reserva das condições e garantias previstas no n. 3.

Os dados pessoais referidos no n.1 podem ser tratados para os fins referidos no n. 2, alínea h), se os dados forem tratados por ou sob a responsabilidade de um profissional sujeito à obrigação de sigilo profissional, nos termos do direito da União ou dos Estados-Membros ou de regulamentação estabelecida pelas autoridades nacionais competentes, ou por outra pessoa igualmente sujeita a uma obrigação de confidencialidade ao abrigo do direito da União ou dos Estados-Membros ou de regulamentação estabelecida pelas autoridades nacionais competentes.

Isso significa que, embora à primeira vista a tutela da saúde pareça ser a hipótese legal aplicável à maioria dos procedimentos de tratamento do setor da saúde, é necessário distinguir adequadamente quais tratamentos são realizados no âmbito das atividades fim dos prestadores – medicina preventiva ou do trabalho, para a avaliação da capacidade de trabalho do empregado, o diagnóstico médico, a prestação de cuidados ou tratamentos de saúde – e por profissionais de saúde sujeitos à obrigação de sigilo. Caso contrário, entende o CNSaúde, que a base legal ora estudada não pode ser aplicada como causa de justificação⁷⁵⁹.

A fim de exemplificar, o CNSaúde discorre que essa hipótese legal pode ser utilizada em caso de “acesso e manuseio das informações do prontuário médico por profissionais de saúde envolvidos no tratamento do paciente que são obrigados ao sigilo profissional”; “utilização do prontuário médico para gerar diagnósticos com auxílio de softwares”; “acessar informações do prontuário médico por profissional da saúde obrigado ao sigilo profissional em caso de risco de vida”, assim como nos casos de “coleta das amostras ou das imagens”; “encaminhamento da amostra ou da imagem para o setor responsável pela análise clínica”; “emissão de laudo diagnóstico”; “divulgação do resultado para o paciente”; “armazenamento dos resultados”, desde que realizados por profissional de saúde obrigado ao sigilo médico⁷⁶⁰.

No contexto dessa base legal, Miragem pontua que o tratamento dos dados deve sempre se dar “no interesse pressuposto da preservação e promoção da saúde do consumidor ou da coletividade, como ocorre quando há interação entre mais de um profissional da mesma ou de diferentes especialidades no tratamento de saúde do consumidor”⁷⁶¹.

⁷⁵⁹ CNSAÚDE, 2021, p. 18 e 55. No que tange à obrigação de sigilo, destaca-se o Código de Ética Médica que prevê entre os princípios fundamentais da medicina: “O médico guardará sigilo a respeito das informações de que detenha conhecimento no desempenho de suas funções, com exceção dos casos previstos em lei”.

⁷⁶⁰ CNSAÚDE, 2021, p. 63 e 66.

⁷⁶¹ MIRAGEM, 2019, p. 8.

Em caso de compartilhamento de dados pessoais entre profissionais de saúde e estabelecimentos de saúde, recomenda o CNSaúde ainda que seja utilizada primeiro a hipótese do consentimento e, em casos excepcionais, a tutela da saúde⁷⁶². Nesse ponto, é importante lembrar que os agentes de tratamento devem observar todas as disposições da LGPD para que o tratamento de dados pessoais seja considerado legítimo e lícito, bem como que a própria LGPD veda algumas hipóteses de compartilhamento de dados pessoais sensíveis.

3.7.2.9 Os interesses legítimos do controlador e de terceiros

O inciso XI do artigo 7º da LGPD considerou ser possível o tratamento de dados pessoais, sem o consentimento do respectivo titular, “quando necessário para atender aos interesses legítimos do controlador ou de terceiro, exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais”.

Trata-se da hipótese legal mais flexível⁷⁶³ de justificação do tratamento de dados pessoais – não estando tal base legal elencada no artigo 11 da LGPD – e sem definição normativa, cujo ponto central de análise está nas atividades exercidas pelo controlador que se classificam como legítimas e não prejudiciais aos titulares de dados pessoais, principalmente porque a norma reconhece que os direitos e liberdades fundamentais dos titulares de dados prevalecem frente aos interesses legítimos⁷⁶⁴ do controlador ou de terceiros.

Nesse contexto, resta saber quando os “interesses”⁷⁶⁵ do controlador ou de terceiros são efetivamente legítimos e capazes de fundamentar uma atividade de tratamento de dados pessoais sem a observância do consentimento do titular dos dados ou de uma das demais hipóteses legais elencadas ao longo do artigo 7º da LGPD⁷⁶⁶.

⁷⁶² CNSAÚDE, 2021, p. 83.

⁷⁶³ Bioni aponta que “o legítimo interesse ganhou o status de uma nova “carta coringa regulatória” para abraçar uma miríade de possíveis usos dos dados” (BIONI, 2019, p. 321). No mesmo sentido, Márcio Cots e Ricardo Oliveira consideram que “O Legítimo Interesse é mencionado com destaque, pois, por ser a base legal mais subjetiva, gera maior risco aos titulares” (COTS, Márcio; OLIVEIRA, Ricardo. O Legítimo Interesse. In: COTS, Márcio; OLIVEIRA, Ricardo (Coord.). *O Legítimo interesse e a LGPD*. 2. ed. rev., E-book. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, p. 53-102, 2021, p. 56).

⁷⁶⁴ Não há diferença entre as expressões “interesses legítimos” ou “legítimos interesses”, sendo que doutrina e legislação as utilizam como sinônimos, tanto na sistemática nacional quanto na sistemática europeia.

⁷⁶⁵ Em sentido amplo, Cots e Oliveira pontuam o interesse como “aquilo que é importante para alguém ou é objeto de sua informação ou desejo, enquanto “legítimo” é a característica de ser o interesse justificado ou amparado pelo bom senso ou pela lei” (COTS; OLIVEIRA, 2021, p. 57).

⁷⁶⁶ Como apontam Carlos Affonso Souza, Mario Viola e Vinícius Padrão, “impõe-se, assim, o desafio de não transformar os “interesses legítimos” em cláusula vazia de conteúdo, que autorizaria toda e qualquer operação de tratamento sem o devido cuidado em se analisar o cumprimento dos princípios e o atendimento dos direitos previstos na LGPD.” (SOUZA, Carlos Affonso Pereira de; VIOLA, Mario; PADÃO, Vinícius. Considerações Iniciais sobre os Interesses Legítimos do Controlador na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. *Revista de Direito Univille*, Porto Alegre, Volume 16, n. 90, 2019, 109-131, nov-dez 2019, p. 119).

Bioni ensina que essa base legal somente foi trazida à baila na sistemática pátria após os dois processos de consulta pública realizados para a elaboração da LGPD e sob o temor de que tal conceito jurídico indeterminado, presente no RGPD, fosse interpretado de forma inconsistente no ordenamento jurídico nacional. A fim de evitar uma maior insegurança jurídica, a enunciação desta base legal veio complementada por critérios norteadores para a sua aplicação, os quais se encontram atualmente dispostos no artigo 10 da LGPD⁷⁶⁷.

À luz do artigo 10 da LGPD:

Art. 10. O legítimo interesse do controlador somente poderá fundamentar tratamento de dados pessoais para finalidades legítimas, consideradas a partir de situações concretas, que incluem, mas não se limitam a:

I - apoio e promoção de atividades do controlador; e

II - proteção, em relação ao titular, do exercício regular de seus direitos ou prestação de serviços que o beneficiem, respeitadas as legítimas expectativas dele e os direitos e liberdades fundamentais, nos termos desta Lei.

§ 1º Quando o tratamento for baseado no legítimo interesse do controlador, somente os dados pessoais estritamente necessários para a finalidade pretendida poderão ser tratados.

§ 2º O controlador deverá adotar medidas para garantir a transparência do tratamento de dados baseado em seu legítimo interesse.

§ 3º A autoridade nacional poderá solicitar ao controlador relatório de impacto à proteção de dados pessoais, quando o tratamento tiver como fundamento seu interesse legítimo, observados os segredos comercial e industrial.

A despeito da tentativa legislativa de delimitar requisitos dessa hipótese legal, nota-se que a redação do artigo 10 da LGPD também está eivada de conceitos jurídicos indeterminados e o legislador nacional não fez qualquer referência aos legítimos interesses de terceiros, além disso até o momento a ANPD ainda não se manifestou especificamente sobre essa base legal. Por tais razões, a doutrina vem se utilizando da experiência europeia para nortear os operadores nacionais quanto à aplicação da base legal do “legítimo interesse”⁷⁶⁸.

Neste particular, cita-se o Considerando n. 47 do RGPD, que trouxe uma abordagem extensiva sobre a hipótese legal dos interesses legítimos, como se infere:

Os interesses legítimos dos responsáveis pelo tratamento, incluindo os dos responsáveis a quem os dados pessoais possam ser comunicados, ou de terceiros, podem constituir um fundamento jurídico para o tratamento, desde que não prevaleçam os interesses ou os direitos e liberdades fundamentais do titular, tomando em conta as expectativas razoáveis dos titulares dos dados baseadas na relação com o

⁷⁶⁷ BIONI, 2021, p. 177.

⁷⁶⁸ RODER, Marcus Paulo; LANA, Pedro de Perdigão. A cláusula aberta dos interesses legítimos e as autoridades nacionais: análise comparativa entre LGPD e RGPD. In: WACHOWICZ, M. (Org.). *Proteção de dados pessoais em perspectiva: LGPD e RGPD na ótica do direito comparado*, Gedai, UFPR, Curitiba, p. 210-241, 2020. No mesmo sentido, COTS; OLIVEIRA, 2021, p. 53-102; BIONI, 2021, p. 177. Nas palavras de Cots e Oliveira, “Não se trata, pois, de “importar” indiscriminadamente conceitos e requisitos europeus para aplicação do Legítimo Interesse no Brasil. Trata-se, isso sim, do uso do direito comparado para evolução do novo próprio pensamento, especialmente na modernidade e no mundo globalizado” (*Idem*, p. 57).

responsável. Poderá haver um interesse legítimo, por exemplo, quando existir uma relação relevante e apropriada entre o titular dos dados e o responsável pelo tratamento, em situações como aquela em que o titular dos dados é cliente ou está ao serviço do responsável pelo tratamento. De qualquer modo, a existência de um interesse legítimo requer uma avaliação cuidada, nomeadamente da questão de saber se o titular dos dados pode razoavelmente prever, no momento e no contexto em que os dados pessoais são recolhidos, que esses poderão vir a ser tratados com essa finalidade. [...]. Dado que incumbe ao legislador prever por lei o fundamento jurídico para autorizar as autoridades a procederem ao tratamento de dados pessoais, esse fundamento jurídico não deverá ser aplicável aos tratamentos efetuados pelas autoridades públicas na prossecução das suas atribuições. O tratamento de dados pessoais estritamente necessário aos objetivos de prevenção e controlo da fraude constitui igualmente um interesse legítimo do responsável pelo seu tratamento. Poderá considerar-se de interesse legítimo o tratamento de dados pessoais efetuado para efeitos de comercialização direta.

Do trecho, percebe-se que o legislador comunitário europeu também não definiu o conceito de “interesse legítimo”, tampouco elencou diretrizes sólidas para sua identificação. Essa tarefa ficou a cargo do Grupo de Trabalho do Artigo 29 (GT29) (em inglês *Working Party 29*) que, embora tenha sido substituído pelo CEPD atualmente, trouxe importantes fontes de interpretação para as aplicações práticas do RGPD, especialmente quanto à noção de interesses legítimos do controlador e de terceiros através da Opinião/Parecer n. 06/2014.

De acordo com o GT29, a natureza aberta do legítimo interesse suscita muitas questões importantes sobre seu alcance e âmbito de aplicação exatos, mas essa hipótese legal não deve ser considerada como uma opção preferencial nem a sua utilização deve ser indevidamente alargada por ser considerada menos restritiva do que os restantes fundamentos⁷⁶⁹.

Essa hipótese legal possui um domínio natural próprio e específico de relevância, mas que demanda a observância de certos requisitos para o GT29, em especial do teste da ponderação (*Legitimate Interests Assessment - LIA*), que coloca, de um lado, os interesses do controlador e de terceiros e, de outro, o impacto sobre os direitos dos titulares dos dados⁷⁷⁰.

Essencialmente, o teste possui quatro etapas: a) avaliação dos interesses legítimos dos controladores ou de terceiros; b) impacto sobre os titulares de dados pessoais; c) equilíbrio entre os interesses identificados; e d) garantias complementares desenvolvidas pelo controlador para proteger o titular de dados e evitar qualquer impacto indevido nas pessoas em causa⁷⁷¹.

A partir das orientações de cada fase apresentadas pelo GT29 e observando o detalhamento do artigo 10º da LGPD, Bioni apresentou uma adaptação do teste de proporcionalidade europeu para a sistemática nacional, também a partir de quatro etapas: a)

⁷⁶⁹ WORKING PARTY 29. *Opinion 06/2014 on the notion of legitimate interests of the data controller under Article 7 of Directive 95/46/EC*. Disponível em: https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp217_en.pdf. Acesso em: 22 fev. 2023.

⁷⁷⁰ WORKING PARTY 29, 2014, p. 13.

⁷⁷¹ WORKING PARTY 29, 2014, p. 52.

verificação da legitimidade do interesse: situação concreta e finalidade legítima (art. 10, *caput* e inciso I); b) necessidade: minimização e outras bases legais (art. 10, §1º); c) balanceamento: impactos sobre o titular dos dados e legítimas expectativas (art. 10, inciso II) e, finalmente, d) salvaguardas: transparência e minimização dos riscos ao titular de dados (art. 10, §§2º e 3º)⁷⁷².

A primeira etapa do teste consiste em aferir a legitimidade própria do interesse do controlador de dados pessoais, ou seja, se “o interesse do controlador é contornado por uma finalidade legítima, isto é, se não contraria, por exemplo, outros comandos legais”⁷⁷³.

Nota-se que o conceito de interesse está relacionado à finalidade da atividade de tratamento e, por isso, a identificação do interesse sempre ocorrerá a partir da finalidade devidamente apontada pelo controlador. O interesse sempre deverá corresponder às atividades atuais ou aos benefícios esperados em um futuro muito próximo. Interesses em demasia vagos ou especulativos não serão suficientes. Para esse interesse ser considerado legítimo, ainda, deve-se observar a legislação em matéria de proteção de dados e a demais legislação aplicável. Em outras palavras, “um interesse legítimo deve ser admissível nos termos da lei”⁷⁷⁴.

Bioni afirma que é importante verificar se realmente existe alguma vantagem para o controlador a partir do uso dos dados pessoais e se esse interesse está realmente articulado, para que não seja um verdadeiro “cheque em branco”. Deve-se perquirir se há uma “situação em concreto” que dê suporte ao controlador. Quanto mais definido e articulado for o legítimo interesse do controlador, mais fácil será analisá-lo diante dos próximos três passos⁷⁷⁵.

Destaca-se que a análise casuística das finalidades legítimas também irá comportar, ainda que com um grau muito maior de dificuldade, aquelas situações que, embora lícitas, não se fazem legítimas por outros critérios interpretativos. De acordo com as reflexões de Márcio Cots e Ricardo Oliveira, “ao contrário das finalidades ilícitas, as demais finalidades ilegítimas dependem muito da análise do caso concreto, ainda que se possa presumir que o chamado

⁷⁷² BIONI, 2019, p. 324-327.

⁷⁷³ BIONI, 2021, p. 178.

⁷⁷⁴ WORKING PARTY 29, 2014, p. 38. Anota-se que Cots e Oliveira entendem que o lucro, por si só, poderia ser considerado como legítimo interesse no casos das empresas em geral (COTS; OLIVEIRA, 2021, p. 65). Porém, acredita-se que esta não é a melhor interpretação do sentido da norma, uma vez que o legislador buscou o equilíbrio entre os interesses do controlador e dos titulares e aceitar o lucro como legítimo interesse é dar um “cheque em branco” aos controladores. Nesse sentido, Victor Porto bem pontua “a finalidade lucro, dissociada de elementos concretos, obscurece, também, o princípio da necessidade, uma vez que não há como se delimitar quais seriam os dados estritamente necessários ao seu atendimento.” e complementa “o reconhecimento da idoneidade do tratamento de dados com base no legítimo interesse lucro pode abrir margem para que o agente de tratamento atue sem balizas normativas objetivas e processe os elementos de informação recolhidos da maneira que bem entender.” (PORTO, Victor Benigno. *O sentido e alcance do legítimo interesse na Lei Geral de Proteção de Dados*. Dissertação de Mestrado em Direito. Centro Universitário de Brasília Brasília, 2022).

⁷⁷⁵ BIONI, 2021, p. 178.

“homem médio” reprove, por exemplo, o compartilhamento de seus dados com sites de conteúdo adulto, não se pode presumir que isso ocorra em todos os casos.”⁷⁷⁶.

Uma vez assinalado o legítimo interesse do controlador, passa-se à segunda etapa do teste: verificar se os dados coletados são realmente aqueles necessários (art. 10, § 1.º, da LGPD) para se atingir a finalidade pretendida com o tratamento de dados pessoais.

A esse respeito, Bioni salienta que “a reflexão a ser feita é se seria possível atingir o mesmo resultado por meio de uma quantidade menor de dados, sendo, em última análise, menos intrusivo e impactando menos o indivíduo.”⁷⁷⁷. Nessa fase do teste, cabe também questionar se existe uma outra forma de atingir a finalidade pretendida, mormente porque, embora todas as bases legais estejam no mesmo patamar hierárquico, deve-se verificar se outra hipótese não poderia ser aplicada ao caso concreto, diante do grau de subjetividade desta base legal.

De acordo com as diretrizes europeias, ainda, em que pese não ser possível realizar juízos de valor relativos a todas as hipóteses de tratamento que podem ser classificadas como interesses legítimos, pode-se realizar algumas orientações prévias, pois para que o interesse legítimo do controlador prevaleça, o tratamento de dados deve ser “necessário” e “proporcional”⁷⁷⁸. Nota-se, inclusive, que essa é exatamente a orientação do princípio da necessidade constante no inciso III do artigo 6º da LGPD.

A terceira fase do teste se destina ao balanceamento dos legítimos interesses do controlador frente às legítimas expectativas e direitos fundamentais do titular dos dados pessoais, conforme as disposições do inciso II do artigo 10º da LGPD. Verifica-se, então, se o uso atribuído aos dados pelo controlador se enquadra nas legítimas expectativas do titular dos dados e de que forma esses titulares serão efetivamente impactados⁷⁷⁹.

Trata-se de uma análise de compatibilidade⁷⁸⁰, ou seja, da verificação sobre a proximidade contextual entre o uso dos dados pessoais segundo o interesse do controlador e aquilo que o titular objetivamente espera, à luz do agir com boa-fé e confiança⁷⁸¹ durante as

⁷⁷⁶ COTS; OLIVEIRA, 2021, p. 68.

⁷⁷⁷ BIONI, 2021, p. 178.

⁷⁷⁸ WORKING PARTY 29, 2014, p. 53.

⁷⁷⁹ BIONI, 2021, p. 178-179.

⁷⁸⁰ BIONI, 2019, p. 325.

⁷⁸¹ Judith Martins-Costa ensina que “Distinguem-se, pois, os princípios da boa-fé e da confiança: aquela, a boa-fé, liga-se, primariamente, ao dever geral de cooperação, impondo, para tal fim, pautas de correção, lealdade, probidade e consideração aos interesses legítimos do parceiro (*civiliter agere*); esta, a confiança, prende-se, primariamente, à geração de expectativas legítimas cuja manutenção pode constituir um dever jurídico (dever de manter a confiança suscitada) e cuja frustração pode ocasionar responsabilidade por danos (responsabilidade pela confiança).” (MARTINS-COSTA. Judith. Princípio da Confiança Legítima e Princípio da Boa-Fé Objetiva. Termo de Compromisso de Cessação (TCC) Ajustado com o Cade. Critérios da Interpretação Contratual: Os “Sistemas de Referência Extracontratuais” (“Circunstâncias Do Caso”) e sua Função no Quadro Semântico da Conduta

atividades de tratamento de dados e de toda a teleologia introdutória à LGPD. Também é possível concluir que “a análise depende do que se entende ser a expectativa do chamado homem médio, ou seja, o que se admite como sendo o pensamento prevalecente dentro de determinada coletividade.”⁷⁸², conforme salientam Márcio Cots e Ricardo Oliveira.

Quanto aos impactos, nos termos das considerações europeias:

Na avaliação do impacto do tratamento, deve ter-se em conta quer as consequências positivas quer as negativas. Estas podem incluir potenciais decisões ou ações futuras por parte de terceiros, situações nas quais o tratamento possa conduzir à exclusão ou à discriminação de pessoas e à difamação ou, de forma mais abrangente, situações nas quais exista o risco de prejudicar a reputação, o poder de negociação ou a autonomia da pessoa em causa. Para além dos efeitos adversos que podem ser especificamente previstos, há que ter em conta igualmente os impactos emocionais mais abrangentes, tais como a irritação, o medo e a angústia que podem ser provocados pelo facto de a pessoa em causa perder o controlo sobre informações pessoais ou aperceber-se de que estas foram ou podem ser utilizadas de forma abusiva ou indevida – por exemplo, através da sua publicação na Internet⁷⁸³.

O GT29 salienta que é essencial compreender que a aceção de “impacto” é muito mais abrangente do que o de “dano” sofrido pelos titulares de dados, individual ou coletivamente. Significa dizer que o termo “impacto” abrange toda e qualquer consequência derivada do tratamento de dados pessoais, o que engloba as várias formas que podem afetar uma pessoa – positiva ou negativamente – pelo tratamento de seus dados pessoais. Também é importante compreender que esse “impacto” sempre será inesperado pelo titular e isso deve ser levado em consideração neste processo de balanceamento⁷⁸⁴.

Nesse contexto, pode ser relevante saber se os dados pessoais são de acesso público ou se tornaram públicos pelo titular dos dados anteriormente⁷⁸⁵, assim como a forma que os dados serão tratados e as expectativas razoáveis dos titulares destes dados. Nota-se que a recomendação do GT29 está no sentido de que nem todos os impactos negativos possuem o mesmo “valor” no teste de ponderação. O objetivo das etapas não é evitar todo e qualquer efeito negativo, mas é, antes, evitar o impacto desproporcionado⁷⁸⁶.

Devida. Princípio da Unidade ou Coerência Hermenêutica e "Usos do Tráfego". Adimplemento Contratual. Parecer. *Revista dos Tribunais*, vol. 852, p. 87–126, out. 2006, p. 98).

⁷⁸² COTS; OLIVEIRA, 2021, p. 84.

⁷⁸³ WORKING PARTY 29, 2014, p. 58.

⁷⁸⁴ WORKING PARTY 29, 2014, p. 58.

⁷⁸⁵ De acordo com o §3º e o §4º da LGPD respectivamente: “O tratamento de dados pessoais cujo acesso é público deve considerar a finalidade, a boa-fé e o interesse público que justificaram sua disponibilização” e “É dispensada a exigência do consentimento previsto no caput deste artigo para os dados tornados manifestamente públicos pelo titular, resguardados os direitos do titular e os princípios previstos nesta Lei.”.

⁷⁸⁶ WORKING PARTY 29, 2014, p. 65.

Entre os exemplos citados na civilística de aplicação desta base legal estão, entre outros, o tratamento de dados necessário aos objetivos de controle de fraudes ou de garantia da segurança da rede e da informação; o fornecimento de imagens de câmeras de segurança para fins de seguro; a segurança e a melhoria de produtos e serviços, enquanto uma análise de desempenho; a captura dos cliques de consumidores no site do controlador para melhoria da experiência de compra; a definição de estratégias de atuação no mercado; o melhoramento e personalização de ofertas aos consumidores, usando apenas os dados estritamente necessários para essa finalidade; e o envio de e-mail com descontos para os produtos buscados por determinado usuário ou com indicações de compras e novidades (*newsletter*)⁷⁸⁷.

Finalmente, a última etapa do teste de proporcionalidade objetiva reforçar o direito-dever de transparência⁷⁸⁸ durante todo o processo de tratamento de dados e minimizar os possíveis riscos aos titulares de dados, nos termos do artigo 10, §§ 2.º e 3.º, da LGPD. Por seu turno, Bioni explica que “não é porque o legítimo interesse prescinde do consentimento do titular de dados que a atividade de tratamento de dados deve ser opaca.”⁷⁸⁹

Se, por um lado, apresenta-se uma hipótese flexível ao tratamento de dados por parte do controlador, por outro lado, impõe-se um ônus maior para que o controlador possa se valer desta hipótese, principalmente porque ao titular é facultada a tomada de decisão para se opor a essa atividade de tratamento de dados, podendo optar por não ter seus dados tratados em uma atividade que considera ser incompatível com as suas legítimas expectativas⁷⁹⁰⁷⁹¹.

⁷⁸⁷ Por todos, *vide*: TEFFÉ, 2022, p. 247. Nota-se que o legítimo interesse traz profundas discussões no que tange a coleta de dados por parte das *big techs*. Para maiores considerações, *vide*: CAMARGO, 2020, p. 90, 2020.

⁷⁸⁸ Segundo Cots e Oliveira, “entre os elementos mais importantes que devem ser comunicados aos titulares estão os seguintes: a. Identificação da pessoa responsável pelo processamento de dados pessoais: [...]; b. Finalidade para a qual os dados coletados serão tratados; c. Possibilidade de exercer os direitos das partes interessadas: [...]; d. Se perfis serão desenvolvidos, bem como a existência de decisões automatizadas; e. Legitimação legal para processamento de dados, com base na qual a legitimação dos dados foi obtida; f. Categorias dos dados processados: incluindo os dados coletados pelos cookies, [...]; g. No caso de compartilhamento, informar ao titular sobre quem é a pessoa responsável pelo processamento, bem como sobre a não comunicação de dados, com terceiros; h. Direito de oposição ao tratamento de dados baseado no Legítimo Interesse; i. Possibilidade de reclamar perante a ANPD: [...]; j. Segurança e confidencialidade dos dados: a parte interessada será informada de que a organização tomou todas as medidas necessárias para garantir a segurança dos dados fornecidos, bem como a confidencialidade dos dados. k. Nome e detalhes de contato do Encarregado de proteção de dados, se houver; l. Se forem necessárias transferências internacionais, quais as garantias aos direitos dos Titulares; m. Finalidade secundária do tratamento: quando o processamento subsequente de dados pessoais for projetado para uma finalidade diferente daquela para a qual foram coletados, [...]; o. Deve especificar as medidas de segurança a serem implementadas para processar os dados em caso de invasão. (COTS; OLIVEIRA, 2021, p. 88-89).

⁷⁸⁹ BIONI, 2021, p. 179.

⁷⁹⁰ BIONI, 2021, p. 179. Para o autor, “se na medida em que é dada transparência acerca do tratamento de dados com base no legítimo interesse e o titular a ele se opõe, caso o agente de tratamento de dados não o acate, estará violando uma das normas da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Trata-se de uma interpretação sistemática entre os arts. 10, II e § 2.º, e 18, § 2.º.” (*Idem*, p. 187).

⁷⁹¹ Dispõe o §2º do artigo 18 da LGPD: § 2º O titular pode opor-se a tratamento realizado com fundamento em uma das hipóteses de dispensa de consentimento, em caso de descumprimento ao disposto nesta Lei.

Destaca-se que a normativa nacional, inclusive, reconhece a necessidade de o agente de tratamento manter todos os registros das operações de tratamento de dados pessoais que realizar, especialmente quando baseado no legítimo interesse (artigo 37 da LGPD)⁷⁹², haja vista que a ANPD poderá solicitar ao controlador, sempre que entender necessário, relatório de impacto à proteção de dados pessoais, quando o tratamento tiver como fundamento o legítimo interesse, observados apenas os segredos comercial e industrial (artigo 10, §3º, da LGPD).

Sob tais perspectivas, compreende-se que, ainda que a base legal dos legítimos interesses seja acentuadamente flexível se comparada com as demais hipóteses legais, o legislador buscou evitar a concessão de uma autorização genérica ao detalhar o legítimo interesse e ao exigir maior grau de responsabilidade do controlador, que deve adotar bases sólidas e transparentes de justificação desta escolha e observar rigorosamente o teste de ponderação, que pode ser requerido, sempre que necessário, pela ANPD.

3.7.2.10 A garantia da prevenção à fraude e à segurança do titular, nos processos de identificação e autenticação de cadastro em sistemas eletrônicos

A última hipótese legal elencada pelo legislador nacional no artigo 11 da LGPD autoriza o tratamento de dados pessoais sensíveis, sem o consentimento do respectivo titular, quando indispensável para “garantia da prevenção à fraude e à segurança do titular, nos processos de identificação e autenticação de cadastro em sistemas eletrônicos, resguardados os direitos mencionados no art. 9º desta Lei e exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais.”.

Do texto da norma, depreende-se que o legislador nacional considerou a possibilidade do tratamento de dados pessoais sensíveis apenas quando estes forem necessários e indispensáveis para a “prevenção à fraude e à segurança do titular” nos processos de identificação e autenticação de cadastro em sistemas eletrônicos. Ou seja, colocou-se em evidência o tratamento de dados pessoais sensíveis em prol da segurança dos próprios titulares e restrito à finalidade de autenticação e identificação destes titulares e, assim sendo, a segurança e o controle dos agentes de tratamento são meras consequências.

⁷⁹² Bioni pontua que no “desenho normativo da LGPD, somado ao princípio da *accountability*, há a obrigação de execução e de documentação do LIA no quadro jurídico brasileiro. Uma interpretação sistemática dos arts. 6.º, X, 10 e 37 da lei condiciona o uso responsável da base legal do legítimo interesse ao referido teste, sob pena de os agentes de tratamento de dados não demonstrarem a adoção de medidas eficazes” (BIONI, 2021, p. 185).

O maior exemplo de aplicação desta base legal, portanto, é o tratamento de dados biométricos⁷⁹³. Tornou-se comum atualmente o uso de sistemas biométricos para a criação de contas digitais em aplicativos, para o desbloqueio de aparelhos celulares e de *notebooks*, para a confirmação de transações bancárias ou para o monitoramento de locais de acesso privativo, a exemplo dos condomínios, hospitais, empresas, indústrias e residências⁷⁹⁴.

Nesse contexto, é interessante citar que as próprias fotografias, a depender do caso concreto, podem estar inseridas nessa base legal. Nesse sentido, são as observações do legislador comunitário europeu no Considerando n. 51 do RGPD de que o tratamento de fotografias “não deverá ser considerado sistematicamente um tratamento de categorias especiais de dados pessoais, uma vez que são apenas abrangidas pela definição de dados biométricos quando forem processadas por meios técnicos específicos que permitam a identificação inequívoca ou a autenticação de uma pessoa singular.”.

Ademais, percebe-se que essa hipótese legal deve ser utilizada com cautela diante da própria finalidade da norma, uma vez que o tratamento em questão envolve dados pessoais sensíveis que demandam maior rigor protetivo. A esse respeito, Teffé bem observa que “é importante, aqui, que se tenha certeza de que os dados que serão tratados a partir dessa hipótese legal sejam realmente indispensáveis para se alcançar a prevenção de fraudes e a proteção da segurança do titular na utilização de serviços/bens relevantes.”⁷⁹⁵.

Por último, anota-se que o artigo 7º da LGPD não faz qualquer referência a essa hipótese legal, mas isso não quer dizer que os dados pessoais – em geral – não possam ser fruto de tratamento em sistemas eletrônicos de segurança, por exemplo. Nesses casos, pode o controlador fundamentar o tratamento dos dados pessoais com fulcro em outra hipótese legal, como o legítimo interesse que, como pode ser extraído da doutrina nacional, possui certa aproximação com a base legal ora estudada, já que ambas exigem a ponderação entre a finalidade pretendida e os direitos e liberdades fundamentais do titular de dados⁷⁹⁶.

⁷⁹³ Segundo o n. 14 do artigo 4º do RGPD, por “dados biométricos” entende-se os “dados pessoais resultantes de um tratamento técnico específico relativo às características físicas, fisiológicas ou comportamentais de uma pessoa singular que permitam ou confirmem a identificação única dessa pessoa singular, nomeadamente imagens faciais ou dados dactiloscópicos”, o que inclui, assim, a impressão digital, o reconhecimento facial, o reconhecimento da íris e da retina, o reconhecimento de voz etc.

⁷⁹⁴ Nota-se que aqui seria diferente da utilização de sistemas biométricos para registro do ponto dos empregados que, nesta pesquisa, citou-se como exemplo para o tratamento de dados pessoais sensíveis com fulcro na base legal do cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador.

⁷⁹⁵ TEFFÉ, 2022, p. 284.

⁷⁹⁶ Segundo Teffé, “no tratamento em questão, é necessário observar cuidadosamente eventual lesão ou situação indevida que envolva direitos e liberdades fundamentais do titular e exija a proteção de seus dados pessoais. Assim como ocorre na utilização da base legal do legítimo interesse, caso os direitos e liberdades fundamentais do titular devam prevalecer no caso concreto, esta base legal não poderá ser utilizada.”. (TEFFÉ, 2022, p. 284).

3.7.2.11 A proteção ao crédito

A décima e última hipótese elencada no artigo 7º da LGPD autoriza o tratamento de dados pessoais, sem a necessidade de consentimento do respectivo titular, “para a proteção do crédito, inclusive quanto ao disposto na legislação pertinente.”.

Embora ainda inexistam orientações da ANPD sobre o alcance desta base legal, percebe-se que o objetivo do legislador nacional foi garantir que instituições financeiras ampliem e facilitem a concessão de crédito às pessoas, melhorem as análises de riscos e impulsionem o mercado⁷⁹⁷.

Ressalta-se, porém, que a possibilidade de tratamento de dados pessoais para a proteção do crédito foi incluída entre as hipóteses legais do artigo 7º da LGPD apenas no Parecer da Comissão Especial do Projeto de Lei nº 4060/2012 de 28 de maio de 2018, sob a seguinte redação “para proteção do crédito de acordo com o art. 43 da Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990, que dispõe sobre a proteção do consumidor”. Todavia, após as revisões do Senado Federal, o texto do inciso foi alterado a fim de extrair a remissão ao Código de Defesa do Consumidor, sob a seguinte justificativa:

A melhor técnica legislativa recomenda a remissão expressa de lei quando indispensável à disciplina do alcance da norma ou para afastar obscuridades redacionais. Do contrário, assim não sendo, a redação atrai insegurança jurídica, tornando dificultosa a aplicação da lei. No caso presente, a proteção de crédito, como base para o tratamento de dados, tem um arcabouço legislativo que vai além do disposto no CDC, como, por exemplo, a própria Lei do Cadastro Positivo⁷⁹⁸.

Com efeito, essa hipótese legal deverá estar em constante coesão com as disposições do Código de Defesa do Consumidor (CDC), da Lei do Cadastro Positivo (Lei n. 12.414/2011) e de eventuais portarias do Ministério da Justiça, mas sem olvidar outras situações fáticas que podem estar inseridas nesta hipótese legal, a exemplo da própria avaliação recíproca da idoneidade da outra parte e de sua capacidade financeira de honrar o negócio jurídico a ser celebrado nos próprios contratos tradicionais, como evidenciado no voto do então Ministro Paulo de Tarso Sanseverino ao julgar o caso do *credit scoring* em 2014⁷⁹⁹.

⁷⁹⁷ VIOLA, Mario; TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. Tratamento de dados pessoais na LGPD: estudo sobre as bases legais dos artigos 7º e 11. In: DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang; MENDES, Laura Schertel; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. *Tratado de Proteção de Dados Pessoais*. E-book. Rio de Janeiro: Forense, p. 131-162, 2021, p. 151.

⁷⁹⁸ BRASIL. Senado Federal. *Parecer sobre o Projeto de Lei da Câmara nº 53, de 2018*. Relator Senador Ricardo Ferraço. Junho, 2018. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7751566&ts=1571776637073&disposition=inline>. Acesso em: 26 abr. 2023.

⁷⁹⁹ BRASIL, STJ. *REsp 1.419.697 – RS*. Rel. Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, 12 de novembro de 2014.

Finalmente, os agentes de tratamento devem observar todas as diretrizes do LGPD para que o tratamento de dados pessoais seja considerado legítimo e lícito nesta sistemática e, no caso específico desta base legal, destaca-se que a proteção do crédito não é causa de justificação para o tratamento de dados pessoais sensíveis, não só pela vedação própria da LGPD, mas também como está disciplinado na Lei do Cadastro Positivo⁸⁰⁰.

3.7.3 A tutela coletiva da proteção de dados pessoais

Dentre os direitos dos titulares de dados pessoais elencados na norma, o legislador nacional reconheceu no artigo 22 da LGPD que “a defesa dos interesses e dos direitos dos titulares de dados poderá ser exercida em juízo, individual ou coletivamente, na forma do disposto na legislação pertinente, acerca dos instrumentos de tutela individual e coletiva.”

Também dispôs no *caput* do artigo 42 da LGPD que “o controlador ou o operador que, em razão do exercício de atividade de tratamento de dados pessoais, causar a outrem dano patrimonial, moral, individual ou coletivo, em violação à legislação de proteção de dados pessoais, é obrigado a repará-lo.” e § 3º complementou “as ações de reparação por danos coletivos que tenham por objeto a responsabilização nos termos do *caput* deste artigo podem ser exercidas coletivamente em juízo, observado o disposto na legislação pertinente.”

Essencialmente, a norma absorveu a tradição da tutela coletiva nacional, constante na Lei da Ação Civil Pública (LACP) e no Código de Defesa do Consumidor (CDC)⁸⁰¹, abrindo espaço à proteção dos direitos dos titulares de dados pessoais de forma coletiva, ao lado das múltiplas formas de proteção individual dos direitos constantes na LGPD⁸⁰².

⁸⁰⁰ Dispõe o § 3º do artigo 3º da norma: § 3º Ficam proibidas as anotações de: I - informações excessivas, assim consideradas aquelas que não estiverem vinculadas à análise de risco de crédito ao consumidor; e II - informações sensíveis, assim consideradas aquelas pertinentes à origem social e étnica, à saúde, à informação genética, à orientação sexual e às convicções políticas, religiosas e filosóficas.

⁸⁰¹ Em apertada síntese, “em 1985, foi promulgada a Lei 7.347/1985, que veio a se tornar conhecida como a Lei da Ação Civil Pública. Cuida-se de importante marco legal na evolução do direito processual coletivo, na medida em que disciplinou, ainda que de modo incipiente, importantes aspectos processuais para defesa dos direitos difusos e coletivos, tais como: objeto da ação (art. 1.º), competência (art. 2.º), pedido (art. 3.º), legitimidade (art. 5.º), inquérito civil (art. 9.º), Fundo de Direitos Difusos (art. 13), efeitos da sentença (art. 16), custas (art. 18). [...] A Lei 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor), aprimorou todo o processo coletivo brasileiro (arts. 81 a 104), além de apresentar novidade: inspirando-se nas *class actions for damages* do direito norte-americano, possibilitou e disciplinou a tutela judicial, em ação coletiva, dos danos pessoalmente sofridos em decorrência do mesmo fato. Denominou tal aspecto de tutela dos direitos individuais homogêneos [...]” (BESSA, Leonardo Roscoe; NUNES, Ana Luisa Tarter. Instrumentos processuais de tutela individual e coletiva: análise do art. 22 da LGPD. In: DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang; MENDES, Laura Schertel; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. *Tratado de Proteção de Dados Pessoais*. E-book. Rio de Janeiro: Forense, p. 668-690, 2021, p. 675).

⁸⁰² ZANATTA, Rafael A. F. A tutela coletiva na proteção de dados pessoais. *Revista do Advogado*, n. 144, p. 201-206, 2019, p. 205.

Neste contexto, torna-se relevante compreender o enquadramento da tutela coletiva dos dados pessoais⁸⁰³, haja vista que o regime da tutela coletiva nacional abrange direitos essencialmente coletivos e acidentalmente coletivos, uma vez que não se pode confundir a tutela dos interesses e direitos coletivos (direitos difusos e direitos coletivos *stricto sensu*) e a tutela coletiva de interesses e direitos (individuais homogêneos)⁸⁰⁴.

Teori Albino Zavascki ensina que há uma nítida distinção entre a defesa de direitos coletivos e a defesa coletiva de direitos. Por “direitos coletivos” se entende uma categoria especial de direito material, nascida da superação da tradicional dicotomia entre interesse público e interesse privado. Trata-se de verdadeiro direito material, transindividual (sem titular determinado) e indivisíveis, pertencente a um grupo de pessoas, a uma classe, a uma categoria ou a própria sociedade, considerada em sentido amplo. Classificam-se em duas modalidades: direitos difusos e direitos coletivos *stricto sensu*. Os primeiros são caracterizados pela indeterminação absoluta dos titulares, que estão vinculados apenas diante de circunstâncias fáticas (e.g. residentes de uma mesma região). Os segundos são caracterizados pela indeterminação relativa, já que os titulares estão vinculados entre si ou com a parte contrária a partir de uma relação jurídica-base (e.g. membros de uma categoria profissional)⁸⁰⁵.

Já os direitos individuais homogêneos são simplesmente direitos subjetivos individuais e a qualificação “homogêneos” não altera essa natureza. Trata-se apenas de um qualificativo (instrumental e não material) utilizado para identificar um conjunto de direitos subjetivos individuais assemelhados, permitindo a defesa coletiva e a facilitação do acesso à justiça⁸⁰⁶.

Nota-se que os direitos individuais homogêneos são compreendidos como uma técnica processual, capaz de possibilitar que direitos ou interesses individuais possam ser requeridos coletivamente. Do ponto de vista material, os direitos individuais homogêneos não deixam de ser individuais e divisíveis, ainda que processualmente agregados. Homogeneidade é, pois, apenas uma qualificação necessária para que, verificando-se a existência de uma origem comum

⁸⁰³ O objetivo deste subtítulo é apenas contextualizar a tutela coletiva dos dados pessoais, para verificar se é possível obter a restituição do lucro da intervenção no aspecto coletivo.

⁸⁰⁴ Conforme o parágrafo único do artigo 81 da CDC: A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

⁸⁰⁵ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 2005. Tese de Doutorado em Direito. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005, p. 27 e 30.

⁸⁰⁶ ZAVASCKI, 2005, p. 27 e 30.

fática ou de direito, tais direitos possam ser processados conjuntamente, mesmo que cada sujeito possa utilizar-se da tutela processual individualmente⁸⁰⁷.

Por essa razão, Zavascki esclarece que “homogeneidade não é sinônimo de igualdade, mas de afinidade” e, por isso, direitos homogêneos são direitos ou interesses similares, cujo “núcleo de homogeneidade” decorre de causas comuns relacionadas com a gênese dos direitos subjetivos. Tratam-se, nas palavras diretas do autor, de “direitos originados da incidência de um mesmo conjunto normativo sobre uma situação fática idêntica ou assemelhada”⁸⁰⁸.

Essa delimitação é importante porque a legislação nacional estabelece distintos regimes jurídicos para cada uma delas⁸⁰⁹ e a tutela coletiva sempre demandará uma análise casuística, visto que não se pode atribuir aprioristicamente uma categoria de direitos coletivos *lato sensu* a alguma matéria em abstrato, o que não é diferente no caso de dados pessoais⁸¹⁰.

Sob tal perspectiva, percebe-se que a tutela coletiva de dados pessoais é suscetível de envolver interesses e direitos difusos (e. g. quando se pretende corrigir ou suspender algum tratamento inadequado de dados pessoais realizado por autoridades públicas, relativamente a todos os que vivem em uma região), interesses e direitos coletivos *stricto sensu* (e.g. quando se requer a adequação do tratamento de dados pessoais realizado por uma empresa, relativamente a seus consumidores, posto que aqui existe uma relação jurídica-base) e, finalmente, interesses e direitos individuais homogêneos (e.g. pedido de danos patrimoniais e extrapatrimoniais em face dos agentes de tratamento dado o vazamento de dados de um grupo de pessoas)⁸¹¹.

André Roque enfatiza que a categorização de interesses ou direitos coletivos *lato sensu* no âmbito de incidentes envolvendo dados pessoais dependerá inevitavelmente de uma análise casuística, mas nem sempre essa tarefa será simples e alguns questionamentos são usados para a averiguação de qual direito coletivo *lato sensu* se refere e para a delimitação da causa de pedir e do pedido de tutela jurisdicional concretamente formulado, quais sejam:

Primeira indagação: a tutela postulada é divisível, ou seja, passível de cisão em processos individuais, sem repercutir necessariamente na esfera jurídica de outros titulares? Se a resposta for positiva, estará configurada a presença de direitos

⁸⁰⁷ ROQUE, André. A tutela coletiva dos dados pessoais na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). *Revista Eletrônica de Direito Processual*, ano 13, vol. 20, n. 2, maio a agosto, Rio de Janeiro, p. 01-19, 2019.

⁸⁰⁸ ZAVASCKI, 2005, p. 142-143.

⁸⁰⁹ Para compreensão dos aspectos processuais das ações coletivas de dados pessoais, ver: BESSA; NUNES, 2021.

⁸¹⁰ ROQUE, 2019, p. 9. O autor exemplifica afirmando que “nem sempre, por exemplo, questões envolvendo direito ambiental acarretarão a tutela de direito difuso. Basta imaginar o caso de atividades poluidoras exercidas por determinada indústria: tal ocorrência pode proporcionar, ao mesmo tempo, lesões relativas a direito difuso (para as pessoas que vivem na localidade e que titularizam o direito ao meio ambiente equilibrado), coletivo em sentido estrito (para os empregados da indústria, que podem ter sua saúde comprometida) e individual homogêneo (para os pescadores na localidade, que podem ter sua fonte de sustento comprometida pela mortandade de peixes decorrente da poluição).” (*Idem*, p. 9-10).

⁸¹¹ ROQUE, 2019, p. 10.

individuais homogêneos. Caso negativo, deve-se passar para a próxima pergunta, qual seja: sendo a tutela indivisível, existe alguma relação jurídica base responsável pela conformação do grupo? Caso haja, estará configurado um direito coletivo em sentido estrito. Na hipótese inversa, sendo o grupo formado por meras circunstâncias fáticas, o que existirá será um direito difuso⁸¹².

Notadamente é importante ressaltar que um mesmo fato pode ensejar diferentes pretensões coletivas que, por seu turno, podem ser jurisdicionalizadas em uma mesma ação coletiva, envolvendo as três diferentes espécies de direitos coletivos *lato sensu*⁸¹³.

3.8 CASUÍSTICA DO LUCRO DA INTERVENÇÃO NOS CASOS DE TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS NO BRASIL

Todos os caminhos trilhados até aqui levam à análise da possibilidade de restituição do lucro da intervenção nos casos de tratamento de dados pessoais no ordenamento jurídico pátrio e, para tal fim, não se pode olvidar que a restituição do lucro da intervenção está inserida nos quadros do enriquecimento sem causa, na modalidade da *condictio* por intervenção.

Significa dizer que para a análise proposta é necessário verificar se é possível preencher todos os requisitos da cláusula geral de enriquecimento sem causa (*caput* do artigo 884 do CC/2002), porquanto o dever de restituir só nascerá na realidade pátria quando um enriquecimento (em sentido *lato*) for auferido a partir de uma intervenção em uma posição jurídica alheia (à custa de outrem), sem qualquer autorização (sem justa causa).

Vale lembrar que o enriquecimento (em sentido *lato*) só será considerado “sem justa causa” mediante a ausência do consentimento do titular da posição jurídica violada ou de uma autorização normativa expressa que o justifique; e “às custas de outrem” na medida em que contradizer o conteúdo de destinação do próprio direito violado.

⁸¹² ROQUE, 2019, p. 10.

⁸¹³ BESSA; NUNES, 2021, p. 682. Para verificação dos legitimados coletivos para a tutela de dados pessoais em juízo é necessário recorrer à legislação sobre processos coletivos, diante da ausência desta disposição LGPD. Dispõe o *caput* do artigo 5º da Lei n.º 7.347/1985: Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: I - o Ministério Público; II - a Defensoria Pública; III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; V - a associação que, concomitantemente: a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil; b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. Em complementação, dispõe o *caput* do artigo 82 do CDC: Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente: I - o Ministério Público; II - a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal; III - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código; IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear.

A esse respeito, reitera-se as palavras de Antunes Varela:

A pessoa que, intrometendo-se nos bens jurídicos alheios, consegue uma vantagem patrimonial, obtém-na à custa do titular do respectivo direito, mesmo que este não estivesse disposto a praticar os actos donde a vantagem procede. A aquisição feita pelo intrometido carece de causa, porque, segundo a tal correcta ordenação jurídica dos bens, a vantagem patrimonial alcançada pelo enriquecido pertence a outra pessoa – ao titular do direito⁸¹⁴.

Nessa linha de raciocínio, os próximos subtítulos cuidarão de verificar se é possível realizar o preenchimento dos elementos do enriquecimento sem causa nos casos de tratamento de dados pessoais no Brasil, iniciando-se pela dimensão atributiva do direito à proteção de dados pessoais enquanto corolário para o preenchimento do requisito “às custas de outrem”.

3.8.1 A dimensão atributiva do direito à proteção de dados pessoais

A tutela da *condictio* por intervenção implica, como visto anteriormente, a comprovação de uma intervenção não autorizada em uma posição jurídica com exclusividade de destinação, porquanto o enriquecimento será “às custas de outrem” sempre que um ordenamento jurídico conceder posições jurídicas a uma pessoa com exclusividade e que tais posições reservem a seu titular não só a sua utilidade, mas também as vantagens provenientes da sua exploração econômica e a possibilidade de excluir terceiros indesejados.

Sob tais perspectivas, a verificação da dimensão atributiva da proteção de dados pessoais remonta não só à indiscutível potencialidade econômica dos dados pessoais na contemporaneidade, mas também ao reconhecimento destas posições jurídicas com exclusividade de destinação pelo ordenamento jurídico brasileiro que advém dos próprios conceitos de “dados pessoais” e de “titular” adotados pela LGPD e do fato de que o direito fundamental à proteção de dados pessoais tangencia a personalidade da pessoa humana.

Nota-se que a LGPD não só adotou um conceito alargado de “dados pessoais” e relacionado à aceção de “informação”, como também reconheceu que “toda pessoa natural tem assegurada a titularidade de seus dados pessoais” (artigo 17 da LGPD).

Ademais, o legislador nacional concedeu aos titulares maior autonomia (controle) sobre a utilização de seus dados pessoais⁸¹⁵. Houve não só o reconhecimento do consentimento informado como uma das hipóteses legais de tratamento de dados (art. 7º e 11 da LGPD) e a

⁸¹⁴ ANTUNES VARELA, 2000, p. 491-493.

⁸¹⁵ A propósito, o Considerando n. 7 do RGPD dispõe que “as pessoas singulares deverão poder controlar a utilização que é feita dos seus dados pessoais.”

possibilidade de sua revogação (artigo 18, inciso IX, da LGPD), como também do direito dos titulares de se oporem ao tratamento realizado com fundamento em qualquer das hipóteses legais de tratamento elencadas na LGPD (§2º do artigo 18 da LGPD)⁸¹⁶, do direito de revisão diante de decisões tomadas a partir do tratamento automatizado de dados pessoais (artigo 20 da LGPD)⁸¹⁷ e a própria disposição de um rol taxativo de hipóteses legais que justificam o tratamento de dados pessoais no ordenamento jurídico nacional.

Percebe-se assim que o direito fundamental à proteção de dados pessoais possui verdadeira dimensão de direito subjetivo no ordenamento jurídico brasileiro e, nesse sentido, convém citar as conclusões de Laura Schertel Ferreira Mendes:

Na sua dimensão subjetiva, o direito fundamental à proteção de dados constitui-se como direito subjetivo de defesa, que atribui ao indivíduo um espaço de liberdade e privacidade, não sujeito a intervenções estatais ou privadas. Assim, em caso de violação, o direito subjetivo enseja que a intervenção cesse, e, em caso de uma provável violação, ele possibilita a tomada de atitudes preventivas para a não ocorrência da violação. O controle dos seus dados pessoais pelo indivíduo compõe um aspecto essencial da dimensão subjetiva do direito à proteção de dados pessoais. O conceito geral é o de que, a princípio, o titular dos dados deve ter o controle da coleta, processamento, utilização e circulação dos seus dados pessoais. Afinal, tendo em vista que os dados se referem a ele e influenciam a sua esfera de direitos, somente o titular pode determinar a extensão da circulação de seus dados na sociedade⁸¹⁸.

Em sentido semelhante, Sarlet considera que no âmbito constitucional o “direito à proteção de dados pessoais se decodifica em um conjunto heterogêneo de posições subjetivas de natureza defensiva (negativa), mas também assume a condição de direito a prestações”⁸¹⁹.

Partindo dessas premissas, entende-se que ao considerar o direito fundamental à proteção de dados pessoais enquanto um direito subjetivo – ainda que de natureza preponderantemente negativa (de não intromissão e controle) e por vezes positivo (de prestação)⁸²⁰ – também está se delimitando o início do reconhecimento da dimensão atributiva

⁸¹⁶ Dispõe o § 2º do artigo 18 da LGPD: O titular pode opor-se a tratamento realizado com fundamento em uma das hipóteses de dispensa de consentimento, em caso de descumprimento ao disposto nesta Lei.

⁸¹⁷ Artigo 20 da LGPD. O titular dos dados tem direito a solicitar a revisão de decisões tomadas unicamente com base em tratamento automatizado de dados pessoais que afetem seus interesses, incluídas as decisões destinadas a definir o seu perfil pessoal, profissional, de consumo e de crédito ou os aspectos de sua personalidade.

⁸¹⁸ MENDES, 2014, p. 3459.

⁸¹⁹ SARLET, 2020, p. 194. Destaca-se que na acepção de Sarlet, em síntese, os direitos de defesa se identificam por sua natureza preponderantemente negativa, tendo por objeto abstenções do Estado, no sentido de proteger o indivíduo contra inferências na sua autonomia privada, e os direitos prestacionais (a exemplo dos direitos sociais) reclamam uma crescente posição ativa (positiva) do Estado (ou particulares destinatários da norma) na esfera econômica e social. (SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 283).

⁸²⁰ Entre outras possibilidades, uma vez que a lista de posições jurídicas não tem caráter taxativo (SARLET, 2020), dispõe o *caput* do artigo 18 da LGPD: Art. 18. O titular dos dados pessoais tem direito a obter do controlador, em relação aos dados do titular por ele tratados, a qualquer momento e mediante requisição: I - confirmação da

do direito à proteção de dados pessoais. De um lado, está o reconhecimento da titularidade exclusiva dos dados pessoais enquanto atributos da personalidade da pessoa humana e, de outro, a concessão de um maior controle de utilização aos titulares sobre seus dados pessoais e de segurança por meio das causas de justificação das atividades de tratamento elencadas na LGPD.

Todavia, a verificação da dimensão atributiva de uma posição jurídica também demanda a existência de um “mercado usual e razoável”⁸²¹ e não se pode olvidar que a valoração econômica dos dados pessoais está no seu “alto valor informativo”⁸²² capaz de proporcionar inúmeras possibilidades lucrativas aos agentes de tratamento de dados.

Significa dizer que os dados pessoais enquanto matéria-prima em uma economia movida a dados pessoais podem ser fonte lucrativa em inúmeras situações fáticas a depender de sua utilidade⁸²³ e, nessa medida, a análise da dimensão atributiva do direito à proteção dos dados pessoais será construída casuisticamente considerando a exploração econômica evidenciada na situação fática, assim como ocorre nos demais direitos da personalidade⁸²⁴.

Nota-se que a civilística evoluiu progressivamente no sentido de reconhecer a valoração econômica dos atributos intrínsecos à personalidade da pessoa humana nas últimas décadas e, como enfatiza Menezes Leitão, “consiste numa inversão metodológica considerar que nos direitos da personalidade não se pretende atribuir ao titular um valor comerciável, mas apenas uma exclusão de outras pessoas”⁸²⁵, e continua:

Na verdade, a comercialização ocorre no mercado e constitui uma forma de aproveitamento dos bens da personalidade na actual sociedade económica. Se tal ocorre como dado de facto, não se pode deixar de se considerar que se verificou uma

existência de tratamento; II - acesso aos dados; III - correção de dados incompletos, inexatos ou desatualizados; IV - anonimização, bloqueio ou eliminação de dados desnecessários, excessivos ou tratados em desconformidade com o disposto nesta Lei; V - portabilidade dos dados a outro fornecedor de serviço ou produto, mediante requisição expressa, de acordo com a regulamentação da autoridade nacional, observados os segredos comercial e industrial; VI - eliminação dos dados pessoais tratados com o consentimento do titular, exceto nas hipóteses previstas no art. 16 desta Lei; VII - informação das entidades públicas e privadas com as quais o controlador realizou uso compartilhado de dados; VIII - informação sobre a possibilidade de não fornecer consentimento e sobre as consequências da negativa; IX - revogação do consentimento, nos termos do § 5º do art. 8º desta Lei.

⁸²¹ Expressão extraída de CERVANTES, 2012, p. 1158.

⁸²² MENDES, 2014, p. 3340.

⁸²³ Destaca-se que isso fica evidenciado no próprio conceito de tratamento de dados pessoais adotado na LGPD, já que o legislador reconheceu normativamente uma acepção ampliada de “tratamento” de dados pessoais.

⁸²⁴ Não é desconhecimento desta pesquisadora que muitos doutrinadores, em meados do século passado, consideravam que os direitos subjetivos de proibição (negativos) não possuíam conteúdo de destinação e, por isso, uma intervenção nos direitos da personalidade não seria suficiente para deflagrar o dever de restituir. Como resume Pereira Coelho, os direitos da personalidade não possuem conteúdo de destinação, “por não se pretender ai propriamente atribuir ao titular do direito um objecto de domínio patrimonialmente utilizável, mas antes, e justamente mediante a concessão do *ius excludendi omnes alios* correspondente ao respectivo direito, impor o respeito da dignidade do homem coo pessoa moral.” (PEREIRA COELHO, 1970, p. 55-56). Porém, essa acepção foi aos poucos sendo desconstruída pelo próprio desenvolvimento da sociedade que passou a reconhecer a existência da exploração econômica do direito da personalidade, como depreende-se no 2.3.1. Aliás, essa posição já era defendida por Walter Wilburg, como pontua MENEZES LEITÃO, 2005, p. 716, nota 1941.

⁸²⁵ MENEZES LEITÃO, 2005, p. 720.

evolução das concepções da sociedade no sentido da função económica dos direitos da personalidade e do valor representado pela sua comercialização, suficiente para que o enriquecimento sem causa não ignore a sua protecção⁸²⁶.

Em sentido semelhante, Basozabal Arrue considera que o instituto do enriquecimento sem causa não pode ser indiferente à realidade económica e social que confirma reiteradamente a possibilidade de comercializar os bens da personalidade, seja através da exploração direta seja através de uma cessão onerosa. O importante, para o autor espanhol, é “a natureza patrimonial do interesse transferido, e isso parece estar fora de qualquer dúvida”⁸²⁷.

É exatamente essa a realidade do direito à proteção de dados pessoais e que outrora era dos direitos à imagem e ao nome, por exemplo. O mercado evidenciou o valor económico dos dados pessoais na sociedade contemporânea e coube ao ordenamento jurídico nacional regular a utilização destes dados pessoais, reconhecendo seus verdadeiros titulares e limitando a atuação dos agentes de tratamento a partir das hipóteses legais elencadas nos artigos 7º e 11 da LGPD. Desta forma, na ausência de um tratamento legítimo e lícito também cabe ao ordenamento jurídico brasileiro destinar adequadamente o aproveitamento económico (enriquecimento em sentido *lato*) desta ingerência não autorizada dos dados pessoais, que compõem os direitos da personalidade da pessoa humana.

Vale destacar que, embora alguns doutrinadores neguem a própria natureza negocial do consentimento⁸²⁸, a dinâmica económica sedimentou o valor dos dados pessoais e o consentimento vem ganhando contornos negociais a cada dia. Não se tem dúvidas que os dados pessoais são pequenas partículas que formam “o mosaico informacional da personalidade”⁸²⁹ e, ao mesmo tempo, passaram a ser economicamente apreciáveis. O próprio legislador comunitário europeu acabou reconhecendo que os contratos de fornecimento de conteúdos e serviços digitais deixaram de ser gratuitos, já que a autorização para utilização de dados pessoais na Diretiva n. 2019/770 do Parlamento Europeu e do Conselho passou a ser equiparada ao dinheiro para efeitos do regime contratual⁸³⁰.

⁸²⁶ MENEZES LEITÃO, 2005, p. 720. Anota-se que o autor português não analisa a existência do conteúdo de destinação do direito à proteção de dados pessoais e, ao realizar tal afirmativa, estava tratando sobre o reconhecimento do caráter comerciável dos direitos da personalidade em geral.

⁸²⁷ BASOZABAL ARRUE, 1998, p. 170. No original: “lo que sí resulta de su interés es la naturaleza patrimonial del interés cedido, y esto parece estar fuera de toda duda”. Anota-se que o autor também não analisa a existência do conteúdo de destinação do direito à proteção de dados pessoais.

⁸²⁸ Por todos, *vide*: DONEDA, 2019, p. 302.

⁸²⁹ Expressão extraída de CAMARGO, p. 171.

⁸³⁰ PEREIRA, Alexandre Libório Dias. Novos direitos do consumidor no mercado único digital. *Estudos de Direito do consumidor*, Coimbra, v. 10, 2016, p. 163. No mesmo sentido, estão: MALGIERI; CUSTERS, 2018. Tal interpretação é extraída do Considerando n. 24 da Diretiva 2019/770: “Os conteúdos ou serviços digitais são, além disso, frequentemente fornecidos em situações em que o consumidor não paga um preço, mas facultados ao operador. Esses modelos de negócios específicos aplicam-se já de diferentes formas numa parte considerável do

Na síntese conclusiva de Alexandre Libório Dias Pereira: “os dados pessoais passam a ser uma *res intra commercium*”⁸³¹.

Entende-se, assim, que as normas destinadas à proteção e ao tratamento de dados pessoais também possuem o condão de estabelecerem diretrizes objetivas para a aferição das intervenções indevidas na esfera individual dos titulares dessa posição jurídica e, uma vez identificado o enriquecimento às custas de outrem, cabe aos agentes de tratamento (interventores) restituir o lucro da intervenção aos seus legítimos titulares.

De outro norte, convém citar as conclusões do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, relator do *leading case* nacional sobre o lucro da intervenção:

[...] 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 propósito⁸³².

Com efeito, a tutela da *condictio* da intervenção não pode ser indiferente à virtualização da vida e à economia contemporânea, marcada pelo fluxo massificado de dados pessoais e suas inúmeras potencialidades lucrativas, que advêm das informações relativas às pessoas naturais e do auxílio de ferramentas cognitivas artificiais. Soma-se o fato de que a realidade tecnológica e científica tem evidenciado uma rápida degradação das próprias

mercado. Embora reconhecendo plenamente que a proteção dos dados pessoais é um direito fundamental e que, por conseguinte, os dados pessoais não podem ser considerados um produto de base, a presente diretiva deverá assegurar que os consumidores gozem, no contexto desses modelos de negócio, do direito a meios de ressarcimento ao abrigo do contrato. Por conseguinte, a presente diretiva deverá ser aplicável aos contratos em que o profissional fornece ou se compromete a fornecer conteúdos digitais ou a prestar serviços digitais ao consumidor e este fornece ou compromete-se a facultar dados pessoais. Os dados pessoais podem ser facultados ao profissional no momento em que o contrato é celebrado ou posteriormente, como nos casos em que o consumidor dá o seu consentimento para que o profissional utilize os dados pessoais eventualmente carregados ou criados pelo consumidor no âmbito da utilização dos conteúdos ou serviços digitais” (UNIÃO EUROPEIA. *Diretiva (UE) 2019/770 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2019, sobre certos aspetos relativos aos contratos de fornecimento de conteúdos e serviços digitais*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32019L0770>. Acesso em: 19 maio 2023). A propósito, Camargo pontua que a UE “mesmo utilizando diversos eufemismos, equipara a cessão dos dados pessoais ao pagamento de um preço para a utilização de plataformas digitais”. Para o autor, “com um entendimento mais preciso sobre a forma de organização das plataformas digitais, principalmente sobre a utilização dos dados pessoais como matéria-prima para o fornecimento dos serviços, pelas plataformas, para seus clientes do outro lado (em geral, os anunciantes, em uma plataforma de dois lados), fica mais fácil de enxergar que os dados pessoais utilizados, na outra ponta, como matéria-prima são, por sua vez, obtidos a partir das relações de consumo, pagas pelos usuários, com a cessão dos seus dados pessoais.” (CAMARGO, 2020, p. 160).

⁸³¹ PEREIRA, 2016, p. 163.

⁸³² BRASIL, STJ. Terceira Turma. *REsp 1698701/RJ*, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Brasília, 02 de outubro de 2018.

fronteiras dos direitos da personalidade⁸³³ e a criação de um verdadeiro *Corpo Eletrônico*⁸³⁴ e, com isso, o direito à proteção de dados pessoais ganha significativo relevo.

No entanto, a aceitação da dimensão atributiva do direito à proteção de dados pessoais não permite concluir automaticamente pela valoração das posições protegidas – assim como ocorre nos demais direitos da personalidade – e remonta à análise de alguns critérios, capazes de delinear a em inúmeras situações fáticas e sem perder de vista os aspectos monetários, as disposições normativas e o viés marcadamente dinâmico do tratamento de dados pessoais.

Antes de ingressar nessa análise, porém, convém delinear o segundo critério para preenchimento da cláusula geral de enriquecimento sem causa: sem justa causa.

3.8.2 O tratamento dos dados pessoais sem justa causa

Para fins de deflagração da tutela do enriquecimento sem causa no ordenamento jurídico nacional, sabe-se que o enriquecimento (em sentido *lato*) deve ocorrer sem uma causa de justificação. Trata-se da ausência de uma causa de atribuição patrimonial que se traduz a partir da ausência de um título jurídico idôneo a justificar esse enriquecimento obtido às custas de outrem. Ou seja, o enriquecimento será “sem justa causa” quando não encontrar uma justificativa na lei, na vontade do titular ou em uma sentença transitada em julgado.

Nessa linha de raciocínio, para que o enriquecimento (em sentido *lato*) seja considerado “sem justo título” deve a atividade de tratamento de dados pessoais ser realizada sem a observância das hipóteses legais contidas nos artigos 7º e 11 da LGPD ou, então, das disposições complementares presentes nos artigos 14 e 23 da LGPD.

Como visto ao longo deste capítulo, para que a atividade de tratamento de dados pessoais – em geral ou sensíveis – seja considerada legítima e lícita no ordenamento jurídico nacional, os agentes de tratamento devem fundamentar a operação a ser realizada na hipótese legal mais adequada e segura para a finalidade pretendida, levando-se em consideração todos os aspectos próprios da hipótese legal destacada e as orientações dos princípios da boa-fé objetiva e dos demais deveres anexos elencados no artigo 6º da LGPD.

⁸³³ ROSENVALD, 2019, p. 441. Anota-se que esta pesquisa concorda com o diagnóstico apresentado pelo autor, porém discorda-se de suas soluções, haja vista que o autor defende a adoção no Brasil da responsabilidade civil por ilícitos lucrativos. Aliás, recentemente o autor defendeu a possibilidade de recorrer à responsabilidade civil em casos de lucros provenientes da violação a direito alheio no contexto tecnológico. Cf. ROSENVALD, Nelson; FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. “*Disgorgement* algorítmico”: Técnicas de processamento de dados e a gestão automatizada dos ilícitos lucrativos na internet. In: SARLET, Gabrielle; TRINDADE, Manoel Gustavo; MELGARÉ, Plínio (Coords). *Proteção de Dados: Temas controvertidos*. Indaiatuba: Foco, p. 327- 355, 2021.

⁸³⁴ Expressão de RODOTÁ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*. Tradução de Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

Reitera-se que todas as hipóteses legais elencadas na LGPD são capazes de justificar adequadamente uma atividade de tratamento de dados pessoais e estão sob o mesmo nível hierárquico, cabendo aos agentes interessados não só fundamentar a atividade de tratamento objetivamente em, ao menos, umas destas hipóteses, como também observar adequadamente todas as orientações da autoridade nacional, da doutrina e da jurisprudência.

A título de exemplo, cita-se o caso da loja conceito da Hering localizada no Shopping Morumbi, em São Paulo (*Hering Experience*). A unidade recebeu algumas tecnologias sob a justificativa de melhoramento da experiência dos consumidores durante a compra de seus produtos. Em síntese, foram instaladas tecnologias como a identificação por radiofrequência e o reconhecimento facial que capturavam uma quantidade significativa de dados biométricos dos consumidores – adultos, crianças e adolescentes – diariamente, assim como as reações destes às peças expostas e suas preferências ao circularem pela unidade⁸³⁵.

Todavia, inexistia no caso uma causa de justificação para essa atividade de tratamento com fins evidentemente comerciais, mormente dos dados sensíveis, já que não existia o consentimento dos titulares, tampouco embasamento em outra base legal elencada no artigo 11 da LGPD. Destaca-se, como visto anteriormente, que o tratamento de dados pessoais sensíveis somente poderá ocorrer sem o consentimento dos respectivos titulares quando estes forem indispensáveis a uma das finalidades elencadas nas alíneas do inciso II do artigo 11 da LGPD.

A par dessas considerações, torna-se indispensável analisar todos os desdobramentos das bases legais elencadas na LGPD, mormente no que tange à finalidade da atividade de tratamento e à necessidade dos dados pessoais utilizados, visto que a inobservância da norma protetiva acarreta o preenchimento do pressuposto da ausência de justa causa.

Além disso, não se pode olvidar que mesmo aquelas atividades que não estão submetidas à observância da norma de proteção (artigo 4º da LGPD) devem agir em respeito – e não violar – ao direito fundamental à proteção de dados pessoais.

3.8.3 Parâmetros para a caracterização do tratamento de dados pessoais alheios como hipótese de restituição do lucro da intervenção

Após a análise dos requisitos “às custas de outrem” e “sem justo título” imprescindíveis para a deflagração da tutela do enriquecimento sem causa, passa-se a

⁸³⁵ IDEC. *Após denúncia do Idec, Hering é condenada por uso de reconhecimento facial*. Disponível em: <https://idec.org.br/noticia/apos-denuncia-do-idec-hering-e-condenada-por-uso-de-reconhecimento-facial>. Acesso em: 19 jan. 2023.

considerar parâmetros para a possibilidade de restituição do lucro da intervenção: i) o primeiro parâmetro diz respeito à identificação do valor dos dados pessoais, assim como da finalidade comercial da atividade de tratamento, mormente da função desempenhada pelos dados pessoais naquele contexto fático; ii) o segundo corresponde à ponderação entre a proteção de dados pessoais e outros interesses constitucionalmente tutelados, especialmente as liberdades de informação, a utilização de dados pessoais de interesse público ou mesmo de dados privados de conhecimento público, assim como a identificação se a atividade afeta o núcleo inviolável da vida privada; e iii) o terceiro e último parâmetro se traduz na verificação da notoriedade da pessoa titular dos dados ou de qualidades pessoais que a diferencia.

3.8.3.1 O valor dos dados pessoais e a finalidade comercial da atividade de tratamento

O primeiro parâmetro a ser observado é a identificação do valor dos dados pessoais, assim como da finalidade comercial da atividade de tratamento, mormente da função desempenhada pelos dados pessoais no contexto fático específico. Isso porque é preciso considerar que a relevância jurídica e econômica dos dados pessoais não está no dado *per se*, mas sim nas informações pessoais que podem ser extraídas a partir dos dados relativos às pessoas e às suas interações no ambiente digital⁸³⁶.

Significa dizer que a diferenciação técnica entre “dados” e “informações” se torna relevante na medida em que, muitas vezes, um dado pessoal singularmente considerado pode ser fonte de informações e, outras tantas, os dados pessoais só serão fonte de informações ao serem coletados, processados e devidamente cruzados com outros dados pessoais.

A título de exemplo, um prenome é um dado e singularmente considerado não tem relevância jurídica ou econômica ao ser coletado, uma vez que não deixa de ser um “símbolo” ou um “sinal” neste cenário, porém ao ser reunido com outros dados relativos à pessoa (sobrenome, idade, gênero, peso, altura, por exemplo) passa a ser economicamente relevante e, via reflexa, recebe tutela jurídica pelo ordenamento pátrio. Já a imagem de uma pessoa ou de um grupo de pessoas, embora seja um dado singularmente considerado, traz consigo informações e, por isso, contém valor econômico e relevância jurídica por si só. Da mesma forma, os dados biométricos são entendidos como propriedades biológicas, características fisiológicas, traços físicos ou ações reproduzíveis e, por si só, contêm valor econômico e relevância jurídica diante do conteúdo informacional próprio que possuem.

⁸³⁶ A propósito, Mendes bem resume que “fundamental é perceber que tal tutela visa à proteção da pessoa e de sua personalidade e não dos dados *per se*” (MENDES, 2014, p. 3340).

Dito de outra forma, os dados pessoais têm valor econômico na medida em que transmitem informações pessoais aos agentes econômicos que podem servir para uma atividade de tratamento específica e o próprio valor econômico dessas informações irá variar de acordo com a pessoa retratada ou com o volume de dados coletados.

À luz dos ensinamentos de Stefano Rodotà:

Foi o próprio tratamento automático dos dados a demonstrar, à evidência, que nenhuma informação tem valor em si mesma, mas em virtude do contexto no qual está inserida, ou pelas finalidades para as quais é utilizada, ou pelas outras informações às quais tem sido associada. As regras sobre a circulação de dados então tendem a ser cada vez mais orientadas para a consideração de contextos, funções, associações⁸³⁷.

Por isso, deve-se aferir adequadamente a finalidade comercial em que a atividade de tratamento está inserida, assim como a função desempenhada pelos dados pessoais no contexto fático concreto para averiguar não só a possibilidade de restituição de eventuais valores de mercado e lucros da intervenção, como também para quantificá-los.

Reitere-se que a monetização dos dados pessoais acaba ocorrendo em três situações distintas na economia da informação: i) a primeira está relacionada à aplicação dos dados pessoais após a atividade de refinamento e extração de conhecimento, de forma a gerar lucros ou reduzir despesas para os diversos agentes econômicos; ii) a segunda se refere à utilização dos dados pessoais *per se* ou de um conjunto de dados relativos à uma pessoa natural para algumas atividades economicamente lucrativas; e iii) a terceira diz respeito à venda propriamente dita dos dados pessoais ou de *insights* a outros agentes econômicos.

Por essas razões, somente na análise de cada caso concreto é que se pode considerar a possibilidade de restituição dos valores de mercado e do lucro da intervenção diante de uma atividade de tratamento de dados pessoais sem fundamento jurídico. Até porque os dados pessoais podem estar inseridos em uma atividade de tratamento demasiadamente complexa ou na qual apenas os dados pessoais de um grupo sejam de fato valorados e, assim, a tutela do direito à proteção de dados pode transpor os limites da esfera privada para ingressar no campo da tutela coletiva. Porquanto a necessidade de reequilibrar as assimetrias existentes e a própria dificuldade de valorar economicamente os dados pessoais de forma individual, em muitos casos, demandam uma análise sob a ótica da tutela coletividade.

Um exemplo é o caso da comercialização de dados pessoais pelo Serasa S.A, julgado pela 2ª Turma Civil do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Território no último ano. Em breve resumo, o Serasa S.A. vinha comercializando dados pessoais por meio das plataformas

⁸³⁷ RODOTÀ, 2008, 77.

“Lista Online” e “Prospecção de Clientes”. O custo da consulta, por pessoa natural, era de R\$ 0,98 (noventa e oito centavos), em um universo potencial de 150 milhões de titulares e as empresas-contratantes recebiam os seguintes dados pessoais: CPF, nome, endereço, até 3 telefones e sexo; sendo possível segmentar as buscas a partir de dados como: sexo, idade, poder aquisitivo, classe social, geolocalização, modelos de afinidade e triagem de risco⁸³⁸.

O caso cuidou de verdadeira violação do direito à proteção de dados pessoais diante do tratamento de dados pessoais gerais, sem fundamento em uma das causas de justificação do artigo 7º da LGPD, e foi analisado sob o manto da tutela coletiva⁸³⁹.

Percebe-se que, no caso concreto, é o conjunto de dados pessoais de um grupo, e não de uma pessoa singular, que possui valoração econômica e relevância jurídica. Por isso, entende-se necessário para a pretensão ao lucro da intervenção identificar adequadamente a função desempenhada pelos dados pessoais na atividade de tratamento concreta, sem perder de vista as perspectivas do “conteúdo” e da “forma” dos dados pessoais, como se extrai das orientações do GT29 na Opinião/Parecer n. 4/2007, sobre o conceito de dados pessoais.

Isso porque os dados pessoais na perspectiva do “conteúdo” da informação incluem dados que fornecem qualquer tipo de informação relativa à pessoa humana – desde informações pessoais até informações sobre as atividades realizadas pela pessoa rastreáveis no ambiente virtual – e do ponto de vista da “forma” incluem informações disponíveis em qualquer formato, como, por exemplo, alfabético, numérico, fotográfico e acústico⁸⁴⁰.

3.8.3.2 *A proteção de dados pessoais e outros interesses constitucionalmente tutelados*

O segundo parâmetro diz respeito à ponderação entre o direito à proteção de dados pessoais e outros interesses constitucionalmente tutelados, especialmente as liberdades de informação (expressão, informação, comunicação e opinião), a utilização de dados pessoais de interesse público ou mesmo de dados privados de conhecimento público, assim como a identificação se a atividade desempenhada afeta o núcleo inviolável da vida privada.

Isso porque a proteção de dados pessoais está inserida nos quadros dos direitos da personalidade e, assim como os demais direitos inseridos neste núcleo indissociável da pessoa

⁸³⁸ BRASIL, TJDF. Segunda Turma Cível. *Apelação n. 736634-81.2020.8.07.0001*. Rel. Des. Sandoval Oliveira. Brasília, 11 de fevereiro de 2022.

⁸³⁹ O caso será melhor analisado nos próximos subtítulos desta pesquisa.

⁸⁴⁰ WORKING PARTY 29. *Opinion 04/2007 on the concept of personal data*. Disponível em: https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2007/wp136_en.pdf. Acesso em: 22 mar. 2023.

humana, deverá observar os limites dos direitos da personalidade em respeito às liberdades de expressão, de informação, de comunicação e de opinião⁸⁴¹.

Tal critério é utilizado pela civilística para delimitação da dimensão atributiva dos direitos da personalidade em geral, mas ganha significativo relevo no âmbito do direito à proteção de dados pessoais enquanto critérios de ponderação, porquanto o desenvolvimento cada vez mais intenso das tecnologias da informação despertou válidos questionamentos quanto à utilidade das informações relativas às pessoas, muitas vezes em larga escala⁸⁴².

Significa dizer que é necessário analisar não só a finalidade comercial da atividade de tratamento de dados pessoais, como também a sua “utilidade” frente às liberdades de informação e se essa atividade afeta o núcleo inviolável da vida privada.

Em vista disso, deve-se indagar se a utilidade dos dados pessoais possui valor informativo, se era realmente necessário tratar os dados pessoais, se era necessário veicular a informação obtida, se seu conteúdo foi obtido de forma lícita ou se a informação é sensível, íntima ou sigilosa, já que o grau de ingerência na esfera privada das pessoas não é o mesmo quando se utilizam dados pessoais meramente identificativos e quando se difundem informações sobre a ideologia, as crenças ou a saúde de uma pessoa, por exemplo⁸⁴³.

A título de exemplo, pode-se citar o caso da atriz Klara Castanho que teve recentemente seus dados pessoais sensíveis vazados por profissionais da saúde e divulgados, sem qualquer autorização, em veículo de comunicação eletrônico. Em apertada síntese, a conhecida atriz foi vítima de abuso sexual, que acarretou o nascimento de uma criança, entregue para adoção logo após o nascimento. Os dados pessoais sensíveis (íntimos e sigilosos⁸⁴⁴) da atriz e da criança (origem racial) teriam sido vazados por membros da equipe médica envolvida

⁸⁴¹ Dispõem os inc. I e III do art. 2º da LGPD: a disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos: I - o respeito à privacidade; e III – a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião.

⁸⁴² Na síntese de Rodotà, procura-se identificar o “núcleo duro” da privacidade em torno dos dados relativos a opiniões políticas, sindicais ou de qualquer outro gênero, fé religiosa, raça, saúde, hábitos sexuais. Ao mesmo tempo, tende-se a liberar a circulação de informações pessoais de conteúdo econômico” (RODOTÀ, 2008, p. 78).

⁸⁴³ ÁLVAREZ, José Luís Rodríguez. *Transparencia y protección de datos personales: criterios legales de conciliación*. In: AMETLER, Dolors Canals (ed.). *Datos. Protección, transparencia y buena regulación*. Girona: Documenta Universitaria, 2016, p. 52. É importante destacar que a legislação espanhola contém regras próprias que facilitam a ponderação entre o direito de acesso à informação e o direito à proteção de dados pessoais, entre as quais está a diferenciação citada pelo autor. Isso porque o legislador espanhol destinou o artigo 15 da Lei n. 19/2013 à proteção de dados pessoais e classificou, em seus incisos, os dados pessoais de acordo com a necessária proteção jurídica à luz da privacidade desses dados pessoais. Ou seja, dados pessoais sensíveis – em especial ideologia, filiação sindical, religião e crenças – possuem maior tutela jurídica em comparação aos dados pessoais em geral. Para maiores considerações, consultar ESPANHA. *Ley 19/2013*, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2013-12887>. Acesso em: 14 maio 2023.

⁸⁴⁴ De acordo com o § 9º do artigo 19-A do ECA: “É garantido à mãe o direito ao sigilo sobre o nascimento, respeitado o disposto no art. 48 desta Lei.”. Ademais, o próprio prontuário é documento submetido ao sigilo profissional (artigos 85 e 89 do Código de Ética Médica).

no procedimento de parto e divulgados pelo jornalista Léo Dias, em matéria publicada em uma coluna de “focofocas” e em suas páginas nas redes sociais (e.x. *Instagram* e *Facebook*)⁸⁴⁵.

No caso em tela, uma vez verificado que o vazamento dos dados sensíveis e sigilosos ocorreu em razão de conduta parte da equipe médica, se está frente a uma atividade de tratamento de dados pessoais contrária às disposições da LGPD e ao próprio sigilo profissional ao qual os profissionais da saúde estão submetidos. Da mesma forma, a divulgação desses dados pessoais sensíveis não pode ser enquadrada sob a ótica das liberdades de informação e comunicação, uma vez que a divulgação de dados pessoais manifestadamente excessiva e ilegítima, cuja origem advém de práticas contrárias à LGPD, ainda que envolva pessoa notória, não se enquadra na acepção de divulgação de informações de interesse público e se presta apenas ao escopo lucrativo, violando os direitos à privacidade e à proteção de dados⁸⁴⁶.

Desse modo, entende-se que a questão comporta a possibilidade de restituição do lucro da intervenção frente à utilização dos dados pessoais sensíveis e sigilosos da atriz, diante da finalidade puramente lucrativa e não informacional da publicação, já que a curiosidade do público fez as redes sociais do colunista interventor atingirem engajamento considerável, podendo-se identificar o lucro da intervenção a partir desta métrica.

É igualmente necessário considerar que a LGPD reconheceu a possibilidade de realização de atividades de tratamento de dados pessoais em geral – não existindo correspondente no artigo 11 da LGPD ou menção expressa aos dados pessoais sensíveis ao

⁸⁴⁵ DUTRA, Quésia Falcão. O caso Klara Castanho e a LGPD. *Migalhas*. Junho, 2022. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/368891/o-caso-klara-castanho-e-a-lgpd>. Acesso em: 14 de maio 2023.

⁸⁴⁶ Da leitura do artigo 4º da LGPD, percebe-se que a norma não se aplica para “fins jornalísticos”. De acordo com o relatório “Jornalismo e proteção de dados pessoais: a liberdade de expressão, informação e comunicação como fundamentos da LGPD”, publicado pela Associação *Data Privacy* Brasil de Pesquisa e pela Associação Brasileira de Jornalismo Investigativo, as atividades jornalísticas devem ser entendidas, de forma ampla e extensiva, a partir da “finalidade de informar um grupo indeterminado sobre assuntos ou fatos de interesse público e coletivo” e não precisam seguir as diretrizes e bases legais da LGPD. No entanto, ainda segundo tal relatório, “os códigos de ética da profissão, bem como toda a jurisprudência brasileira e exemplos internacionais, demonstram que a classe pode definir o que são boas práticas, de modo a não violar direitos fundamentais como a intimidade, a privacidade e, agora, a proteção de dados pessoais.” (CHAVES, Reinaldo et. al. *Jornalismo e proteção de dados pessoais: a liberdade de expressão, informação e comunicação como fundamentos da LGPD*. São Paulo: Abraji, 2022). Isso significa que embora a atividade jornalística não tenha que observar as hipóteses legais para a realização da atividade de tratamento de dados pessoais, cabe à classe não violar direitos fundamentais e a liberdade de informação jornalística não legitima a utilização de informações sensíveis e sigilosas obtidas por meios ilícitos e com finalidades evidentemente lucrativas. É de se pontuar que o direito à proteção de dados pessoais está relacionado aos usos legítimos e justos de dados pessoais, a partir de uma gramática de direitos fundamentais (RODOTÀ, 2008). Além disso, de acordo com o voto da lavra do ministro José Antônio Dias Toffoli durante o julgamento do RE 1010606 sobre o direito ao esquecimento: “[...] é de potencial interesse público o que possa ser lícitamente obtido e divulgado. Desse modo, um dado que não possa ser objeto de divulgação não é, em qualquer circunstância, dotado de interesse público. Interesse público pressupõe licitude. E a licitude implica respeito aos direitos da personalidade. Nossa Constituição é rica em previsões protetivas dos direitos da privacidade e de inviolabilidades do indivíduo” (BRASIL. STF. *Recurso Extraordinário nº 1010606*. Relator Ministro Dias Toffoli. Brasília, 20 de maio de 2021).

longo da LGPD⁸⁴⁷ – quando o acesso a esses dados pessoais for público, desde que respeitados os princípios da finalidade, da boa-fé e do interesse público que justificaram sua disponibilização (art. 7º, §3º, da LGPD), assim como dispensou o consentimento nos casos de tratamento de dados pessoais tornados manifestamente públicos pelo titular, resguardados os direitos deste e os princípios previstos na norma (art. 7º, §4º, da LGPD)⁸⁴⁸.

Destaca-se que as expressões “dados de acesso público” e “dados tornados manifestamente públicos pelo titular” não são sinônimas. A primeira expressão diz respeito aos dados pessoais cuja publicidade é obrigatória por lei como, por exemplo, dados sobre a propriedade de um imóvel, o quadro de sócios e administradores das empresas disponível através de consulta pública na Receita Federal (QSA/CNPJ) ou os dados pessoais disponíveis para fins de transparência do Poder Público⁸⁴⁹. Já a segunda expressão remonta aqueles dados pessoais que supostamente se tornaram públicos a partir de uma conduta da própria titular dos dados, o que ocorreria, *a priori*, quando os dados pessoais fossem disponibilizados no perfil do titular em uma rede social – a exemplo nome, cargo ou função profissional e relações de parentesco – ou veiculados em um sítio eletrônico criado pelo próprio titular.

Todavia, o alcance das normas demanda para a civilística nacional a análise da compatibilidade da “finalidade” da atividade de tratamento e da “necessidade” dos dados pessoais com os fins para os quais esses dados foram originalmente divulgados, ainda que os dados pessoais sejam de acesso público ou tornados manifestamente públicos pelo titular.

Bioni exemplifica – quanto aos dados de acesso público – que “se, para fins de transparência, o Poder Público divulga os nomes, os cargos e a renda dos servidores, tal base de dados dificilmente poderia ser reutilizada para fins de *marketing*. Por outro lado, seria

⁸⁴⁷ A esse respeito, Teffé pontua que “a lei não tratou de forma específica os dados públicos de caráter sensível, trazendo, aparentemente, apenas duas normas gerais para o tratamento de dados pessoais considerados públicos” e assim, segundo a autora, cabe manifestação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados para que detalhe a questão sobre a aplicação do §3º do artigo 7 da LGPD aos dados pessoais sensíveis (TEFFÉ, 2022, p. 289). No entender dessa pesquisa, no entanto, uma vez que inexistente correspondente no artigo 11 da LGPD se deve interpretar restritivamente a norma. Além disso, acredita-se que esta foi a intenção do legislador nacional uma vez que é possível extrair das conclusões da comissão mista destinada a emitir parecer sobre a medida provisória n. 869, de 28 de dezembro de 2018: “Já para dados sensíveis, não julgamos seguro para a proteção do titular essa extensão de possibilidade de tratamento. Temos essa compreensão pelo fato de que na LGPD foram impostas cláusulas mais rígidas do que no instrumento europeu, por exemplo, com relação aos dados de saúde.” (BRASIL. Congresso Nacional. *Parecer sobre a medida provisória n. 869, de 28 de dezembro de 2018*. Relator Deputado Orlando Silva. Dezembro, 2018. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7945369&ts=1630433098252&disposition=inline>. Acesso em: 13 maio 2023).

⁸⁴⁸ Essa mesma disposição está na alínea e do n. 2 do artigo 9 do RGPD: “Se o tratamento se referir a dados pessoais que tenham sido manifestamente tornados públicos pelo seu titular”.

⁸⁴⁹ Inclusive, o Supremo Tribunal Federal já decidiu que a divulgação de salários de servidores públicos é legítima, uma vez que atende ao princípio da publicidade administrativa (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n° 652.777*. Relator Ministro Teori Zavascki. Brasília, 23 de maio de 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8831570>. Acesso em: 11 maio 2023).

possível o seu uso para diagnosticar eventual nepotismo na Administração Pública.”. Essa mesma lógica se aplicaria, segundo o autor, nos casos de certidões sobre processos judiciais para “aferir a capacidade de (in)solvência dos cidadãos, muito provavelmente, essa informação poderia ser utilizada para a análise de crédito. Por outro lado, seria questionável o seu uso para desclassificar o devedor-candidato em um processo de contratação.”⁸⁵⁰.

Essa lógica é igualmente transposta aos “dados manifestamente públicos”⁸⁵¹. Da mesma forma que no caso dos dados de acesso público, deve-se levar em consideração o contexto fático em que os dados pessoais foram disponibilizados pelo titular – o que não engloba os dados pessoais disponibilizados por terceiros – e a finalidade do tratamento pretendido pelo controlador. Porquanto o fato de os dados terem sido tornados públicos pelo titular não lhes tira a qualidade “pessoal”, sendo necessário avaliar a razoável expectativa do titular de seus dados virem a ser utilizados por outrem para outras finalidades.

Em outras palavras, ao ressaltar que os direitos dos titulares e os princípios previstos na norma estariam resguardados, o § 4º do artigo 7º da LGPD acaba por não autorizar o tratamento indiscriminado dos dados pessoais, ainda que manifestadamente públicos a partir de uma conduta do próprio titular. Ao contrário, retoma-se a acepção de compatibilidade entre a utilidade e as circunstâncias pelas quais os dados pessoais se tornaram públicos⁸⁵².

A título de exemplo, agentes de tratamento em geral não poderiam utilizar dados pessoais publicados de uma rede social (e.g. *Instagram*) – ainda que extraídos de perfis públicos e meramente identificativos – para fins de *marketing* e propaganda, já que tais dados pessoais se tornaram públicos pelo agente titular com a finalidade de se relacionar com as pessoas que integram o seu núcleo social. Por outro lado, seria compatível a utilização de dados pessoais constantes em perfis públicos de uma rede profissional (e.g., *LinkedIn*) por terceiros, como os conhecidos caça-talentos, para aproximar seus usuários às vagas profissionais de seu eventual interesse. Essa utilização é compatível com a finalidade não só da plataforma digital, como também da razão pela qual os dados pessoais foram disponibilizados pelo agente titular⁸⁵³.

Todavia, alguns doutrinadores⁸⁵⁴ acabam defendendo que essa lógica interpretativa teria sido alterada após as modificações trazidas pela Lei n. 13.853, de 14 de agosto de 2019, que acrescentou o § 7º no artigo 7º da LGPD sob a seguinte redação:

⁸⁵⁰ BIONI, 2019, p. 340 e 341.

⁸⁵¹ BIONI, 2019, p. 341; TEFFÉ, 2022, p. 289.

⁸⁵² BIONI, 2019, p. 341. No mesmo sentido, estão MOREIRA, 2019; e TEFFÉ, 2022.

⁸⁵³ Exemplos extraídos de BIONI, 2019, p. 341.

⁸⁵⁴ Cf. TEIXEIRA, João Pedro Ferraz. Legítimo Interesse e os Dados Tornados Públicos e de Acesso Público. In: OLIVEIRA, Ricardo; COTS, Márcio (Coords). *O Legítimo interesse e a LGPD*. 2. ed. rev., atual. e ampl. E-book. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, p. 150-176, 2021, p. 150.

§7º. O tratamento posterior dos dados pessoais a que se referem os §§ 3º e 4º deste artigo poderá ser realizado para novas finalidades, desde que observados os propósitos legítimos e específicos para o novo tratamento e a preservação dos direitos do titular, assim como os fundamentos e os princípios previstos nesta Lei.

A partir dessa alteração legislativa, acredita-se que a melhor interpretação da norma é de que a nova atividade de tratamento de “dados de acesso público” e de “dados tornados manifestamente públicos pelo titular” demanda uma causa de justificação (artigo 7º da LGPD) quando a finalidade desta atividade for efetivamente nova, ou seja, estranha e não compatível à finalidade original de disponibilização dos dados pessoais⁸⁵⁵. Destaca-se que o texto original proposto para o § 7º do artigo 7º da LGPD possuía a seguinte redação:

§7º. O tratamento de dado pessoal tornado manifestamente público pelo titular ou de acesso público poderá ser realizado para fim diverso daquele para o qual os dados pessoais foram coletados, se houver compatibilidade de finalidade, observados os propósitos legítimos e específicos do novo tratamento e a preservação dos direitos do titular previstos nesta Lei.

Todavia, essa redação foi alterada pela Comissão Mista destinada a emitir parecer sobre a Medida Provisória n. 869/2018, sob a seguinte justificativa:

Sobre a utilização de dados de acesso público e daqueles tornados manifestamente públicos para fins diversos, entendemos que a redação proposta é muito ampla. Por isso, propomos para esses casos o tratamento sem necessidade de consentimento, desde que propósitos legítimos e específicos, assim como respeitados os fundamentos e princípios desta Lei. Assim, acredita que haverá um balanço saudável entre a livre iniciativa e a criação de novos serviços com o direito à privacidade e intimidade⁸⁵⁶.

Se a intenção do legislador era restringir a amplitude do texto originário proposto, que estava pautado na compatibilidade entre as finalidades das atividades de tratamento, então a veiculação a uma hipótese legal é medida que se impõe, em prol do equilíbrio dos legítimos interesses dos agentes de tratamento e dos titulares de dados pessoais.

Um exemplo de utilização de dados pessoais “manifestamente tornados públicos” – não necessariamente pelos titulares – é o caso da reprodução da imagem, do nome, dos gestos e das emoções de jogadores de futebol em avatares de jogos eletrônicos, assim como de outros dados pessoais, como a data de nascimento, início da atividade profissional, posição em campo, times vinculados, remunerações e históricos de jogos, sem qualquer autorização.

⁸⁵⁵ Por isso que, quando da análise do legítimo interesse no subtítulo 3.5.2.9 desta pesquisa, pontuou-se que o fato de os dados pessoais serem públicos ou terem se tornados manifestamente públicos pelo titular podem servir como causa de justificação para o legítimo interesse.

⁸⁵⁶ BRASIL. Congresso Nacional. *Parecer sobre a medida provisória n. 869, de 28 de dezembro de 2018*. Relator Deputado Orlando Silva. Dezembro, 2018. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7945369&ts=1630433098252&disposition=inline>. Acesso em: 13 maio 2023.

Nos últimos cinco anos, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo julgou alguns casos envolvendo o uso da imagem e outros dados pessoais de jogadores de futebol em jogos eletrônicos cujos pedidos envolviam a pretensão indenizatória por danos morais e materiais, assim como a restituição do lucro da intervenção, diante da ausência de autorização expressa para utilização destes dados pessoais sob a tutela do direito à imagem⁸⁵⁷⁸⁵⁸.

Uma dessas demandas, porém, chama atenção na medida em que a empresa interventora sustentou que não utilizou a imagem dos jogadores, mas sim dados pessoais públicos – nome, data de nascimento, nacionalidade, início na atividade profissional, posição em campo etc. –, os quais foram extraídos dos *sites* dos próprios Clubes de Futebol⁸⁵⁹.

Dos fundamentos do voto da lavra da desembargadora relatora Marcia Dalla Déa Barone, percebe-se que o Tribunal estadual considerou que “não há a menor dúvida de que a requerida, utilizando-se de dados dos jogadores de futebol, capazes de identificá-los, compôs os jogos eletrônicos por si idealizados, fabricados e colocados à venda, e ainda obteve lucro com a atividade desenvolvida.”

E ainda que:

Embora alegue a defesa que facilmente obteve os dados utilizados nos jogos eletrônicos através de sítios eletrônicos, não se trata da hipótese de informações aleatórias e sim daquelas que identificam, com facilidade, cada jogador de futebol disponível na plataforma para que o jogador que assume a função de gerente possa negociar a formação de seu time. Ora, à evidência estamos à frente do uso da imagem-atributo, quando com os dados como nome, data de nascimento, nacionalidade, início na atividade profissional, posição que joga e características psicológicas como agressividade, bravura, criatividade, determinação, influência, e também características físicas tais como força, agilidade, equilíbrio e velocidade, é possível

⁸⁵⁷ Pode-se citar: BRASIL, TJ/SP. Primeira Câmara de Direito Privado. *Apelação Cível nº 1004920-93.2020.8.26.0100*. Rel. Des. Francisco Loureiro. São Paulo, 9 de março de 2021; BRASIL, TJ/SP. Décima Câmara de Direito Privado. *Apelação Cível nº 1003551-61.2020.8.26.0004*. Rel. Des. Jair de Souza. São Paulo, 28 de setembro de 2021; BRASIL, TJ/SP. Décima Câmara de Direito Privado. *Apelação Cível nº 1095146-47.2020.8.26.0100*. Rel. Des. J. B. Paula Lima. São Paulo, 11 de maio de 2021; BRASIL, TJ/SP. Décima Câmara de Direito Privado. *Apelação Cível nº 1078089-16.2020.8.26.0100*. Rel. Des. J. B. Paula Lima. São Paulo, 13 de maio de 2021; BRASIL, TJ/SP. Décima Câmara de Direito Privado. *Apelação Cível nº 1007907-78.2020.8.26.0011*. Rel. Des. J. B. Paula Lima. São Paulo, 15 de junho de 2021; BRASIL, TJ/SP. Nona Câmara de Direito Privado. *Apelação Cível nº 1076338-28.2019.8.26.0100*. Rel. Des. Ronnie Herbert Barros Soares. São Paulo, 20 de outubro de 2020; e BRASIL, TJ/SP. Nona Câmara de Direito Privado. *Apelação Cível nº 1016991-61.2019.8.26.0004*. Rel. Des. Mariella Ferraz de Arruda Pollice Nogueira. São Paulo, 24 de agosto de 2021.

⁸⁵⁸ É importante anotar que os casos citados estavam diretamente relacionados ao direito à imagem e não possuíam relação com o direito de arena. Em apertada síntese, extrai-se de um dos votos da lavra do Ministro Ruy Rosado de Aguiar sobre a temática: “[...] o direito de arena que a lei atribuiu às entidades desportivas limita-se à fixação, transmissão e retransmissão do espetáculo desportivo público, mas não compreende o uso da imagem dos jogadores fora da situação específica do espetáculo, como na reprodução de fotografias para compor álbum de figurinhas.” (BRASIL, STJ, Quarta Turma. *REsp. 46.420*, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Brasília, 5 de dezembro de 1994).

⁸⁵⁹ BRASIL, TJ/SP. Turma Especial. *Apelação Cível nº 1049665-61.2020.8.26.0100*. Rel. Des. Márcia Dalla Déa Barone. São Paulo, 9 de maio de 2022.

identificar o jogador, com facilidade. Todos os dados e características pessoais integram os atributos da personalidade humana e são, portanto, protegidos⁸⁶⁰.

No caso específico, embora sábias sejam as palavras de Schreiber de que “o próprio uso que se faz do dado pessoal, o que implica, muitas vezes, em violações a outros direitos da personalidade”⁸⁶¹, visto que a tutela da imagem, do nome, da voz, da liberdade religiosa, da liberdade sexual e da própria privacidade passaram a caminhar ao lado do direito fundamental à proteção de dados pessoais na sociedade contemporânea, entende-se que a questão envolvia menos a tutela da imagem-atributo⁸⁶² e mais a tutela da proteção dos dados pessoais.

Nesse compasso, acredita-se que a hipótese narrada é caso de violação ao direito à proteção de dados pessoais e das próprias diretrizes objetivas da norma de proteção. A empresa interventora não requereu a autorização necessária à utilização dos dados pessoais dos jogadores de futebol no jogo eletrônico, tampouco se pode recorrer a outra base legal elencada no artigo 7º da LGPD. Nota-se que, ainda que tais dados pessoais sejam “manifestadamente públicos”, deve-se levar em consideração que não se tornaram públicos por um ato próprio dos titulares (§4º do artigo 7º) – como ocorreria em uma publicação nas redes sociais – e, ainda que assim fosse, a finalidade da atividade desenvolvida pela agente interventora não possuía compatibilidade com a finalidade originária que os dados pessoais se tornaram públicos.

A par dessas considerações, caberia ao agente de tratamento fundamentar tal atividade em outra base legal e, no caso narrado, a base mais próxima a ser utilizada seria o legítimo interesse (inciso IX do artigo 7º), porém o lucro por si só não é causa de justificação e não permite a utilização de dados pessoais pelos agentes de tratamento.

À luz de Victor Benigno Porto:

[...] a adoção do fundamento de licitude legítimo interesse deve ser precedida de exame contextual e prévio, e resguardada a estreita consonância com as demais disposições referentes ao tratamento de dados pessoais constantes da legislação em vigor. Nessa situação, o teste de balanceamento sequer poderia ser realizado

⁸⁶⁰ BRASIL, TJ/SP. Turma Especial. *Apelação Cível nº 1049665-61.2020.8.26.0100*. Rel. Des. Márcia Dalla Déa Barone. São Paulo, 9 de maio de 2022.

⁸⁶¹ SCHREIBER, 2013, p. 138.

⁸⁶² Brevemente, anota-se que a doutrina nacional construiu uma classificação do direito em questão em imagem-retrato (representação gráfica total ou parcial da pessoa por meio de qualquer forma de representação que permita a identificação da imagem corporal) e imagem-atributo (conjunto de características que compõem a sua representação no trato social e que coincide com o conteúdo do direito à identidade pessoal). Na síntese de Maria Celina Bodin de Moraes e Carlos Nelson Konder, a imagem-atributo “seria lesionada através não simplesmente pela divulgação não autorizada da imagem, mas quando esta fosse veiculada de maneira ‘deformada’, não condizente com a identidade que o sujeito constrói socialmente. A tal ponto que se passou a defender a reconstrução classificatória do sentido de conceber um novo direito, o direito à identidade pessoal, que representa uma ‘fórmula sintética’ para destacar a pessoa globalmente considerada, de seus elementos, características e manifestações, isto é, para expressar a concreta personalidade individual [...]”. (BODIN DE MORAES, Maria Celina; KONDER, Carlos Nelson. *Dilemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 207).

adequadamente uma vez que o lucro é o pressuposto para o desenvolvimento de atividade empresarial e, embora não seja ilegal, não é, isoladamente considerado, suficientemente claro e concreto⁸⁶³.

Desta forma, entende-se que o caso se enquadra na hipótese de enriquecimento sem causa na modalidade da *condictio* por intervenção diante da violação ao direito à proteção de dados pessoais, podendo o titular ser restituído também no que tange ao lucro da intervenção.

Salienta-se que na grande maioria dos casos narrados, porém, o Tribunal estadual negou a possibilidade de restituir o lucro da intervenção sob a seguinte fundamentação:

Sucedo que, no caso dos autos, não se cogita da aplicação da norma subsidiária do art. 884 do Código Civil por se estar diante de violação direta a direito de imagem. De fato, a pretensão de restituição por enriquecimento indevido está condicionada à inexistência de outros meios de ressarcimento, conforme o art. 886 do Código Civil. [...]
Considerando que a causa de pedir envolve ato ilícito responsabilidade aquiliana e violação direta do direito de imagem e lucros cessantes, inviável invocar a norma subsidiária de ressarcimento do enriquecimento sem causa. [...]
Cumpre acrescentar, ademais, que é duvidoso o lucro de intervenção obtido pelas requeridas pela utilização indevida da imagem do autor no jogo de videogame individualmente considerada⁸⁶⁴.

No entanto, como bem delimitado no capítulo anterior, a pretensão ao lucro da intervenção pode ser cumulada com a pretensão indenizatória, não havendo o que se falar em subsidiariedade do instituto do enriquecimento sem causa nestes casos. Este foi, inclusive, o entendimento adotado pelo STJ no *leading case* do lucro da intervenção no Brasil⁸⁶⁵.

Por outro lado, a notoriedade da pessoa titular dos dados é causa determinante para análise da restituição do lucro da intervenção como disposto na decisão. Nota-se que o terceiro e último parâmetro a ser observado para verificação da possibilidade de restituir o lucro da

⁸⁶³ PORTO, 2022, p. 151. Importante lembrar que esta questão também foi tratada quando do estudo da base legal do legítimo interesse. *Vide*: nota 791. Salienta-se, em síntese, que a melhor interpretação do sentido da norma é de que o legislador nacional buscou o equilíbrio entre os interesses do controlador e dos titulares. Por isso, aceitar o lucro como fundamento ao legítimo interesse é dar um “cheque em branco” aos controladores e agir em desconformidade com a tutela do direito à proteção de dados pessoais.

⁸⁶⁴ BRASIL, TJ/SP. Primeira Câmara de Direito Privado. *Apelação Cível nº 1004920- 93.2020.8.26.0100*. Rel. Des. Francisco Loureiro. São Paulo, 9 de março de 2021.

⁸⁶⁵ Em pesquisa realizada no Tribunal de Justiça de São Paulo, a partir da ferramenta “pesquisa de jurisprudência” e da palavra-chave “lucro da intervenção”, foi possível identificar a presença de 28 apelações julgadas (em geral) e perceber que as Câmaras do Tribunal estão divididas e, parte delas, considera não ser possível cumular as pretensões indenizatória e restituitória, sendo uma das maiores causas de indeferimento do pedido do lucro da intervenção, ao lado da notoriedade da pessoa retratada – que a partir do olhar desta pesquisa é, pois, critério legítimo para a análise da possibilidade de restituição do lucro da intervenção –. Além disso, os próprios valores de mercado estão sendo “indenizados” e não restituídos, sob o manto da *condictio* por intervenção. Sob a questão dos dados pessoais dos jogadores, localizou-se apenas um julgado que concedeu a pretensão ao lucro da intervenção: BRASIL, TJ/SP. Décima Câmara de Direito Privado. *Apelação Cível nº 1016542-06.2019.8.26.0004*. Rel. Des. Jair de Souza. São Paulo, 30 de julho de 2021.

intervenção se traduz justamente na notoriedade do titular dos dados ou de qualidades pessoais que o diferencia – ao menos no que tange à restituição do lucro da intervenção no âmbito da tutela individual –, como se passa a analisar no próximo subtítulo.

3.8.3.3 A notoriedade e as qualidades pessoais do titular dos dados

A doutrina estrangeira considera que o uso da imagem de pessoa famosa não tem a mesma extensão do uso da imagem de uma pessoa não famosa⁸⁶⁶. Ou seja, a notoriedade da pessoa retratada seria critério determinante para a definição de restituição do lucro da intervenção nos casos de violação à imagem, uma vez que a lucratividade da imagem é incontroversa nas pessoas notórias, já que os fatos mais comuns da vida dessas pessoas podem ser aproveitados com fins lucrativos, obtendo-se um enriquecimento à custa de outrem.

Entre a civilística nacional, Lins defende que a notoriedade da pessoa retratada:

[...] pode ser um critério específico a ser considerado no cálculo do lucro da intervenção por usurpação da imagem, já que as regras ordinárias de experiência demonstram que, quanto mais conhecida é uma celebridade, maior é a sua exposição na mídia e maior será, portanto, a exposição de um dado produto por ela veiculado (CPC, art. 335), o que poderá – não necessariamente, mas possivelmente –, impulsionar as vendas daquele produto específico e contribuir para o lucro do interventor⁸⁶⁷.

O autor também disserta que o lucro da intervenção pode ser proveniente das qualidades pessoais únicas do titular do direito exprimíveis por meio da imagem, como ocorreu no caso do ciclista Lance Armstrong, vítima de câncer que vendeu mais de 70 milhões de pulseiras com os dizeres “Live Strong” para ajudar outras pessoas vítimas de câncer⁸⁶⁸.

A par dessas considerações, acredita-se que essa lógica deve ser transposta aos casos de tratamento indevido de dados pessoais, principalmente aqueles sensíveis e privados, uma vez que a notoriedade e as qualidades pessoais influenciam o modo como os direitos personalíssimos são tutelados também no ordenamento jurídico brasileiro.

Além disso, a publicação de informações relativas às pessoas por meio de vazamento de dados pessoais, a exemplo da publicação de mensagens de aplicativos (e.x. *WhatsApp* e

⁸⁶⁶ Por todos, *vide*: BASOZABAL ARRUE, 1998, p. 176-177; e MENEZES LEITÃO, 2005, p. 721.

⁸⁶⁷ LINS, 2016, p. 243. No mesmo sentido, KROETZ, 2005, p. 171.

⁸⁶⁸ LINS, 2026, p. 244. Anota-se que o autor ainda evidencia um outro critério, o “grau de destaque” que a imagem utilizada teve na campanha publicitária, por exemplo (Idem, p. 242). No entanto, não há concordância por parte dessa pesquisa, pois entende-se ser irrelevante que a imagem de uma pessoa notória ou mesmo os dados pessoais divulgados estavam na capa da revista ou nas demais páginas, mas sim a influência direta da imagem na comercialização. Ao tratar de uma campanha publicitária, ainda, a imagem de uma pessoa notória terá um grande destaque, pelo simples fato de ser aquela determinada pessoa e não se apareceu poucos ou muitos minutos.

Facebook Messenger), de e-mails, de exames médicos, de diagnósticos de doenças, de crenças religiosas e de dados da vida sexual, se tornou comum na sociedade da informação ou na sociedade do espetáculo⁸⁶⁹. No entanto, todas essas publicações são suscetíveis de produzir nítidas vantagens econômicas aos agentes interventores, muito diante da curiosidade do público em relação às pessoas notórias⁸⁷⁰, não fazendo sentido o titular dos dados não poder exigir do agente interventor a restituição do lucro da intervenção e dos valores de mercado, além da pretensão indenizatória pelos eventuais danos sofridos a partir da realidade fática.

A ilustrar, cita-se o recente caso da publicação, sem qualquer autorização, em uma conta na rede social *TikTok*, de e-mails enviados pela atriz Angelina Jolie ao ex-marido, Brad Pitt. Nos e-mails vazados, em síntese, a atriz de renome internacional detalhava as emoções e as angústias de sua decisão de vender o “*Chateau Miraval Winery*”, vinícola adquirida na constância da união, em prol dos dias de lazer em família, do qual ator é coproprietário⁸⁷¹.

Outro exemplo é o caso de uma bioquímica que teve seu nome e dados profissionais utilizados sem qualquer autorização por um laboratório localizado na Paraíba, com objetivo único de obter lucros junto ao convênio com o Sistema Único de Saúde (SUS)⁸⁷².

Em essência, o Laboratório de Análises Clínicas realizou a inclusão do nome e de dados profissionais da bioquímica (autora da ação) no Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde (CNES) na condição de responsável técnica pelas operações de saúde da mulher existentes no estabelecimento, porquanto para o SUS/CNES era obrigatório ter a qualificação técnica de citologia clínica para a inscrição do laboratório réu em seus quadros e o laboratório, por sua vez, não tinha profissional com tal qualidade técnica disponível.

Para além de outros possíveis debates, percebe-se que são as qualidades pessoais da titular que levaram à ingerência não autorizada do laboratório e, embora a demanda tenha sido julgada sob o manto da responsabilidade civil, entende-se o caso como hipótese de enriquecimento sem causa, podendo o laboratório interventor restituir eventual lucro da intervenção. Aliás, essa foi a conclusão do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba ao considerar que a indenização por danos materiais estabelecida em sentença é “justa e devida,

⁸⁶⁹ Expressão extraída de LLOSA, Mario Vargas. *A civilização do espetáculo*. Rio de Janeiro, Objetiva, 2013.

⁸⁷⁰ Na síntese conclusiva de Schreiber: “A fome do público pela vida alheia parece mesmo não ter limites.” (SCHREIBER, 2012, p. 184).

⁸⁷¹ VACCO-BOLAÑOS, Jessica. Angelina Jolie's Heartfelt Emotional Email to Brad Pitt Resurfaces in TikTok Video. *EtOnline*. Outubro, 2022. Disponível em: <https://www.etonline.com/angelina-jolies-heartfelt-emotional-email-to-brad-pitt-resurfaces-in-tiktok-video-192495>. Acesso em: 14 maio 2023.

⁸⁷² BRASIL. TJ/PB. Terceira Câmara Cível. *Apelação Cível n. 200.2009.026.228-4/001*. Des. Rel. José Aurélio da Cruz. João Pessoa, 18 de março de 2013. A ação chegou até o STJ, porém não houve julgamento do recurso, sob o fundamento de que “demandaria reexame do conjunto fático-probatório dos autos, providência não admitida no âmbito desta Corte, a teor da Súmula n. 7 do STJ”. (BRASIL. STJ. Quarta Turma. *AgInt no REsp n. 1.504.053/PB*. Relator Ministro Antonio Carlos Ferreira, Brasília, 19 out. 2020).

na medida em que condenou o proprietário do laboratório, ora recorrente, em valores equivalentes à metade dos lucros auferidos com mencionados exames, realizados durante o período em que o nome da apelada esteve cadastrado no sistema.”⁸⁷³.

Além dos exemplos citados, entende-se que outras duas práticas atuais podem se inserir enquanto violadoras do direito à proteção de dados pessoais e, a depender do caso concreto, dar luz à restituição do lucro da intervenção na realidade nacional.

A primeira delas é uma prática comercial conhecida como “*clickbait*” (caça-clique ou isca de cliques, em tradução livre), uma vez que permite a geração de tráfego *on-line* por meio de conteúdos enganosos, sensacionalistas ou de dados de pessoas notórias.

A estratégia comercial é “fisgar” a atenção dos usuários ao destacar uma informação, que não possui relação com o verdadeiro conteúdo vinculado, e gerar receitas de publicidade *on-line*⁸⁷⁴. No entanto, ao utilizar dados pessoais alheios sem fundamento legal, objetivando aumentar o tráfego ou o número de acessos da página, se está enriquecendo às custas de outrem e, conseqüentemente, o lucro auferido a partir de notícia “caça-clique” deverá ser restituído.

Registra-se que a aferição da remuneração pautada nos acessos e interações *on-line* possui como base as métricas de remuneração relacionadas a esse tipo de anúncio: custo por clique, custo por mil impressões, custo por aquisição, dentre outras. Sendo assim, quanto mais acessos um conteúdo com anúncios recebe, maior será a receita de seu criador, já que o desempenho do portal aumentará dentro das pesquisas nos buscadores *on-line*⁸⁷⁵.

A fim de ilustrar, cita-se o caso do apresentador de televisão alemão Günther Jauch, julgado pelo BGH em 21 de janeiro de 2021. Em apertada síntese, a TV Movie em uma postagem em sua página no Facebook em 2015 utilizou a imagem do apresentador e uma frase que dava a entender que este estava com câncer, porém a matéria não apresentava qualquer conexão com Günther Jauch. Diante desses fatos, o BGH manteve o entendimento das instâncias inferiores de que o uso da imagem do apresentador e a associação a um possível câncer, para atrair acesso a um conteúdo que com ele em nada se relacionava, caracterizaria a prática de “*clickbait*”, configurando hipótese de enriquecimento sem causa⁸⁷⁶. Notadamente,

⁸⁷³ BRASIL. TJ/PB. Terceira Câmara Cível. *Apelação Cível n. 200.2009.026.228-4/001*. Des. Rel. José Aurélio da Cruz. João Pessoa, 18 de março de 2013.

⁸⁷⁴ D’HANENS, Laetitia; SILVA, Gabriela Lima. Casos de *clickbait* e a teoria do lucro da intervenção aplicada ao direito de imagem. *Migalhas*. Janeiro, 2022. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/358557/casos-de-clickbait-e-a-teoria-do-lucro-da-intervencao-aplicada>. Acesso em: 14 maio 2023.

⁸⁷⁵ D’HANENS; SILVA, 2022.

⁸⁷⁶ O caso é citado por D’HANENS; SILVA, 2022. Ainda, em pesquisa, foi possível verificar que o BGH manteve a condenação que fixava a condenação da TV Movie limitada ao valor do preço de licença (valores de mercado) em 20.000 euros, diante da interpretação restritiva do §18 adotada na Alemanha. Para maiores informações, ler:

embora o caso citado envolva o uso indevido da imagem alheia, não quer dizer que tal entendimento não possa ser estendido aos demais casos de uso de dados pessoais.

Outra prática crescente na sociedade da informação são as *deepfakes*. Trata-se de uma técnica capaz de reconstruir artificialmente imagens, vídeos e sons a partir de uma infinidade de dados pessoais do titular deixados no ambiente virtual. Não se trata, por oportuno, de utilizar uma imagem ou a voz alheia, muitas vezes extraída de filmes ou publicações antigas, em uma campanha publicitária sem autorização do respectivo titular, mas sim de verdadeiras reconstruções artificiais ultrarrealistas que permitem a reprodução visual do indivíduo, assim como a sincronização da voz, lábios, gestos, expressões e emoções, muitas vezes a partir do mapeamento de características próprias de uma pessoa no corpo de outra, ou então a manipulação de áudios, a partir da reconstrução isolada da voz das pessoas⁸⁷⁷.

Na síntese conclusiva de Bobby Chesney e Danielle Citron, as *deepfakes* são verdadeiras “manipulações digitais de som, imagens ou vídeo para representar alguém ou fazer parecer que uma pessoa fez alguma coisa – e fazer isso de um modo cada vez mais realista, a ponto de o observador não conseguir detectar a falsificação.”⁸⁷⁸.

Não raras vezes, tem-se notícias da utilização de *deepfakes* na publicação de imagens e sons falsos na tentativa de chamar a atenção do público curioso, como ocorreu no caso de Mark Zuckerberg que aparecia em um vídeo afirmando: “imagine isso por um segundo: um homem, com controle total de bilhões de dados roubados, todos os seus segredos, suas vidas, seu futuro.”, assim como no caso das imagens do Papa Francisco vestido com roupas estilosas ou mesmo da cantora Ariana Grande, que cantava uma música da cantora Anitta⁸⁷⁹.

Dentre tantos outros possíveis exemplos⁸⁸⁰, pode-se mencionar que as *deepfakes* também estão sendo usadas na reconstrução de personagens e no melhoramento da atuação de atores e atrizes na indústria cinematográfica. A exemplo do filme *Rogue One: Uma História*

GÜNTHER Jauch siegt vorm BGH: Clickbaiting verletzt das allgemeine Persönlichkeitsrecht. *Legal Tribune Online*. Janeiro, 2021. Disponível em: https://www.lto.de/persistent/a_id/44058/. Acesso em: 15 maio 2023.

⁸⁷⁷ HESNEY, Bobby; CITRON, Danielle. *Deep fakes: a looming crisis for national security, democracy and privacy?*. Lawfare. Fevereiro, 2018. Disponível em: <https://www.lawfareblog.com/deep-fakes-looming-crisis-national-security-democracy-and-privacy>. Acesso em: 15 maio 2023; e

⁸⁷⁸ HESNEY; CITRON, 2018. Tradução livre de: “*It refers to digital manipulation of sound, images, or video to impersonate someone or make it appear that a person did something—and to do so in a manner that is increasingly realistic, to the point that the unaided observer cannot detect the fake.*”.

⁸⁷⁹ MOZELLI, Rodrigo. Deepfakes seguem à solta; ferramentas de detecção não acompanham ritmo. Olhar Digital. Maio, 2023. Disponível em: <https://olhardigital.com.br/2023/04/22/internet-e-redes-sociais/deepfakes-seguem-a-solta-ferramentas-de-deteccao-nao-acompanham-ritmo/>. Acesso em: 15 maio 2023; e AGUIAR, André. Os impactos da IA na indústria da música. Forbez. Maio, 2023. Disponível em: <https://forbes.com.br/forbes-tech/2023/05/os-impactos-e-oportunidades-da-ia-na-industria-da-musica/>. Acesso em: 22 maio 2023.

⁸⁸⁰ Para Hesney e Citron, as *deepfakes* são uma ameaça não só para os indivíduos, como também à própria segurança nacional e à democracia já que estão presentes na política, por exemplo (Cf. HESNEY; CITRON, 2018).

Star Wars que recriou a atriz Carrie Fisher como a icônica jovem Princesa Leia⁸⁸¹, bem como do ator Keanu Reeves que, depois de ver uma de suas cenas alteradas sem seu consentimento, introduziu uma cláusula expressa em seus contratos de vedação ao uso de *deepfakes*⁸⁸². Mais recentemente, a Volkswagen se utilizou desta prática em um comercial para divulgação de um automóvel, em que reuniu Elis Regina e Maria Rita ao som de “Como Nossos Pais”⁸⁸³.

Desse processo de reconstrução artificial, verifica-se que o cerne das *deepfakes* pode ser identificado como ambivalente, no rol maior do aspecto da personalidade, com ênfase nas relações do direito à imagem e no direito à proteção de dados pessoais, porquanto a voz, a imagem, os gestos e as expressões faciais também se qualificam como dados pessoais⁸⁸⁴. Uma vez que essas práticas sejam realizadas por pessoas jurídicas ou por pessoas físicas⁸⁸⁵, o tratamento dos dados pessoais deve ocorrer com fulcro nas disposições do artigo 11 da LGPD, mediante o consentimento do titular ou fundamentado em outra hipótese legal elencada⁸⁸⁶, uma vez que o contexto fático evidencia a sensibilidade dos dados pessoais.

Dito de outra forma, na ausência de um fundamento jurídico legítimo e lícito para a prática das *deepfakes* se deve considerar a possibilidade de restituição do lucro da intervenção no ordenamento jurídico nacional⁸⁸⁷, haja vista que a prática das *deepfakes* pode ser vinculada ao efetivo ganho (lucro) econômico para quem divulga a *deepfake* e, até mesmo, para as plataformas as quais estão vinculadas⁸⁸⁸.

⁸⁸¹ DAROS, Gabriel. Você na sua série favorita? Como o deepfake vai revolucionar cinema e TV. Agosto, 2022. Disponível em: <https://www.uol.com.br/tilt/noticias/redacao/2022/08/12/luz-camera-e-algoritmo-no-cinema-do-futuro-atores-contracenarao-com-ias.htm>. Acesso em: 22 maio 2023.

⁸⁸² SANTOS, Alisson. Keanu Reeves critica deepfakes e veta uso da tecnologia em contratos. *Olhar Digital*. Fevereiro, 2023. Disponível em: <https://olhardigital.com.br/2023/04/22/internet-e-redes-sociais/deepfakes-seguem-a-solta-ferramentas-de-deteccao-nao-acompanham-ritmo/>. Acesso em: 15 maio 2023.

⁸⁸³ CNN BRASIL. *Deepfake x IA: Comercial com imagem de Elis Regina abre discussão sobre perigos no futuro*. Julho, 2023. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/entretenimento/deepfake-x-ia-comercial-com-imagem-de-elis-regina-abre-discussao-sobre-perigos-no-futuro/>. Acesso em: 5 jul. 2023.

⁸⁸⁴ SILVA; Muriel; PRATA, Victor. A legalidade das deepfakes e seus reflexos na proteção de dados sensíveis e nos direitos da personalidade. Dezembro, 2019. Disponível em: https://inovalegal.org/a-legalidade-das-deepfakes-e-seus-reflexos-na-protecao-de-dados-sensiveis-e-nos-direitos-da-personalidade/#_ftnref5. Acesso em: 15 maio 2023.

⁸⁸⁵ Sendo respeitada as dispões do *caput* e do inciso I do artigo 4^a da LGPD: Esta Lei não se aplica ao tratamento de dados pessoais: I - realizado por pessoa natural para fins exclusivamente particulares e não econômicos.

⁸⁸⁶ Dentre todas as bases legais citadas na norma, acredita-se que as *deepfakes* podem ser aplicadas nos casos de pesquisas científicas.

⁸⁸⁷ Em defesa a possibilidade de restituir o lucro da intervenção nos casos de *deepfake* está MEDON AFFONSO, Filipe José. O direito à imagem na era das deep fakes. *Revista Brasileira De Direito Civil*. v. 27. 2021. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/438>. Acesso em: 15 maio 2023.

⁸⁸⁸ Para Hesney e Citron, é necessário dar uma resposta clara e efetiva à ameaça das *deepfakes*, o que pode ser feito, na perspectiva dos autores, por meio do desenvolvimento e difusão simultâneos de *software* capaz de sinalizar, de forma rápida e confiável, quando se está frente a uma *deepfake*. Se essa tecnologia passar a existir e for implantada nas principais plataformas de mídia social, ela contribuiria significativamente para amenizar os danos em larga escala. Além disso, tornar-se-ia igualmente necessário responsabilizar as plataformas pela eventual circulação dessas *deepfakes* (HESNEY; CITRON, 2018).

A verdade é que as pessoas, cada vez mais, irão interagir, externalizar opiniões, redigir e-mails, trocar mensagens, compartilhar ou armazenar fotografias, vídeos e áudios, fazer pesquisas, adquirir produtos e serviços, dentre centenas de outras possíveis atividades a serem realizadas no ambiente digital⁸⁸⁹. Quanto maior é o número de interações, maior é o fluxo de dados pessoais e maior é o número de novas atividades de tratamento, desde as mais simples publicações frente à curiosidade humana, até as mais complexas que demandam a reunião de inúmeros dados, e, como alerta Schreiber, “a massificação das relações sociais e econômicas torna cada vez mais difícil uma análise das informações em nível individual”⁸⁹⁰.

Por essas razões, acredita-se que a análise da restituição do lucro da intervenção também demanda a perspectiva coletiva, como se passa a analisar no próximo subtítulo.

3.8.4 A possibilidade de restituir o lucro da intervenção sobre a ótica coletiva

Em resposta à complexidade dos desafios promovidos pelas novas tecnologias, o ordenamento jurídico nacional reconheceu a possibilidade de defesa dos interesses e dos direitos dos titulares dos dados pessoais no âmbito coletivo (artigo 22 da LGPD), ou seja, reconheceu a defesa de direitos coletivos e a defesa coletiva de direitos.

Desse modo, os olhares da civilística nacional se voltaram ao delineamento da “dimensão coletiva da proteção de dados pessoais”⁸⁹¹, uma vez que o desenvolvimento tecnológico passou a proporcionar a expansão do tratamento de dados pessoais de forma a coletar e analisar quantidades inimagináveis de dados pessoais e, em muitos casos, as finalidades das atividades dos agentes de tratamento não estão voltadas à coleta de dados de uma pessoa específica, mas sim de grupos e classes de pessoas.

Dito de outra forma, muitos processos de tratamento não consideram os dados de um indivíduo em si, mas estes como parte integrante de um grupo caracterizado por fatores qualitativos comuns, ultrapassando a dimensão individual. Por isso, o nascimento das discussões sobre o direito à proteção de dados pessoais para grupos específicos e, via reflexa, a tutela indireta dos indivíduos (titulares dos dados) que constituem esse grupo⁸⁹².

⁸⁸⁹ ZAMPIER, 2021, p. 74. Na conclusão do autor, “Mais e mais a vida real vai se atualizando e migrando para o ambiente digital.” (Idem, p. 74).

⁸⁹⁰ SCHREIBER, 2013, p. 115.

⁸⁹¹ ZANATTA, Rafael A. F.; SOUZA, Michel R. O. A tutela coletiva na proteção de dados pessoais: tendências e desafios. In: DE LUCCA, Newton; ROSA, Cíntia. *Direito & Internet IV: Proteção de Dados Pessoais*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 16.

⁸⁹² ISZLAJI, Bárbara de Oliveira. *A (in)efetividade da tutela coletiva na proteção de dados pessoais*. Dissertação de mestrado em Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2022, p. 31.

Pense-se, por exemplo, nas atividades de análise de dados, como *data mining*⁸⁹³ e *machine learning*⁸⁹⁴, que permitem a formação de grupos a partir de algoritmos, já que ao coletar informações de nível individual ou classes de indivíduos semelhantes com base em perfis comportamentais, a própria tecnologia pode identificar ou criar esses grupos⁸⁹⁵.

Tal perspectiva doutrinária da proteção dos dados dos grupos está, entre outras, alicerçada na teoria da *group privacy* desenvolvida pelo professor Luciano Floridi da Universidade de Oxford⁸⁹⁶. Essencialmente, para o professor, existem situações que precisam ser consideradas na perspectiva da coletividade no âmbito da proteção de dados, visto que são os grupos, muitas vezes, o foco realmente interessante dos agentes de tratamento. E assim, deve-se levar em consideração a vulnerabilidade dos grupos e não somente do indivíduo⁸⁹⁷.

De acordo com a perspectiva de Floridi:

Devemos levar em consideração outros tipos de indivíduos, incluindo grupos. [...] Essa inclusão não deve ser muito difícil de ser alcançada. Afinal, já aceitamos como comum o fato de grupos como agentes poderem infringir a privacidade de alguém. Nos Estados Unidos, estamos acostumados a considerar como normal as ações coletivas (*class actions*) em que um grupo pode processar uma pessoa ou outro grupo. E na Europa, as organizações de consumidores apresentam reclamações em nome dos grupos que representam. Evidentemente, há casos em que a proteção de um direito exige um equilíbrio entre os agentes - que emitem a ação - e os pacientes - que recebem a ação -⁸⁹⁸.

Defende-se, assim, que os grupos podem ser titulares de direitos pela mesma lógica que os direitos são atribuídos às pessoas naturais (aos indivíduos), desde que o próprio grupo seja tratado como um indivíduo⁸⁹⁹. Significa dizer que o termo “titular dos dados” passa a ser utilizado para o “grupo” ou para o “indivíduo singular”, desde que em reconhecimento que o direito à proteção de dados pessoais do grupo pode ser mantido por qualquer indivíduo⁹⁰⁰.

⁸⁹³ Por *data mining* (mineração de dados, em tradução livre) se entende o processo pelo qual grandes bancos de dados são minerados, por meio de algoritmos, com o fim de extrair padrões de um determinado conjunto de dados e fornecer previsões baseadas em comportamentos passados (ISZLAJI, 2022, p. 19).

⁸⁹⁴ Recordar-se que o *machine learning* (aprendizagem de máquina, em tradução livre) é um subcampo da IA responsável pela habilidade de realizar o cruzamento de dados e extrair deles conhecimento ou realizar tarefas específicas, de forma autônoma. (DOMINGOS, 2017).

⁸⁹⁵ ISZLAJI, 2022, p. 33.

⁸⁹⁶ ZANATTA; SOUZA, 2019, p. 10; ISZLAJI, 2022, p. 29 e ss.

⁸⁹⁷ FLORIDI, Luciano. *Group Privacy: A Defense and an Interpretation*. Oxford Internet Institute. Junho, 2017. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3854483. Acesso em: 20 maio 2023.

⁸⁹⁸ FLORIDI, 2017, p. 20. Tradução livre de: “*We should take other kinds of individuals, including groups, into account. [...] After all, we already accept as ordinary the fact that groups as agents may infringe on someone’s privacy. In the United States, we are used to considering as normal collective lawsuits (class actions) in which a group may sue a person or another group. And in Europe, consumer organisations regularly bring claims on behalf of the groups they represent. Clearly, there are cases in which the protection of a right requires a balance between the agents, issuing the action, and the patients, receiving the action.*”.

⁸⁹⁹ FLORIDI, 2017, p. 3. Essa defesa também está em ISZLAJI, 2022; e ZANATTA; SOUZA, 2019.

⁹⁰⁰ MITTELSTADT, Brent. From Individual to Group Privacy in Big Data Analytics, *Philosophy & Technology*, v. 30, 2017, p. 484.

Seguindo as linhas mestras de Floridi, Brent Mittelstadt, defende que a *group privacy* deve ser entendida como o “direito à inviolabilidade da personalidade que visa proteger a integridade da identidade de um grupo, que não é redutível (ou seja, que não se reduz meramente à soma das identidades dos membros)”⁹⁰¹. A questão central passa a ser, assim, a identificação dos tipos de grupos que são titulares desse direito⁹⁰².

Nas acepções do autor, existem três tipos de grupos que se enquadram enquanto titulares deste direito: *collectives*, *ascriptives* e *ad hoc*. Os grupos entendidos como *collectives* são aqueles em que os membros compartilham traços e propósitos comuns e estão intencionalmente unidos em razão de interesses coletivos próprios (e.g. sindicatos). Os grupos classificados como *ascriptives* são aqueles determinados a partir de uma característica desenvolvida incidentalmente ou determinadas por herança (e.g. grupos étnicos). Os grupos *ad hoc* são aqueles cujos membros são reunidos em razão de um interesse de terceiro, de acordo com as características ou ligações percebidas entre esses membros, geralmente por tempo e propósito limitados (e.g. segmentos de mercado e grupos de *profiling*)⁹⁰³.

Tais grupos *ad hoc* podem ser determinados justamente por sistemas de classificação algorítmica como tipos de indivíduos com características ou interesses comuns, diante dos interesses próprios dos agentes de tratamento. Por isso, muitas vezes, os membros dos grupos *ad hoc* sequer sabem que estão enquadrados efetivamente em um grupo ou possuem conhecimento do modo em que os controladores estão tratando seus dados⁹⁰⁴.

Frente à assimetria entre organizações e os grupos evidenciada, entende-se que as discussões clássicas sobre a tutela de direitos coletivos *lato sensu* contribuem satisfatoriamente para solucionar os desafios decorrentes da dimensão coletiva da proteção de dados pessoais⁹⁰⁵.

Vale lembrar que a tutela coletiva na sistemática nacional abrange os direitos difusos, os direitos coletivos *stricto sensu* e os direitos individuais homogêneos. Em linhas gerais, os direitos difusos são caracterizados pela indeterminação absoluta dos titulares, que estão vinculados apenas diante de circunstâncias fáticas; os direitos coletivos *stricto sensu* são caracterizados pela indeterminação relativa, uma vez que os titulares estão vinculados entre si ou com a parte contrária a partir de uma relação jurídica-base; e os direitos individuais

⁹⁰¹ MITTELSTADT, 2017, p. 483-484. No original: “*Group privacy as a right to inviolate personality aims to protect the integrity of a group’s identity, which is non-reducible (i.e. not merely a sum of the identities of members)*”.

⁹⁰² Para o autor, o debate não diz respeito a se certos grupos devem ter direitos e interesses na prática, mas sim quais tipo de grupos são titulares de direitos (MITTELSTADT, 2017, p. 484).

⁹⁰³ MITTELSTADT, 2017, p. 484-485.

⁹⁰⁴ MITTELSTADT, 2017, p. 485.

⁹⁰⁵ Aliás o próprio autor considera que as *class actions* americanas seriam uma solução para a tutela dos grupos (MITTELSTADT, 2017, p. 487).

homogêneos são direitos subjetivos individuais e a qualificação “homogêneos” apenas proporciona um qualificativo instrumental (e não material), permitindo a defesa coletiva e a facilitação do acesso à justiça de interesses assemelhados⁹⁰⁶.

Nesse ínterim, assim como ocorre no direito ambiental e no direito do consumidor, a disciplina jurídica da proteção de dados pessoais é suscetível a envolver direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos na sistemática nacional⁹⁰⁷. Inclusive, diante da tradição brasileira no âmbito coletivo e da defesa do enfoque coletivo da proteção de dados pessoais – no sentido de que os grupos são titulares de dados e possuem controle sobre os fluxos de seus dados – ações coletivas já foram ajuizadas nos últimos anos⁹⁰⁸.

A par dessas considerações, acredita-se que a ingerência não autorizada em posições jurídicas asseguradas ao grupo – direitos transindividuais ou individuais homogêneos – pode acarretar não só uma obrigação de fazer ou de não fazer (e.g. corrigir ou suspender algum tratamento inadequado de dados) ou uma obrigação de indenizar (e.g. danos patrimoniais ou danos extrapatrimoniais), como também uma obrigação de restituir sob o manto do enriquecimento sem causa, compreendendo a restituição dos lucros da intervenção.

Em que pese inexistir tradição jurídica sobre a tutela do enriquecimento sem causa aplicada aos grupos, classes ou categorias de pessoas, quanto mais da própria sociedade, compreende-se que no momento em que há o reconhecimento dos grupos (em sentido *lato*) enquanto sujeitos de direito à proteção de dados pessoais (titulares e controladores do fluxo de seus dados), em meio à sociedade massificada e informacional contemporânea, se está preenchendo o suporte fático do requisito “às custas de outrem” – moldado na noção de conteúdo de destinação – da cláusula geral de enriquecimento sem causa.

⁹⁰⁶ ZAVASCKI, 2005, p. 27 e 30.

⁹⁰⁷ ISZLAJI, 2022, p. 101.

⁹⁰⁸ Entre os casos mais expressivos, pode-se citar: a) a ação civil pública movida pelo Ministério Público Federal em face da *Microsoft*, diante da ilegalidade do modelo de *opt-out* do *Windows 10* e da ausência de consentimento informado (BRASIL, TRF3. Processo nº 5009507-78.2018.4.03.6100, 9ª Vara Cível da Seção Judiciária. de São Paulo. São Paulo, 02 de dezembro de 2021); b) a ação civil pública movida pelo Ministério Público do Rio de Janeiro em face da *Decolar.com*, diante da prática de 'Geo-Blocking' (bloqueio da oferta com base na origem geográfica do consumidor) e de 'Geo-Pricing' (precificação diferenciada da oferta com base na origem geográfica do consumidor) (BRASIL, TJ/RJ. Processo nº 0018051-27.2018.8.19.0001. Em tramitação na 7ª Vara Empresarial da Comarca da Capital); c) a ação civil pública movida pelo Ministério Público de São Paulo em face da *ViaQuatro*, diante do tratamento de dados biométricos sem consentimento dos titulares ou fundamento em outra base legal (BRASIL, TJ/SP. Oitava Câmara Cível. *Apelação n. 1090663-42.2018.8.26.0100*. Rel. Des. Antônio Celso Faria. São Paulo, 10 de maio de 2023); e d) a ação civil pública movida pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios em face da *Serasa S.A.*, diante da venda de dados pessoais de mais de 150 milhões de brasileiros (BRASIL, TJDF. Segunda Turma Cível. *Apelação n. 736634-81.2020.8.07.0001*. Rel. Des. Cesar Loyola. Brasília, 27 de maio de 2021). Anota-se, por oportuno, que Associação Nacional dos Profissionais de Privacidade de Dados, desde 2021, vem monitorando as “violações LGPD” e elencando as ações individuais e coletivas que estão sendo ajuizadas no Brasil. Para maiores informações, ver: ANPPD. Portal das Violações. Disponível em: <https://anppd.org/violacoes>. Acesso em: 22 maio 2023.

Com efeito, o mercado evidenciou a existência de um valor comercial para os dados pessoais individual ou coletivamente, sobre a qual cabe o ordenamento jurídico conceder o aproveitamento econômico ao seu titular – indivíduo ou grupo –. Os dados pessoais são, a toda evidência, referências da pessoa humana e, diante da ausência de uma base legal para o tratamento de dados pessoais, cabe ao ordenamento jurídico pátrio destinar os lucros da intervenção aos seus legítimos titulares, ainda que sob o manto da tutela coletiva. Como evidencia Felipe Teixeira Neto, atualmente, “é absolutamente inviável a realização da pessoa humana fora de uma dimensão coletiva complementar àquela de caráter individual”⁹⁰⁹.

A hipótese do lucro por intervenção diz respeito às situações em que um determinado sujeito obtém um enriquecimento *lato sensu* através de uma ingerência, não autorizada, em direitos ou posições jurídicas alheias. Uma vez verificado, então, um lucro às custas de um grupo específico – ligado por circunstâncias fáticas, por uma relação jurídica-base ou diante de uma origem comum – e sem uma causa de justificação (artigos 7º e 11 da LGPD), deve-se reconhecer a pretensão do grupo em ser restituído quanto aos lucros da intervenção.

Nesse sentido, são as perspectivas de Rodrigo da Guia Silva:

A conceituação preliminar ora aventada parece possibilitar, ao menos em linha de princípio, a configuração de lucro da intervenção na hipótese de exploração não autorizada de bem ou direito de caráter não estritamente individual. A resolução de uma tal situação de lucro da intervenção possivelmente demandaria a aplicação dos instrumentos disponibilizados pelo ordenamento para a tutela dos direitos coletivos *lato sensu* (abrangidos os direitos individuais homogêneos, os direitos coletivos *stricto sensu* e os direitos difusos), do que de decorreria, por exemplo, conforme o caso, o reconhecimento de legitimidade ativa extraordinária e a destinação do montante da condenação a um fundo coletivo⁹¹⁰⁹¹¹.

Salienta-se, por oportuno, que a cláusula geral de enriquecimento sem causa consagrada na sistemática nacional é dotada de amplitude hermenêutica e a civilística sempre interpretou de forma alargada os requisitos “enriquecimento” e “às custas de outrem”. Por isso, acredita-se que não existem óbices legais para aplicabilidade do enriquecimento sem causa no âmbito coletivo, desde que respeitada a acepção de conteúdo de destinação do direito violado e a inexistência de uma causa de justificação. Nem mesmo a subsidiariedade do enriquecimento sem causa (artigo 886 do CC/2002) seria um óbice, já que as tutelas obrigacionais podem ser

⁹⁰⁹ TEIXEIRA NETO, Felipe. *Dano moral coletivo: a configuração e a reparação dano extrapatrimonial por lesão aos interesses difusos*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 249.

⁹¹⁰ GUIA SILVA, 2018, p. 300, nota de rodapé 198.

⁹¹¹ Dispõe o artigo 13 da ACP: Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados.

cumuladas, na medida em que a responsabilidade civil cuida do dano e sua extensão e o enriquecimento sem causa cuida do enriquecimento e sua extensão, como visto anteriormente.

Para além desta interpretação, o ordenamento jurídico pátrio caminha no sentido de reconhecer a possibilidade de restituição do lucro da intervenção sob o manto coletivo. Atualmente, está em tramitação o Projeto de Lei nº 1641/2021 que objetiva aprimorar a disciplina das ações coletivas no Brasil e, entre as inovações propostas, enuncia-se que a tutela coletiva é regida pelo princípio da “responsabilidade punitivo-pedagógica e restituição integral dos lucros ou vantagens obtidas ilicitamente com a prática do ilícito ou a ela conexas”⁹¹².

Em complementação, o §4º do artigo 45 do Projeto de Lei dispõe:

§4º Decorrido o prazo de dois anos contados do trânsito em julgado da decisão proferida na ação coletiva para a execução individual sem que tenha havido habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, ou dos lucros ou vantagens obtidas ilicitamente com a prática do ilícito ou a ela conexas, poderão os legitimados à ação civil pública promover a liquidação e execução da indenização devida⁹¹³;

Embora a proposta tenha reunido em um mesmo inciso (artigo 2º, inciso VI) a perspectiva da responsabilidade civil punitivo-pedagógica e a restituição integral dos lucros ou vantagens obtidas ilicitamente, entende-se que a melhor interpretação da proposta normativa é pelo reconhecimento da tutela do instituto do enriquecimento sem causa e não, pois, da multifuncionalidade da responsabilidade civil na perspectiva coletiva⁹¹⁴⁹¹⁵.

⁹¹² Atualmente, o Projeto de Lei está em tramitação na Câmara dos Deputados, apensado ao PL 4441/2020. Para maiores considerações, ver: BRASIL. Câmara dos Deputados. *Apresentação do Projeto de Lei n. 4441/2020*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2261966>. Acesso em: 20 maio 2023.

⁹¹³ Em apartada síntese, esse artigo refere-se a *fluid recovery* introduzida inicialmente no artigo 100 do CDC. De acordo com o entendimento do STJ, “a recuperação fluida (*fluid recovery*), prevista no art. 100 do CDC, constitui específica e acidental hipótese de execução coletiva de danos causados a interesses individuais homogêneos, instrumentalizada pela atribuição de legitimidade subsidiária aos substitutos processuais do art. 82 do CDC para perseguirem a indenização de prejuízos causados individualmente aos substituídos, com o objetivo de preservar a vontade da Lei e impedir o enriquecimento sem causa do fornecedor que atentou contra as normas jurídicas de caráter público, lesando os consumidores” (BRASIL. STJ, Terceira Turma. *REsp n. 1.955.899/PR*, Rel. Min. Nancy Andrighi, Brasília, 15 de março de 2022)

⁹¹⁴ Em defesa à multifuncionalidade, está: VENTURI, Elton. *A fluid recovery brasileira na atual jurisprudência do STJ e na proposta de reforma da Lei da Ação Civil Pública (PL 1641/21)*. *Migalhas*. Abril, 2023. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/384177/a-fluid-recovery-brasileira-na-atual-jurisprudencia-do-stj>. Acesso em: 04 abr. 2023. Para o autor “a multifuncionalidade da responsabilidade civil finalmente encontraria textura legislativa no ordenamento jurídico brasileiro, adequando-se seu regime jurídico às necessidades impostas pelas relações sociais do século XXI.”

⁹¹⁵ Em pesquisa, foi possível localizar uma Ação Civil Pública que possui pedido expresso para restituição do lucro da intervenção. Em síntese, trata-se de “Ação Civil Pública por Dano ao Meio Ambiente natural e por Dano Climático”, movida pela Advocacia-Geral da União (AGU), representando o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama), em face de Siderúrgica São Luiz Ltda e de Geraldo Magela Martins, sócio administrador, autuada sob o n.º 1010603-35.2019.4.01.3800 e em trâmite na 15ª Vara Federal Cível da Seção Judiciária do Estado de Minas Gerais. Interessante anotar que o pedido foi formulado com base da tese da multifuncionalidade da responsabilidade civil e, alternativamente, com fulcro no enriquecimento sem causa

Recorda-se que reconhecer a possibilidade de restituir os lucros da intervenção no âmbito da responsabilidade civil é desvirtuar a própria natureza do instituto, que não é a fonte de toda e qualquer resposta aos efeitos de uma conduta antijurídica. É o instituto do enriquecimento sem causa o responsável por cuidar dos efeitos vantajosos produzidos no patrimônio de um sujeito sem uma causa jurídica que o justifique e, em que pese a antijuridicidade não ser uma condição necessária para deflagrar o enriquecimento sem causa, nada impede que uma conduta antijurídica seja uma condição suficiente para tal deflagração⁹¹⁶.

Além disso, é possível encontrar na sistemática pátria a defesa da possibilidade de restituição do lucro da intervenção no cálculo do dano moral coletivo. Por isso, o próximo subtítulo analisará tais perspectivas teóricas e práticas⁹¹⁷.

3.8.5 A impossibilidade de restituir o lucro da intervenção enquanto dano moral coletivo

Rosenvald defende que “o dano moral coletivo é um neologismo que indica uma lesão extrapatrimonial a interesses difusos ou coletivos”, porém também pode ser entendido como “uma figura camaleônica, cuja funcionalidade destoa da aparente missão compensatória de danos, para alcançar objetivos associados aos *punitive damages* e ao *disgorgement*, conforme os critérios adotados pelos tribunais para a sua quantificação.”⁹¹⁸.

Percebe-se que o autor defende que o dano moral coletivo seja valorado no ordenamento jurídico brasileiro não como dano em sentido normativo, mas sim como uma espécie de pena civil a ser imposta ao agente ofensor, com foco na multifuncionalidade do instituto da responsabilidade civil. Sendo assim, uma vez verificada a ocorrência de lucros com a prática da conduta ilícita de natureza transindividual, caberá a inserção do “*skimming off*”, ou seja, da técnica da exclusão do lucro ilícito que realiza o cálculo da quantificação do dano moral coletivo a partir da estimativa do saldo positivo decorrente da transgressão coletiva⁹¹⁹.

(BRASIL. Justiça Federal da 1ª Região (15ª Vara Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais). *Autos n.º 1010603-35.2019.4.01.3800*. Disponível em: <https://portal.trfl.jus.br/sjmg/pagina-inicial.htm>. Acesso em: 15 abr. 2023).

⁹¹⁶ VISSER, 2019, p. 973.

⁹¹⁷ Apesar da tradução nacional das ações coletivas, a questão do dano moral coletivo não é posta com tanta clareza no ordenamento jurídico nacional, existindo autores que são contrários a essa possibilidade. Por isso, destaca-se que não serão analisadas todas as questões que envolvem o dano moral coletivo, mas sim aquelas pertinentes à temática do lucro da intervenção. Para maiores considerações, ler: FORMANSKI, Guilherme Crepaldi. *O dano moral coletivo e a crítica a um regime de responsabilidade por mera conduta*. Dissertação de mestrado em Direito. Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2023.

⁹¹⁸ ROSENVALD, 2019, p. 486. Nesse sentido, também estão FORTES, Pedro Rubim Borges; OLIVEIRA, Pedro Farias. A quantificação do dano moral coletivo. In: ROSENVALD, Nelson; TEIXEIRA NETO, Felipe (Coords.). *Dano moral coletivo*. Indaiatuba: Foco, p. 334-340, 2018.

⁹¹⁹ ROSENVALD, 2019, p. 494.

Essa questão parece ser defendida em algumas ações coletivas nos últimos anos, não propriamente sob o fundamento do *disgorgement* ou do *skimming off*, mas considerando que o dano moral coletivo seja valorado a partir dos lucros auferidos pelo agente ofensor.

Um exemplo é o caso da Linha Quatro do metrô de São Paulo, julgado no dia 10 de maio de 2023 pela 8ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo. Em apertada síntese, a Linha Quatro do metrô de São Paulo recebeu câmeras e sensores de monitoramento para a coleta de dados biométricos dos passageiros pela empresa concessionária responsável pela linha, sem prévio consentimento dos usuários-consumidores. A tecnologia empregada reconhecia não só a presença humana e coletava o número de usuários que transitavam entre as estações Luz, Paulista e Pinheiros na cidade, como também realizava a identificação das emoções, das reações, do gênero e da faixa etária de cada passageiro diariamente, sob a justificativa de que a tecnologia era utilizada para fins estatísticos e operacionais da linha e, por isso, estava em conformidade com as normas protetivas⁹²⁰.

Todavia, o caso cuidou de violação do direito à proteção de dados pessoais diante do tratamento de dados biométricos, sem o consentimento dos titulares ou de outra causa de justificação (artigo 11 da LGPD), para fins evidentemente econômicos, e foi analisado sob o manto da tutela coletiva, visto que a situação exposta demonstrou sua irradiação a todos os usuários-consumidores do serviço de transporte da Linha Quatro do Metrô.

Dentre os pedidos formulados pelo Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC), agente legitimado a ingressar com a ação civil pública (artigo 82, inciso IV, do CDC/90), estava a condenação da empresa interventora ao pagamento de danos morais coletivos não inferiores a R\$100.000.000,00 (cem milhões de reais). Para chegar neste valor, o IDEC considerou a capacidade econômico-financeira da empresa e os lucros líquidos auferidos no período em que as tecnologias foram instaladas na Linha Quatro do metrô e durante o ato de 2017, como se extrai da petição inicial:

Para balizar a quantificação dos danos coletivos objeto de reparação, é necessário considerar que, segundo dados divulgados pela própria Linha 4 Amarela, a média diária passa de 350 mil passageiros ou 700 mil pessoas transportadas por dia, conforme divulgado pela própria empresa ré.

Neste passo, se cada um destes 350 mil consumidores gasta, no mínimo, R\$4,00 (quatro reais) pelo pagamento do preço da passagem por dia, é certo que a empresa afere, no mínimo, cerca de R\$1.400.000,00 (um milhão e quatrocentos mil reais) por dia. Considerando-se, ademais, que as portas começaram a ser instaladas em Abril/2018, se excluir-se o mês de abril, computando-se os meses de maio até agosto de 2018 cheios, ou seja, 04 meses, a empresa aferiu cerca de R\$168.000.000,00 (cento

⁹²⁰ BRASIL, TJ/SP. Oitava Câmara Cível. *Apelação n. 1090663-42.2018.8.26.0100*. Rel. Des. Antônio Celso Faria. São Paulo, 10 de maio de 2023. Anota-se que só serão analisados os fundamentos que dizem respeito ao objeto da presente pesquisa.

e sessenta e oito milhões de reais) somente com passagens de trânsito pelas estações. Por outro lado, a Receita Bruta da Ré para 31/12/2017, conforme Relatório de Administração (Doc. 28), foi de R\$ 585.608.000,00 (quinhentos e oitenta e cinco milhões e seiscentos e oito mil reais), enquanto seu lucro líquido ficou em torno de R\$ 158.658.000,00 (cento e cinquenta e oito milhões, seiscentos e cinquenta e oito mil reais). Logo, Excelência, para fins de quantificação do dano moral, partindo-se da conta acima elaborada, bem como levando-se em conta a capacidade econômico-financeira da empresa, os danos morais coletivos a serem suportados pela Ré, não podem ser inferiores à R\$100.000.000,00 (cem milhões de reais).

Em primeiro grau, a demanda foi julgada parcialmente procedente, sob a ótica da disciplina da proteção de dados, do código de defesa do consumidor e do Estatuto da Criança e do Adolescente. Para o magistrado,

[...] a LGPD estabeleceu proteção especial aos dados pessoais sensíveis, autorizando o seu tratamento somente na hipótese de consentimento claro e específico pelo titular do dado, ou, sem o consentimento do titular, nas situações elencadas no rol do inciso II do artigo 11 da LGPD, não se vislumbrando nenhuma das hipóteses no caso.

Entendeu o magistrado *a quo*, ainda, que o reconhecimento facial, a detecção facial e a possibilidade da utilização das imagens captadas dos usuários do metrô – de adultos, crianças e adolescentes – ultrapassam o limite do tolerável e, por isso, condenou a empresa interventora a indenizar a coletividade por danos morais coletivos no patamar de R\$100.000,00 (cem mil reais), com fulcro nos parâmetros estabelecidos em sentença: (i) a razoável significância do fato transgressor e (ii) a repulsa social que desborde os limites da tolerabilidade.

Em segundo grau, o *quantum* indenizatório foi majorado para R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais). Do voto da lavra do ministro relator Antônio Celso Faria, é possível verificar que tal majoração ocorreu sopesando a conduta ilícita praticada pela empresa interventora, sendo esclarecido que, embora o contrato firmado entre o Estado de São Paulo e a Concessionária da Linha Quatro do Metrô de São Paulo S.A. indique o valor de R\$ 790.000.000,00 (setecentos e noventa milhões de reais) e que o contrato celebrado com empresa destinada ao tratamento desses dados biométricos totalize a monta de R\$ 3.815.150,50 (três milhões, oitocentos e quinze mil, cento e cinquenta reais e cinquenta centavos), não é possível considerá-los enquanto parâmetro para a fixação dos danos morais coletivos.

Percebe-se que, em que pese a tentativa de quantificação dos danos morais coletivos a partir dos lucros auferidos pela empresa interventora, o Tribunal negou tal possibilidade acertadamente. Dano e lucro não se confundem. O primeiro está localizado na esfera jurídica da vítima do evento danoso (enquanto prejuízo) e o segundo ocorre no patrimônio do agente ofensor (enquanto vantagem). Desta forma, o agente ofensor não terá que “indenizar” o lucro

aufenido em decorrência de sua intervenção na esfera jurídica alheia no âmbito da responsabilidade civil, tampouco terá o cálculo da indenização fulcrado neste, já que a responsabilidade civil está alicerçada e delimitada pelo dano e sua extensão.

Em que pese grande parte da doutrina e da jurisprudência nacional admita a possibilidade de a indenização por danos morais coletivos assumir um viés marcadamente punitivo-pedagógico⁹²¹, esse entendimento não permite atribuir um caráter preponderante ou exclusivo de pena privada para o valor arbitrado a título de indenização⁹²².

Guilherme Crepaldi Formanski bem evidencia que é necessário considerar que a existência do dano moral coletivo, em virtude de uma lesão a interesses difusos ou coletivos, demanda o comprometimento concreto da idoneidade dos bens jurídicos satisfazerem necessidades extrapatrimoniais de uma coletividade⁹²³. Significa dizer que o dano moral coletivo não pode ser uma solução para toda e qualquer conduta antijurídica, enquanto uma pena a ser estabelecida diante da prática de um ilícito, cabe observar a inidoneidade concreta do bem transformado satisfazer determinadas necessidades extrapatrimoniais coletivas⁹²⁴.

No mesmo sentido, Felipe Teixeira Neto considera que:

[...] é viável afirmar que o dano moral coletivo é aquele decorrente da lesão a um interesse de natureza transindividual titulado por um grupo indeterminado de pessoas ligadas por relação jurídica base (acepção coletiva estrita) ou por meras circunstâncias de fato (acepção difusa) que, sem apresentar consequências de ordem econômica, tenha gravidade suficiente a comprometer, de qualquer forma, o fim justificador da proteção jurídica conferida ao bem difuso indivisível correspondente, no caso, à promoção da dignidade da pessoa humana⁹²⁵.

Consequentemente, o autor também critica as posições doutrinárias e jurisprudenciais que atribuem esse caráter eminentemente punitivo ao valor arbitrado à título de dano moral coletivo, uma vez que a atribuição do papel exclusivamente punitivo (de pena privada), resultaria em uma desnaturalização do próprio instituto da responsabilidade civil⁹²⁶.

Por essas razões, acredita-se que a quantificação do dano moral coletivo deve ser restringida à perspectiva do dano (artigo 944 do CC/2002), levando-se em consideração o método bifásico da quantificação dos danos extrapatrimoniais. Logo, podem ser considerados

⁹²¹ De acordo com as recentes decisões do STJ, “[...] no dano moral coletivo, a função punitiva – sancionamento exemplar ao ofensor – é, aliada ao caráter preventivo – de inibição da reiteração da prática ilícita – e ao princípio da vedação do enriquecimento ilícito do agente, a fim de que o eventual proveito patrimonial obtido com a prática do ato irregular seja revertido em favor da sociedade.” (BRASIL. STJ. Terceira Turma. *REsp 1737412/SE*, Rel. Min. Nancy Andrighi, Brasília, 05 de fevereiro de 2019).

⁹²² FORMANSKI, 2023, p. 123.

⁹²³ FORMANSKI, 2023, p. 124.

⁹²⁴ FORMANSKI, 2023, p. 124; TEIXEIRA NETO, 2014, p. 170.

⁹²⁵ TEIXEIRA NETO, 2014, p. 178-179

⁹²⁶ TEIXEIRA NETO, 2014, p. 170.

enquanto critérios para a fixação do dano moral coletivo: a gravidade da lesão, a extensão do grupo atingido, a culpabilidade do agente, a condição econômica do ofensor e a reiteração de fatos semelhantes⁹²⁷. Contudo, o proveito econômico (ou simplesmente lucro) obtido com a conduta lesiva não é critério a compor o cálculo do dano⁹²⁸.

Ademais, a possibilidade de restituir o lucro da intervenção sobre a ótica do enriquecimento sem causa demonstra até mesmo maior segurança jurídica, já que existem critérios a serem observados para quantificação do lucro da intervenção. Ainda que se admita a “restituição integral dos lucros ou vantagens obtidas ilicitamente” como disposto no Projeto de Lei nº 1641/2021, é importante entender que a restituição sempre levará em consideração a parte do lucro (líquido) que foi obtida “às custas de outrem”, ou seja, a partir do direito alheio usurpado e pelo período em que ocorreu a lesão. Como corolário lógico, elimina-se a possibilidade de quantificar uma “indenização” com base no faturamento ou no lucro bruto obtido pelo agente interventor em um intervalo de tempo maior do que o da intervenção.

A par dessas considerações, passa-se a analisar os parâmetros para a determinação do *quantum* a ser restituído a título de lucros da intervenção.

3.9 A QUANTIFICAÇÃO DO LUCRO DA INTERVENÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A possibilidade de restituição do lucro da intervenção, como visto ao longo do capítulo anterior, está alicerçada na análise dinâmica das vantagens econômicas auferidas pelo agente interventor a partir do ato de intervenção em um direito ou posição jurídica alheia, proposta inicialmente por Walter Wilburg na Alemanha e seguida por alguns doutrinadores estrangeiros, a exemplo de Basozabal Arrue, Antunes Varela e Leite de Campos.

⁹²⁷ Em defesa ao método bifásico: FORMANSKI, 2023, p. 127; TEIXEIRA NETO, 2014, p. 288.

⁹²⁸ À luz de Sanseverino: “o método mais adequado para um arbitramento razoável da indenização por dano extrapatrimonial resulta da reunião dos dois últimos critérios analisados (valorização sucessiva tanto das circunstâncias como do interesse jurídico lesado). Na primeira fase, arbitra-se o valor básico ou inicial da indenização, considerando-se o interesse jurídico lesado, em conformidade com os precedentes jurisprudenciais acerca da matéria (grupo de casos). Assegura-se, com isso, uma exigência da justiça comutativa que é uma razoável igualdade de tratamento para casos semelhantes, assim como que situações distintas sejam tratadas desigualmente na medida em que se diferenciam. Na segunda fase, procede-se à fixação definitiva da indenização, ajustando-se o seu montante às peculiaridades do caso com base nas suas circunstâncias. Partindo-se, assim, da indenização básica, eleva-se ou reduz-se esse valor de acordo com as circunstâncias particulares do caso (gravidade do fato em si, culpabilidade do agente, culpa concorrente da vítima, condição econômica das partes) até se alcançar o montante definitivo. Procede-se, assim, a um arbitramento efetivamente equitativo, que respeita as peculiaridades do caso. Chega-se, com isso, a um ponto de equilíbrio em que as vantagens dos dois critérios estarão presentes. De um lado, será alcançada uma razoável correspondência entre o valor da indenização e o interesse jurídico lesado, enquanto, de outro lado, obter-se-á um montante que corresponda às peculiaridades do caso com um arbitramento equitativo e a devida fundamentação pela decisão judicial.” (SANSEVERINO, 2010, p. 288-289).

Em essência, essa acepção dinâmica considera que o agente interventor deve restituir tudo o que foi obtido “à custa de outrem” e não somente o valor objetivo do uso, consumo ou fruição, como defendido por von Caemmerer na Alemanha. Significa dizer que o titular do direito violado deverá ter restituído não só os valores de mercado, como também os lucros da intervenção, na medida em que os últimos forem produzidos a partir de seus direitos subjetivos absolutos ou posições jurídicas análogas, posto que não há motivos legítimos para que o enriquecido conserve a parcela do acréscimo patrimonial superior ao valor objetivo dos direitos utilizados sem autorização e imputável economicamente a estes⁹²⁹.

Nota-se que a grande vantagem da tese de von Caemmerer está na facilidade de quantificar o montante da restituição a partir do valor de mercado ou do valor normalmente contratado daquele direito violado. Todavia, como sustenta Michelin Júnior, a falha desta doutrina está na própria interpretação objetiva do § 818 do BGB, justamente pelo fato de que seu único foco está no patrimônio do titular do direito, ou seja, no conteúdo econômico potencial de seus direitos, e não na interação deste com o patrimônio do interventor, que é, para o autor nacional, o modo correto de entender as relações de direito restitutivo⁹³⁰.

Soma-se ainda o fato de que excluir a possibilidade de restituição do lucro da intervenção acaba, muitas vezes, estimulando o próprio agente interventor a agir de má-fé ao intervir nos direitos alheios. Segundo Vieira Gomes, existe a possibilidade de ocorrer um curto-circuito do contrato ao considerar apenas os valores de mercado como o objeto de restituição. As transações voluntárias e as preferências individuais, para o autor, são preferíveis às transações involuntárias, como são as intervenções nos direitos alheios⁹³¹.

Em sentido semelhante, Leite de Campos defende:

O intrometido será estimulado a agir em detrimento da esfera jurídica alheia elevando do que o valor objectivo dos bens alheios e do que os prejuízos causados ao titular do direito. A intromissão ficará sem sanção, não se evitando, portanto, a sua repetição, quer por parte do agente quer das outras pessoas (prevenção especial e geral, respectivamente)⁹³².

Sob essas perspectivas gerais, a civilística nacional vem propondo alguns parâmetros para o cálculo da restituição a partir da análise dinâmica do objeto da restituição do enriquecimento sem causa, englobando a devolução do lucro da intervenção e dos valores de mercado (o enriquecimento clássico já restituído na sistemática nacional).

⁹²⁹ LEITE DE CAMPOS, 1974, p. 489 e 491. No mesmo sentido, está: ANTUNES VARELA, 2000, p. 491-493.

⁹³⁰ MICHELON JÚNIOR, 2007, p. 237-238.

⁹³¹ VIEIRA GOMES, 1998, p. 755-756.

⁹³² LEITE DE CAMPOS, 1974, p. 488.

De acordo com Michelin Júnior, a chave para quantificação do montante da restituição na sistemática nacional é a expressão “às custas de outrem” elencada no próprio artigo 884 do Código Civil de 2002. Por isso, deve-se analisar a situação “patrimonial” do patrimônio do agente interventor para a determinação de qual parcela do lucro obtido com o ato de intervenção deve ser efetivamente restituída. Ou seja, deve-se analisar qual teria sido a contribuição relativa dos diversos fatores que contribuíram para a geração desse lucro da intervenção⁹³³.

No mesmo sentido, Savi defende que para análise da restituição do lucro da intervenção se deve partir do enriquecimento “patrimonial” e, assim, verificar o grau de contribuição de cada um dos partícipes (titular do direito e interventor) e, ao final, deve-se partilhar proporcionalmente o lucro obtido com a intervenção. Ademais, o montante a ser restituído ao titular jamais poderá ser inferior ao enriquecimento “real” do interventor (ao valor de mercado), uma vez que esta é a contribuição mínima do titular do direito para o lucro obtido pelo agente interventor. A única exceção, então, será quando restar comprovado que o interventor agiu de boa-fé, ou seja, quando for possível aferir que o agente interventor agiu com fundada crença de que estava atuando sobre seus próprios bens⁹³⁴. Nas palavras do autor, “só assim estar-se-á transferindo ao titular do direito o lucro que foi obtido à sua custa”⁹³⁵.

Esse entendimento foi adotado pelo Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, relator do *leading case* do lucro da intervenção no Brasil. Retornando ao caso em partes analisado anteriormente, percebe-se que a Corte Superior reformou os parâmetros quantitativos utilizados pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro para fixação do lucro da intervenção.

Inicialmente, o Tribunal estadual limitou o objeto da restituição a título de lucro da intervenção em 5% (cinco por cento) do volume de vendas do produto, baseado no seu preço de comercialização (preço de saída da mercadoria da fábrica), no período compreendido entre o início da associação do produto à imagem da atriz e a cessação da circulação da propaganda indevida⁹³⁶. No entanto, o Ministro relator considerou que a restituição do lucro da intervenção deve partir da análise efetiva do enriquecimento do interventor às custas do titular do direito violado, como se infere dos trechos:

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".

⁹³³ MICHELON JÚNIOR, 2007, p. 239.

⁹³⁴ SAVI, 2012, p. 140-141. No mesmo sentido, LINS, 2016, p. 188.

⁹³⁵ SAVI, 2012, p. 140-141. No mesmo sentido, LINS, 2016, p. 188.

⁹³⁶ Não é possível localizar os motivos que levaram o Tribunal estadual à fixação de 5% (cinco por cento) do lucro auferido pelo agente interventor, uma vez que não há fundamentação ao longo do acórdão sobre essa questão.

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 [...].

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 interventor⁹³⁷.

Outrossim, a Corte Superior considerou que não é razoável deixar ao arbítrio do julgador a fixação de um percentual aleatório e, por isso, firmou quatro diretivas, para que um perito técnico, na condição de auxiliar da Justiça, encontre o melhor método de quantificação do que foi auferido “às custas de outrem”:

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 jurídica⁹³⁸⁹³⁹.

Embora seja indiscutível que sempre haverá certa dose de discricionariedade do juízo para a fixação do lucro da intervenção⁹⁴⁰, por certo, não há como deixar a critério do julgador a fixação de parâmetros para a quantificação do lucro da intervenção. Por isso, acredita-se que o ponto de partida para a elucidação do objeto da restituição realmente está no pressuposto de obtenção “à custa de outrem”, conjugado com a expressão restituir o “indevidamente auferido”, constante no *caput* do artigo 884 do Código Civil de 2002⁹⁴¹.

Além disso, não se pode desconsiderar que o agente interventor pode ter agido de boa-fé ao intervir na esfera jurídica de outrem, bem como que este empregou aquele determinado bem ou direito alheio e só após este emprego obteve efetivamente lucros.

⁹³⁷ BRASIL, STJ. Terceira Turma. *REsp 1698701/RJ*, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Brasília, 02 de outubro de 2018.

⁹³⁸ *Idem*.

⁹³⁹ Em pesquisa realizada junto ao Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, verificou-se que até a presente data a atriz não apresentou liquidação de sentença para apuração do lucro da intervenção.

⁹⁴⁰ Nas palavras de Leite de Campos, “a latitude que é deixada ao critério do julgador é um preço que tem de se pagar pela inegável justiça” (LEITE DE CAMPOS, 1974, p. 493). O próprio STJ, inclusive, acaba reconhecendo a generalidade e a abrangência do último parâmetro elencado, como se infere: “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.” (*Idem*, 2022).

⁹⁴¹ Nesse sentido também estão: SCHREIBER; GUIA SILVA, 2018, p. 200; e KROETZ, 2005, p. 80 e ss.

Essa interpretação parece estar, inclusive, nas próprias raízes da obrigação de enriquecimento sem causa, mormente nas acepções da máxima de Ulpiano, “*suum cuique tribuere*” (dar a cada um o que é seu). É a análise dos fatores que contribuíram para a obtenção das vantagens auferidas a partir da intervenção, considerando o patrimônio do interventor e sua atuação, que torna pertinente aferir o montante a ser restituído a título de lucro da intervenção.

Todavia, antes de analisar esta perspectiva e os critérios apontados pela doutrina nacional para quantificação do lucro da intervenção, torna-se importante desvincular a classificação da *condictio* por intervenção à teoria do duplo limite, que nos idos de 1950, restou muito citada na doutrina nacional para a quantificação do objeto da restituição.

3.9.1 A impossibilidade de aplicação da teoria do duplo limite

Nos primeiros anos de aplicação do enriquecimento sem causa, a doutrina nacional acabou defendendo a aplicação da teoria do duplo limite para quantificação da obrigação de enriquecimento sem causa, seguindo uma tradição doutrinária francesa e italiana⁹⁴².

A teoria do duplo limite considera, em essência, duas medidas para a realização do cálculo do objeto a ser restituído a título de enriquecimento sem causa: o enriquecimento do devedor e o empobrecimento ou “dano” suportado pelo credor⁹⁴³. Segundo seus defensores, a partir da identificação dessas duas quantias seria possível aferir, em relação ao direito restitutivo em geral, quatro diferentes critérios de quantificação do valor a ser restituído, a saber: a) o valor a restituir seria o equivalente pecuniário do empobrecimento sofrido pelo credor; b) o valor a restituir seria o do enriquecimento efetivamente conseguido pelo devedor; c) o valor a restituir seria aquele que fosse menor entre enriquecimento e empobrecimento; ou ainda, d) o valor a restituir seria aquele maior entre o enriquecimento e empobrecimento⁹⁴⁴.

Em relação ao enriquecimento sem causa, tanto a doutrina italiana quanto a francesa, defendem a aplicação da terceira solução elencada. Isto é, a restituição corresponderia ao menor valor em relação ao enriquecimento do devedor e ao empobrecimento do credor⁹⁴⁵.

Nas palavras de Nanni:

Pela teoria do duplo limite, o empobrecido tem direito à restituição do menor valor entre o empobrecimento e enriquecimento. [...] Se da vantagem injustamente obtida surgir um enriquecimento superior ao empobrecimento, o pleito do empobrecido

⁹⁴² MICHELON JÚNIOR, 2007, p. 234.

⁹⁴³ MICHELON JÚNIOR, 2007, p. 234.

⁹⁴⁴ MICHELON JÚNIOR, 2007, p. 234.

⁹⁴⁵ MICHELON JÚNIOR, 2007, p. 235.

estará limitado ao valor do empobrecimento e não àquele superior, pois passaria a ser enriquecido⁹⁴⁶.

Para ilustrar a aplicação desta teoria, Noronha aponta um exemplo envolvendo benfeitorias necessárias e úteis realizadas por um possuidor de boa-fé, quando estava em poder da coisa. Suponha-se que a coisa valia 500 e o possuidor despendeu 50, ficando a coisa valorizada em 100 a partir do dispêndio do possuidor. Embora o proprietário vá receber a coisa valorizada em 100, o possuidor só poderá exigir os 50 que efetivamente despendeu, embora com atualização do seu valor monetário⁹⁴⁷. Isso porque é o menor dos dois valores, entre enriquecimento e empobrecimento, o objeto a ser restituído para a teoria do duplo limite.

Todavia, nos casos de intervenção não autorizada nos direitos alheios não há como sustentar a aplicação da teoria do duplo limite, que é rejeitada ou reinventada pela doutrina dos países que acabaram seguindo a tradição dualista germânica de enriquecimento sem causa, como Portugal e Espanha, e vem sendo questionada pela doutrina nacional⁹⁴⁸.

A crítica portuguesa à teoria do duplo limite se inicia na própria acepção de “dano” suportado pelo credor (ou titular do direito), no sentido de diminuição patrimonial do credor, como um critério relevante para a quantificação do objeto a ser restituído, pois estaria se tutelando as hipóteses de deslocação patrimonial, mas estariam excluídas da pretensão de enriquecimento sem causa todas as hipóteses de intervenção nos direitos alheios⁹⁴⁹.

Quem editasse obra literária ou musical alheia, sem autorização, não teria que restituir qualquer parcela dos lucros, diante da ausência de um “dano” por parte do titular do direito ou quando se provasse que este não realizaria a exploração econômica do bem. Ou ainda, quem se instalasse em casa alheia nada teria que pagar ao proprietário, uma vez averiguado que este não gozaria as utilidades proporcionadas pela casa naquele período utilizado pelo interventor⁹⁵⁰.

Nas palavras de Pereira Coelho, na “versão tradicional e corrente, a doutrina do duplo limite não merece a nossa concordância”. Para a *condictio* por intervenção, importa apenas a circunstância de determinado valor se achar no patrimônio de A, quando o lugar dele é no

⁹⁴⁶ NANNI, 2004, p. 282.

⁹⁴⁷ NORONHA, 1991, p. 66.

⁹⁴⁸ Entre os doutrinadores nacionais, pode-se citar: NANNI, 2004, p. 282; SAVI, 2012, p. 126; LINS, 2016, p. 129; GUIA SILVA, 2018, p. 158 e ss.; MORAES, 2021, p. 342 e ss., e KONDER, Carlos Nelson; SAAR, Patrick. A relativização do duplo limite e da subsidiariedade nas ações por enriquecimento sem causa. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coords.). *Da dogmática à efetividade do direito civil*: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional – IV Congresso do IBDCivil. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 151.

⁹⁴⁹ LEITE DE CAMPOS, 1974, p. 458.

⁹⁵⁰ LEITE DE CAMPOS, 1974, p. 459.

patrimônio de B, ou seja, importa só que em face da ordem de atribuição ou destinação dos bens seja o patrimônio de B o lugar do valor que está no patrimônio de A⁹⁵¹.

No mesmo sentido, Menezes Leitão expõe que no direito português:

[...] é metodologicamente inadequado considerar a obrigação de restituição como duplamente limitada pelo enriquecimento e pelo empobrecimento, conforme tem vindo a fazer a nossa doutrina, havendo antes, como aliás refere o art. 479, n.º 1, que determinar primariamente, consoante a categoria de enriquecimento sem causa, o que se obteve à custa de outrem, para depois se averiguar se o enriquecimento ainda subsiste no momento do conhecimento da sua ausência de causa (art. 479, n.º 2)⁹⁵².

Nota-se, portanto, que a doutrina do duplo limite não é pertinente às hipóteses da *condictio* por intervenção. Ao contrário, está muito mais adequada aos casos de efetivo deslocamento patrimonial, pois presentes os critérios “enriquecimento” e “empobrecimento”. Entretanto, parte da doutrina nacional vem defendendo a superação dessa construção teórica, outros, como Noronha⁹⁵³, militam no sentido de permanência da teoria desde que limitada aos casos de deslocamento patrimonial. Há, ainda, quem defenda sobre a possibilidade de adequação da teoria do duplo limite ao enriquecimento por intervenção.

Segundo Savi, a aplicação da teoria do duplo limite, além de não encontrar fundamento na legislação brasileira, acaba impedindo a utilização do instituto do enriquecimento sem causa para retirar do patrimônio do ofensor o lucro da intervenção, e, como corolário lógico, defende a inaplicabilidade desta construção teórica no ordenamento jurídico brasileiro⁹⁵⁴.

Aos olhos de Carlos Nelson Konder e Patrick Saar, o problema da teoria do duplo limite está só no fato de inexistir um “dano” no caso de intervenção dos direitos alheios, assim como na própria exigência do pressuposto do “dano” em um instituto que não possui como escopo o patrimônio do indivíduo que sofrera a intervenção, mas sim o patrimônio do agente enriquecido com a intervenção. Por isso, o enfoque no “dano” refere-se, para os autores, ao instituto da responsabilidade civil e não ao do enriquecimento sem causa⁹⁵⁵.

Por outro lado, Michelin Júnior acaba defendendo uma nova versão da própria teoria do duplo limite, a partir da correta compreensão da noção de conteúdo de destinação, apresentada anteriormente. A noção de “empobrecimento” ou “dano”, segundo o autor, é esvaziada em benefício de uma limitação do valor do enriquecimento a ser restituído, por meio da noção de que o enriquecimento deve ter uma conexão causal com os direitos de outrem.

⁹⁵¹ PEREIRA COELHO, 1970, p. 50.

⁹⁵² MENEZES LEITÃO, 2005, p. 873-874.

⁹⁵³ Para Noronha, a teoria ainda seria aplicada nos casos da transferência patrimoniais (NORONHA, 1991, p. 66).

⁹⁵⁴ SAVI, 2012, p. 126.

⁹⁵⁵ KONDER; SAAR, 2017, p. 151.

Afirmando, assim, que é essa interpretação que o direito positivo brasileiro parece reclamar por meio da utilização da expressão “à custa de outrem” no artigo 884 do CC/2002⁹⁵⁶.

Todavia, a teoria do duplo limite, tal qual esposada na doutrina tradicional francesa e italiana, não se mostra adequada à tradição brasileira. Não só a doutrina civilista dedicada ao estudo do enriquecimento sem causa, como também a jurisprudência nacional, desde a codificação não defendem ou aplicam esta construção teórica. Em que pese Agostinho Alvim nos idos de 1950 defender a sua aplicação⁹⁵⁷, a redação da cláusula geral de enriquecimento sem causa se mostra próxima ao sistema germânico de enriquecimento sem causa e, portanto, o fundamento primeiro deste instituto está na doutrina de conteúdo de destinação.

A esse respeito, Lins bem pontua que não há qualquer regra que limite o valor da restituição no direito brasileiro⁹⁵⁸. As expressões “à custa de outrem” e “indevidamente auferido” devem ser lidas à luz da teoria do conteúdo da destinação, aplicável à *condictio* por intervenção, pois a tutela do enriquecimento sem causa está no próprio aproveitamento econômico dos direitos de outrem. Ademais, não pode o operador do direito limitar o objeto da restituição a um critério que sequer está positivado no ordenamento jurídico pátrio. Tanto que a própria doutrina portuguesa, após a recepção do entendimento alemão em Portugal, passou a defender, com exceção de Menezes Cordeiro, que o limite da obrigação de restituir é o enriquecimento e abandonou definitivamente a concepção tradicional de empobrecimento⁹⁵⁹.

Desta forma, entende-se ser inaplicável a teoria do duplo limite no ordenamento jurídico nacional e, assim, o cálculo do objeto a ser restituído deve considerar apenas as vantagens presentes no patrimônio do agente interventor a partir do ato de intervenção.

3.9.2 Parâmetros gerais para restituição do lucro da intervenção no Brasil

Estabelecido que a aferição do quantitativo a ser restituído a título de enriquecimento sem causa deve partir da análise exclusiva do patrimônio do agente enriquecido, passa-se a verificar os parâmetros próprios para quantificação do lucro da intervenção.

À luz do *caput* do artigo 884 do Código Civil de 2002, a doutrina nacional interpreta a locução “enriquecer à custa de outrem” como a necessidade de que o “enriquecimento

⁹⁵⁶ MICHELON JÚNIOR, 2007, p. 236.

⁹⁵⁷ Para Alvim, “se o enriquecimento for superior ao empobrecimento, que acontece? Suponha-se: enriquecimento doze e empobrecimento dez. A medida será então o empobrecimento, porque, de outra maneira, o empobrecido passaria a enriquecido, recebendo além do necessário para o reequilíbrio do seu patrimônio. O ponto de vista que nos parece acertado é o dos autores que mandam que se considere o menor valor” (ALVIM, 1957, p. 19).

⁹⁵⁸ LINS, 2016, p. 139.

⁹⁵⁹ Cf. MENEZES LEITÃO, 2005, p. 872.

seja imputável economicamente aos bens jurídicos alheios”⁹⁶⁰, assim como defende que o parâmetro inicial a ser considerado para aferição do montante da restituição está nas acepções de “enriquecimento real” e “enriquecimento patrimonial”.

Desta forma, passa-se a compreender tais acepções de enriquecimento.

3.9.2.1 A concepção “real” e “patrimonial” de enriquecimento

O primeiro critério traçado – não só pela doutrina brasileira, como também pela doutrina alienígena – é a determinação do próprio enriquecimento *lato sensu*, que irá variar de acordo com a concepção adotada: “enriquecimento real” e “enriquecimento patrimonial”.

De acordo com as disposições de Savi, a noção de “enriquecimento real” está vinculada diretamente ao valor objetivo do enriquecimento e equivale ao valor objetivo da vantagem adquirida, ou seja, ao valor do uso do bem ou direito incorporado ao patrimônio enriquecido. Já o “enriquecimento patrimonial” está vinculado à comparação da situação em que o patrimônio enriquecido se encontra (situação real) e aquela em que se encontraria se não tivesse ocorrido o ato de intervenção no direito alheio (situação hipotética)⁹⁶¹.

Se, por exemplo, A usa sem autorização uma determinada coisa de B ou este presta aquele um determinado serviço, o “enriquecimento real” corresponderá ao valor objetivo do próprio uso ou, ainda, da própria prestação dos serviços. Por outro lado, para apurar o “enriquecimento patrimonial”, deve-se perquirir o efeito ou influência que aquele bem, ou serviço, ocasionou concretamente no patrimônio do agente interventor⁹⁶².

A esse respeito, Vieira Gomes dispõe que o parâmetro da doutrina que defende a restituição do “enriquecimento real” está na própria coisa indevidamente recebida, usada, consumida ou aproveitada, ou seja, considerando a restituição *in natura* da coisa ou o seu valor de mercado. No entanto, para outros doutrinadores, a restituição não pode deixar de analisar fatores subjetivos, bem como o impacto deste objeto, ou de seu correspondente monetário, no patrimônio de quem o recebeu, possibilitando a restituição dos lucros da intervenção⁹⁶³.

A par dessas considerações, Sérgio Savi e Thiago Lins apontam que no direito brasileiro se deve considerar como critério relevante, e inicial, para a quantificação das vantagens patrimoniais auferidas pelo interventor, o “enriquecimento patrimonial”⁹⁶⁴.

⁹⁶⁰ LEITE DE CAMPOS, 1974, p. 484.

⁹⁶¹ SAVI, 2012, p. 58-59. Está definição também está em LINS, 2016, p. 107.

⁹⁶² PEREIRA COELHO, 1970, p. 30.

⁹⁶³ VIEIRA GOMES, 1998, p. 107.

⁹⁶⁴ SAVI, 2012, p. 140; e LINS, 2016, p. 188-197.

Na síntese de Lins, será avaliada a “diferença entre o patrimônio do enriquecido depois do ato de intervenção e o patrimônio dele se não tivesse havido intervenção, mas não de forma abstrata. Para temperar uma avaliação rígida do enriquecimento patrimonial, é essencial a aferição, no caso concreto, do grau de contribuição das partes para a produção do lucro.”⁹⁶⁵.

Todavia, o indevidamente auferido, a que se refere a cláusula geral de enriquecimento sem causa, como dispõe Maria Candida Kroetz, pode ser entendido tanto na concepção estática do “enriquecimento real” quanto na concepção dinâmica do “enriquecimento patrimonial” e, portanto, o *quantum* restitutivo pode variar de acordo com a concepção adotada⁹⁶⁶.

Essencialmente, não há qualquer norma na sistemática nacional que trate sobre o objeto da restituição nos casos analisados e a cláusula geral de enriquecimento sem causa é ampla e acaba abrangendo qualquer uma das duas concepções narradas. No entanto, acredita-se que essa diferenciação doutrinária entre “enriquecimento real” e “enriquecimento patrimonial” é um falso problema e que, em verdade, a melhor abordagem nas hipóteses de enriquecimento por intervenção é a análise global sobre o enriquecimento obtido pelo agente interventor, considerando o atributo da patrimonialidade do locupletamento.

Rodrigo da Guia Silva bem pontua que não há motivos para que a preocupação com o patrimônio do agente enriquecido se restrinja ao critério do “enriquecimento patrimonial”. Deve-se, segundo o autor, ter em vista o próprio perfil funcional do instituto do enriquecimento sem causa, de maneira a se perquirir a extensão da vantagem patrimonial indevidamente auferida pelo agente interventor. Quer dizer, as preocupações com a patrimonialidade do enriquecimento nada dizem acerca da distinção entre “enriquecimento real” e “enriquecimento patrimonial”. Com efeito, pautar a análise no atributo da patrimonialidade nada revela sobre qual deve ser a situação a se analisar (situação real ou situação hipotética)⁹⁶⁷.

Nas palavras do autor:

[...] o direito positivo brasileiro foca a sua atenção, em matéria restitutória, na vantagem patrimonial injustificada *efetivamente* auferida. Consagra-se, assim, a relevância genérica do enriquecimento real, cujo verdadeiro conteúdo não se esgota no critério do valor médio ou objetivo do bem, abrangendo, isso assim, toda a vantagem patrimonial concretamente auferida pelo enriquecido⁹⁶⁸.

⁹⁶⁵ LINS, 2016, p. 189.

⁹⁶⁶ KROETZ, 2005, p. 80.

⁹⁶⁷ GUIA SILVA, 2018, p. 153. Para o autor, a questão verdadeiramente relevante não está na discussão se enriquecimento é “real” ou “patrimonial”, mas sim na investigação da relevância ou irrelevância do enriquecimento virtual. Trata-se, assim, “de perquirir se a vantagem patrimonial relevante para fins de determinação da restituição é somente aquela efetivamente verificada (enriquecimento real) ou se, ao revés, seria possível atribuir relevância jurídica à vantagem patrimonial que o enriquecido hipoteticamente poderia vir a auferir (enriquecimento virtual)” (GUIA SILVA, 2018, p. 152).

⁹⁶⁸ GUIA SILVA, 2018, p. 155 (grifos no original).

Entende-se, assim, que não se justifica aderir a uma acepção de enriquecimento – real ou patrimonial – na sistemática nacional. No âmbito do enriquecimento sem causa, cabe perquirir de forma global o enriquecimento efetivamente auferido pelo agente interventor, para delimitar o objeto a ser restituído considerando a atribuição do direito violado.

Na síntese conclusiva de Guia Silva, deve-se afastar do âmbito de análise do lucro da intervenção “eventuais juízos hipotéticos, privilegiando-se, ao revés, a investigação da concreta repercussão da intervenção sobre o património do interventor”⁹⁶⁹.

Nessa perspectiva, defende-se que o objeto da restituição considerará inicialmente o valor encontrado no patrimônio do interventor que se deu exclusivamente a partir do direito usurpado. Por mais abrangente que pareça, deve-se partir de uma análise dinâmica do patrimônio do agente interventor, perquirindo o montante efetivo do enriquecimento e sempre considerando que o valor mínimo a ser restituído corresponderá aos valores de mercado.

Nesse contexto, Leite de Campo considera que:

Só uma avaliação dinâmica do enriquecimento permitirá que o enriquecimento sem causa realize suas funções específicas: remover todo o enriquecimento, e só ele, do patrimônio do enriquecido. Correspondendo *enriquecimento a utilidade*, há que determinar qual a utilidade que o beneficiado com a deslocação patrimonial retirou desta. Só através da restituição desta utilidade se pode dizer que o instituto do enriquecimento sem causa realizou a sua função específica: remover o enriquecimento do patrimônio beneficiado de modo a que este fique na mesma situação em que estaria se o facto gerador do enriquecimento se não tivesse verificado. Deste modo, o enriquecimento (sem causa) será uma diferença entre duas situações patrimoniais, um saldo (positivo) do patrimônio do beneficiado derivado da deslocação patrimonial. Só este saldo reflectirá aquela utilidade. Quem consome bens alheios não se enriquece na medida do valor objetivo do uso desses bens, mas unicamente na medida da utilidade que o uso desses representou⁹⁷⁰.

A título de exemplo, no caso em que o interventor se locupletou na medida em que poupou os valores com os alugueres da casa de praia alheia, o interventor só terá que restituir o valor dos alugueres (valores de mercado). Por outro lado, aquele que usa a imagem de pessoa notória sem autorização para fins comerciais, além de poupar as despesas com o cachê (valores de mercado), também acaba auferindo lucros que não seriam alcançados se não fosse a vinculação da imagem daquela pessoa e, portanto, a valoração desde locupletamento será dinâmica e o objeto a ser restituído também compreenderá os lucros da intervenção.

Ao analisar o enriquecimento global do interventor, ainda, deve-se ater ao fato de que as eventuais despesas para a obtenção destes lucros devem ser descontadas, uma vez que o conceito de lucro da intervenção está estritamente ligado aos lucros líquidos obtidos pelo

⁹⁶⁹ GUIA SILVA, 2018, p. 326.

⁹⁷⁰ LEITE DE CAMPOS, 1974, p. 452-453.

interventor. Como ficou claro no voto do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, deve-se sempre descontar “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.”⁹⁷¹.

Para ilustrar, imagine-se que um determinado sujeito utilizou o veículo de seu tio durante uma semana, sem autorização, para prestar serviços de transporte privado urbano por meio de aplicativos de transportes⁹⁷². O interventor, ao final da primeira semana, realizando corridas por 7 (sete) horas diárias, obteve uma receita bruta de R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais). O cálculo inicial do valor a ser restituído deve levar em consideração, então, todas as despesas que o interventor obteve com a prestação dos serviços. Por exemplo, o combustível utilizado (R\$ 250,00) e a força de trabalho (R\$ 350,00) – considerando o trabalho desempenhado pelo interventor, até porque este poderia ter contratado um terceiro para dirigir o veículo durante o ato de intervenção – para além do montante devido a título de aluguel do veículo (R\$ 400,00), que, muito embora não tenha sido desembolsado inicialmente pelo interventor, pertence ao proprietário do veículo e deve ser restituído (valores de mercado). O lucro líquido do agente interventor será de R\$ 500,00 (quinhentos reais) (vantagem proveniente da utilização do bem usurpado, descontados o valor do combustível, o trabalho desempenhado e os valores dos alugueres) e este, juntamente com os valores dos alugueres (R\$ 400,00) (valor de mercado), compõe, *a prima face*, o objeto a ser restituído (R\$ 900,00).

Todavia, não quer dizer que o agente interventor terá que restituir todo o lucro da intervenção, visto que, embora a restituição fundada no enriquecimento sem causa tenha o escopo de remover um valor de que o enriquecido injustamente beneficiou, como bem salienta Viera Gomes, “a ordem jurídica não pode ser insensível à circunstância de que o enriquecimento pode não ter tido, na sua origem, uma conduta culposa do enriquecido” ou, ao contrário, “sucederá amiúde, que a actuação deste seja perfeitamente lícita ou, até, que o enriquecimento se tenha ficado dever a um evento não conexionado com a sua conduta”⁹⁷³.

Por tais razões, torna-se relevante avaliar a conduta do agente interventor para aferição da possibilidade de restituir os lucros da intervenção, na medida em que este pode ter agido de boa-fé ou de má-fé ao intervir no patrimônio alheio.

⁹⁷¹ BRASIL, STJ. Terceira Turma. *REsp 1698701/RJ*, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Brasília, 02 de outubro de 2018.

⁹⁷² Trata-se de um exemplo hipotético, cujos valores monetários foram apontados aleatoriamente. Aqui não se está considerando eventuais taxas com o uso do aplicativo contratado ou impostos derivados da atividade desenvolvida, nem mesmo o desgaste natural do veículo, como corre com os pneus, por exemplo, durante os dias utilizados.

⁹⁷³ VIEIRA GOMES, 1998, p. 115.

3.9.2.2 A relevância da boa-fé e da má-fé do agente interventor

Embora grande parte do direito estrangeiro acabe reconhecendo o caráter reintegratório da *condictio* por intervenção, também permeia a civilística a ideia de que não resulta justo ou eficiente que o interventor, agindo de má-fé, mediante uma conduta ilícita, permaneça com os lucros da intervenção e tenha que restituir apenas os valores de mercado.

Nas hipóteses de intervenção no direito de imagem, como nos julgados analisados ao longo desta pesquisa, envolvendo as atrizes Malu Mader, Maitê Proença e Giovanna Antonelli, nítida é a intensão dos agentes interventores ao usurpar a imagem alheia de outro meio publicitário para vender seus produtos, ora o próprio jornal ora um produto específico comercializado pelas empresas interventoras. Nessas hipóteses, inclusive, pode o agente interventor calcular o que lhe é mais vantajoso: arcar com os custos de uma contratação, uma produção e um ensaio fotográfico ou, simplesmente, usurpar a imagem alheia e considerar que poderá ser condenado a “indenizar” a pessoa titular do direito violado pelos “danos patrimoniais” (valor do cachê) e pelos danos extrapatrimoniais sofridos.

À luz do voto do Ministro relator do caso da atriz Giovanna Antonelli: “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.”⁹⁷⁴.

Essa mesma interpretação pode ser estendida aos casos das *deepfakes*, do *clickbait*, da utilização de dados de pessoas notórias ou com qualidades próprias sem o consentimento dos respectivos titulares, assim como do uso de dados pessoais de grupos sem qualquer causa de justificação, como ocorreu nos casos da Linha Quatro do metrô de São Paulo, das plataformas “Lista Online” e “Prospecção de Clientes” do Serasa e da loja conceito da Hering.

No entanto, podem existir situações – mesmo que pouco prováveis – em que o agente interventor esteja agindo de boa-fé (boa-fé subjetiva). De acordo com Konder, pode ocorrer uma “intervenção sobre direito alheio, com obtenção de vantagem, mas de boa-fé, reputando o agente tratar-se de direito próprio ou de ninguém (e. g., *res nullius*).”⁹⁷⁵.

Pensando nessas hipóteses, acredita-se que a possibilidade de restituir o lucro da intervenção deve estar alinhada à avaliação de boa-fé ou má-fé do agente interventor.

Como visto anteriormente, Basozabal Arrue utiliza das acepções da obrigação de restituir os frutos percebidos do Código Civil espanhol para considerar que a *condictio* por

⁹⁷⁴ BRASIL, STJ. *REsp 1698701/RJ*, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Brasília, 02 de outubro de 2018.

⁹⁷⁵ KONDER, 2017, p. 235.

intervenção estaria limitada “ao valor de uso da coisa frutífera” (aos valores de mercado) originalmente. Todavia, uma vez comprovada a má-fé do interventor, haveria a possibilidade de aplicar o artigo 455 do Código Civil espanhol, no que o autor espanhol denomina de “literalidade punitiva”: a expressão “frutos percebidos” deveria ser substituída por “lucros obtidos pelo interventor” e não somente “valor de uso”⁹⁷⁶.

Da mesma forma, Leite de Campos analisa a conduta do agente interventor a partir do agir de boa-fé ou de má-fé em Portugal. No entanto, o autor considera que a atribuição ao possuidor de boa-fé de todos os frutos percebidos colide com as regras que no enriquecimento sem causa se referem à medida da obrigação de restituir, como se infere no trecho:

Contudo, o art. 1270 não deve considerar-se como a expressão de uma regra geral segundo a qual pertenceria ao intrometido de boa-fé todo o lucro da intromissão efectuada na esfera jurídica alheia, mas antes como uma norma excepcional, não generalizável por força do art. 11⁹⁷⁷⁹⁷⁸. [...] A ponderação de interesses a que o legislador procedeu na elaboração do artigo 1270 exclui qualquer analogia entre o caso aqui previsto e as hipóteses de enriquecimento por intervenção⁹⁷⁹.

Segundo Leite de Campos, o instituto da acessão estaria muito mais próximo à *condictio* por intervenção, especificamente da acessão industrial. Assenta o autor que na acessão há uma iniciativa que se exerce sobre bens alheios e que resulta na criação de uma nova entidade econômica ao autor da iniciativa ou ao proprietário do bem. Tanto a acessão quanto a *condictio* por intervenção resultam ao agente um dado enriquecimento⁹⁸⁰.

O artigo 1333 do Código Civil português ao tratar das hipóteses de acessão industrial de boa-fé dispõe que o proprietário da coisa tem de restituir ao dono do objeto adjunto pelo menos o valor deste⁹⁸¹. Sendo assim, na união ou na confusão de uma coisa valorada em 50 (X)

⁹⁷⁶ BASOZABAL ARRUE, 1998, p. 264-267.

⁹⁷⁷ De acordo com o artigo 1270 do CC português: “1. O possuidor de boa fé faz seus os frutos naturais percebidos até ao dia em que souber que está a lesar com a sua posse o direito de outrem, e os frutos civis correspondentes ao mesmo período. 2. Se ao tempo em que cessa a boa fé estiverem pendentes frutos naturais, é o titular obrigado a indemnizar o possuidor das despesas de cultura, sementes ou matérias-primas e, em geral, de todas as despesas de produção, desde que não sejam superiores ao valor dos frutos que vierem a ser colhidos. 3. Se o possuidor tiver alienado frutos antes da colheita e antes de cessar a boa fé, a alienação subsiste, mas o produto da colheita pertence ao titular do direito, deduzida a indemnização a que o número anterior se refere.”

⁹⁷⁸ Dispõe o artigo 11 do CC português: “As normas excepcionais não comportam aplicação analógica, mas admitem interpretação extensiva”.

⁹⁷⁹ LEITE DE CAMPOS, 1974, p. 511.

⁹⁸⁰ LEITE DE CAMPOS, 1974, p. 506.

⁹⁸¹ Artigo 1333 do CC português: “1. Se alguém, de boa fé, unir ou confundir objecto seu com objecto alheio, de modo que a separação deles não seja possível ou, sendo-o, dela resulte prejuízo para alguma das partes, faz seu o objecto adjunto o dono daquele que for de maior valor, contanto que indemnize o dono do outro ou lhe entregue coisa equivalente. 2. Se ambas as coisas forem de igual valor e os donos não acordarem sobre qual haja de ficar com ela, abrir-se-á entre eles licitação, adjudicando-se o objecto licitado àquele que maior valor oferecer por ele; verificada a soma que no valor oferecido deve pertencer ao outro, é o adjudicatário obrigado a pagar-la. 3. Se os interessados não quiserem licitar, será vendida a coisa e cada um deles haverá no produto da venda a parte que

com outra no valor de 100 (Y), sendo o valor total usado igual à soma dos dois (150), o proprietário da coisa de maior valor restitui o outro do valor de 50 ou coisa equivalente. Mas, se desta união, as duas coisas criem um valor maior (200), o excedente será distribuído do valor acrescentado pela acessão em partes proporcionais aos valores das coisas X e Y, conforme a condução dos números II e III do artigo citado⁹⁸².

À luz de Leite de Campos, o mesmo deve ocorrer para a delimitação do objeto da restituição nos casos de intervenções nos direitos de outrem. O cálculo da pretensão restituitória deve analisar as vantagens patrimoniais obtidas pelo agente interventor, considerando a correlação com a esfera jurídica do titular do direito e a atividade desenvolvida, e assim proceder a divisão dos valores, mesmo em se tratando de intervenção de boa-fé.

Também no Brasil, a civilística dedicada ao estudo do lucro da intervenção vem traçando algumas considerações em relação à conduta do agente interventor, a partir do agir de boa-fé ou de má-fé e as disposições positivadas no Código Civil de 2002⁹⁸³.

Segundo Savi, a restituição do lucro da intervenção poderia se pautar nas regras da confusão, da comissão e da adjunção (artigo 1272 do CC/2002⁹⁸⁴), mas limitada aos casos de intervenção de má-fé, pois ao se verificar a boa-fé do agente interventor, ou ainda que este tenha agido com fundada crença de que estava atuando sobre seus próprios bens, o objeto da restituição deverá se limitar aos valores de mercado, considerando as disposições do artigo 1214 do Código Civil de 2002⁹⁸⁵, a respeito do possuidor de boa-fé. As vantagens patrimoniais excedentes (os lucros da intervenção) seriam resultado do trabalho e do esforço do interventor que não tinha conhecimento de que estava intervindo nos direitos alheios⁹⁸⁶.

Por sua vez, Konder salienta a necessidade da tradicional avaliação da boa-fé ou

deva tocar-lhe. 4. Em qualquer dos casos previstos nos números anteriores, o autor da confusão é obrigado a ficar com a coisa adjunta, ainda que seja de maior valor, se o dono dela preferir a respectiva indemnização”.

⁹⁸² LEITE DE CAMPOS, 1974, p. 506-507. “É esta a doutrina expandida por Pires de Lima e Antunes Varela e a que também aderimos. Portanto, em todos os casos previstos no art. 1333 competirá a cada um dos donos dos objetos unidos ou confundidos uma parte da mais-valia proporcional ao valor da coisa que lhe pertencia, quota-parte que pode dizer-se que pertence economicamente a essa coisa, que por ela foi produzida.” (Op. cit., p. 507).

⁹⁸³ Há quem seja contrário a essa análise, a exemplo de LINS, 2016, p. 166-172.

⁹⁸⁴ Dispõe o art. 1.272 do CC/2002: As coisas pertencentes a diversos donos, confundidas, misturadas ou adjuntadas sem o consentimento deles, continuam a pertencer-lhes, sendo possível separá-las sem deterioração. § 1º. 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. § 2º Se uma das coisas puder considerar-se principal, o dono sê-lo-á do todo, indenizando os outros.

⁹⁸⁵ Dispõe o artigo 1.214 do CC/2002: O possuidor de boa-fé tem direito, enquanto ela durar, aos frutos percebidos. Parágrafo único. Os frutos pendentes ao tempo em que cessar a boa-fé devem ser restituídos, depois de deduzidas as despesas da produção e custeio; devem ser também restituídos os frutos colhidos com antecipação.

⁹⁸⁶ SAVI, 2012, p. 140. O posicionamento do autor tem como base as aceções Daniel Friedmann, que defende a restituição do lucro da intervenção a partir da análise do estado de consciência do interventor (Idem, p. 128 e 137). O autor esclarece, ainda, que não se trata de uma aplicação pura dos regimes da partilha dos frutos percebidos pelo possuidor de boa-fé ou da acessão, mas sim da extração da ideia geral contida nesses dispositivos que, de forma conjunta, são a solução para o problema da quantificação do objeto da restituição (Idem, p. 141).

má-fé da conduta do agente interventor, ainda que não mais baseada pela prova da antijuridicidade, mas analisadas à luz de um “dever saber” mais objetivo. Fato relevante, para o autor, é que o legislador nacional levou em consideração a boa-fé do agente interventor ao tratar de benfeitorias⁹⁸⁷, de frutos e da plantação ou construção com sementes ou materiais alheios⁹⁸⁸, assim como as considerou nas situações de proteção à aparência de direito, que envolvem pessoas de boa-fé fruindo de direitos que não possuem (representante aparente, credor aparente, proprietário aparente e herdeiro aparente)⁹⁸⁹.

Por isso, o autor entende ser necessário diferenciar as duas situações, de maneira que no caso de boa-fé do interventor deve ser ressarcido os valores de mercado e o restante pertencerá ao agente interventor, pois resultante de seu esforço de forma compatível com o direito brasileiro. Se caracterizada a má-fé do interventor, ao revés, os valores de mercado devem ser o mínimo que o agente interventor deve restituir ao titular do direito violado, devendo-se ocorrer a restituição também dos lucros da intervenção⁹⁹⁰.

A limitação do objeto da restituição nos casos de evidente boa-fé do interventor também acaba sendo defendida por Michelin Júnior, como se infere no trecho:

O problema não é agudo nos casos em que há boa-fé subjetiva do interventor, como quando não sabe que estava dispondo de coisa alheia. Nesses casos, a solução adequada é a limitação do direito a restituição ao valor do bem. Naquelas outras

⁹⁸⁷ Dispõe o artigo 1.219 do CC/2002: O possuidor de boa-fé tem direito à indenização das benfeitorias necessárias e úteis, bem como, quanto às voluptuárias, se não lhe forem pagas, a levanta-las, quando o puder sem detrimento da coisa, e poderá exercer o direito de retenção pelo valor das benfeitorias necessárias e úteis; e o artigo 1.219 do CC/2002 complementa: Ao possuidor de má-fé serão ressarcidas somente as benfeitorias necessárias; não lhe assiste o direito de retenção pela importância destas, nem o de levantar as voluptuárias.

⁹⁸⁸ Dispõe o artigo 1.254 do CC/2002: Aquele que semeia, planta ou edifica em terreno próprio com sementes, plantas ou materiais alheios, adquire a propriedade destes; mas fica obrigado a pagar-lhes o valor, além de responder por perdas e danos, se agiu de má-fé; o art. 1.255: Aquele que semeia, planta ou edifica em terreno alheio perde, em proveito do proprietário, as sementes, plantas e construções; se procedeu de boa-fé, terá direito a indenização. Parágrafo único. Se a construção ou a plantação exceder consideravelmente o valor do terreno, aquele que, de boa-fé, plantou ou edificou, adquirirá a propriedade do solo, mediante pagamento da indenização fixada judicialmente, se não houver acordo; e o art. 1.256. Se de ambas as partes houve má-fé, adquirirá o proprietário as sementes, plantas e construções, devendo ressarcir o valor das acessões. Parágrafo único. Presume-se má-fé no proprietário, quando o trabalho de construção, ou lavoura, se fez em sua presença e sem impugnação sua.

⁹⁸⁹ KONDER, 2017, p. 244. Dispõe o artigo 686 do CC/2002: A revogação do mandato, notificada somente ao mandatário, não se pode opor aos terceiros que, ignorando-a, de boa-fé com ele trataram; mas ficam salvas as ações que no caso lhe possam caber contra o procurador. Parágrafo único. É irrevogável o mandato que contenha poderes de cumprimento ou confirmação de negócios encetados, aos quais se ache vinculado; art. 309. O pagamento feito de boa-fé ao credor putativo é válido, ainda provado depois que não era credor., proprietário aparente e herdeiro aparente; art. 1.268. Feita por quem não seja proprietário, a tradição não aliena a propriedade, exceto se a coisa, oferecida ao público, em leilão ou estabelecimento comercial, for transferida em circunstâncias tais que, ao adquirente de boa-fé, como a qualquer pessoa, o alienante se afigure dono. §1º Se o adquirente estiver de boa-fé e o alienante adquirir depois a propriedade, considera-se realizada a transferência desde o momento em que ocorreu a tradição. §2º Não transfere a propriedade a tradição, quando tiver por título um negócio jurídico nulo; e art. 1.828. O herdeiro aparente, que de boa-fé houver pago um legado, não está obrigado a prestar o equivalente ao verdadeiro sucessor, ressalvado a este o direito de proceder contra quem o recebeu.

⁹⁹⁰ KONDER, 2017, p. 244-245.

hipóteses em que o interventor age de má-fé, em que pese as divergências doutrinárias, há a necessidade de evitar o incentivo à intervenção⁹⁹¹.

A par dessas considerações, acredita-se que não há como desconsiderar que o agente interventor agiu de boa-fé ao intervir em um direito alheio, visto que a atuação de boa-fé está presente nas demais disposições que tangenciam o direito restitutivo no Brasil.

Uma vez intervindo de boa-fé em um direito alheio, assim, cabe ao agente interventor restituir apenas os valores de mercado – que é o limite mínimo do objeto a ser restituído da *condictio* por intervenção –. Pode-se aplicar as disposições dos frutos percebidos de boa-fé do artigo 1214 do Código Civil de 2002, assim como em Espanha. A relação entre os institutos, inclusive, está demonstrada no fato de que nos frutos o sujeito estava em posse de um bem alheio, faltando a legitimidade do direito de fruição, e a partir desta posse obteve certos frutos, o que acaba autorizando a aplicação do artigo por meio de analogia.

Limita-se, portanto, o objeto da restituição no âmbito da *condictio* por intervenção em casos de boa-fé aos valores de mercado, não sendo restituídos os lucros da intervenção. Ao agente interventor cabe colher os “frutos percebidos” ou melhor, permanecer com os “lucros da intervenção” à luz do artigo 1.214 do Código Civil de 2002.

Por oportuno, acredita-se que no caso do tratamento de dados pessoais sem fundamento legal será mais difícil verificar uma intervenção de boa-fé, mas não impossível. Percebe-se que cabe aos agentes de tratamento não só agir em conformidade com as disposições da LGPD e fundamentar a atividade de tratamento desejada na base legal mais adequada e segura (art. 7º e 11 da LGPD), como também não violar o direito à proteção de dados pessoais. Até mesmo aqueles que não estão submetidos à LGPD, devem respeitar o direito fundamental à proteção de dados pessoais e não usar discricionariamente os dados pessoais de outrem. Um exemplo de boa-fé seriam os casos de tratamento de dados pessoais com fulcro em um consentimento genuíno ainda que, posteriormente, identificado como nulo.

Finalmente, cabe pontuar a observação de Lins no que tange à tutela da má-fé por analogia: “tutelar a má-fé por analogia, fora das hipóteses legais do possuidor de má-fé, poderia sugerir uma distorção do mecanismo do lucro da intervenção, que visa precipuamente a restituição do lucro, cuja produção estava destinada a outrem.”⁹⁹². De fato, não se pode olvidar que a acepção inicial da doutrina do conteúdo de destinação é restituir apenas o enriquecimento que ocorreu “às custas de outrem”, ou seja, apenas a parte do enriquecimento que é imputável

⁹⁹¹ MICHELON JÚNIOR, 2007, p. 226-227.

⁹⁹² LINS, 2016, p. 173.

economicamente aos direitos subjetivos absolutos ou posições jurídicas análogas de outrem.

Isso porque ao intervir nos direitos alheios, mesmo com a única intenção de auferir uma vantagem patrimonial, o agente interventor acaba contribuindo para chegar naquele resultado lucrativo e esta iniciativa deve ser observada, ao tempo que deve ser desencorajada na sistemática nacional. Por isso, ainda em se tratando de uma intervenção de má-fé, o titular do direito violado só terá direito àquela parte que possui uma vinculação econômica – ou uma correlação patrimonial ou causal – com a sua esfera jurídica protegida, não se coadunando com as disposições elencadas no artigo 1216 do CC/2002⁹⁹³.

Por mais reprovável que pareça a conduta do interventor, não se pode sustentar que este deve restituir todo o lucro da intervenção, devendo-se perquirir o grau de contribuição do agente interventor e do direito violado na construção do lucro da intervenção, para então destinar a restituição de acordo com as disposições do artigo 1272 do CC/2002⁹⁹⁴.

3.9.2.3 *Os fatos concorrentes para a produção do lucro da intervenção*

A verificação dos fatos concorrentes para a produção dos lucros da intervenção é necessária, já que permite identificar o grau de contribuição do interventor e delimitar quais foram os lucros efetivamente decorrentes dos direitos alheios.

Notadamente, a maior dificuldade da quantificação do objeto a ser restituído recai neste parâmetro já que a avaliação não pode ser realizada de forma abstrata e generalizada. Ao contrário, o problema que envolve o lucro da intervenção necessita de uma resposta clara e eficiente, que posteriormente servirá de norte em sede de liquidação de sentença judicial.

Um primeiro critério para análise da produção do lucro da intervenção, que foi possível identificar na civilística nacional e em algumas doutrinas estrangeiras, é a necessidade de comprovação do “nexo de causalidade” entre o lucro do interventor e o patrimônio do titular do direito, utilizando, para essa aferição, das teorias da causalidade⁹⁹⁵.

⁹⁹³ Dispõe o artigo 1.216 do CC/2002: O possuidor de má-fé responde por todos os frutos colhidos e percebidos, bem como pelos que, por culpa sua, deixou de perceber, desde o momento em que se constituiu de má-fé; tem direito às despesas da produção e custeio.

⁹⁹⁴ De acordo com Konder e Saar, “outro critério seria a maior consideração do nexo causal em entre a titularidade do direito ou bem locupletado sobre o lucro criado em comparação com a conduta do interventor Vítor Peri ficando se a proporção em que cada um contribui para produzir o lucro” (KONDER; SAAR, 2017, p. 153). No mesmo sentido, estão: LINS, 2016, p. 189; e GUIA SILVA, 2018, p. 328.

⁹⁹⁵ Não é objeto desta pesquisa analisar as teorias da causalidade e, por isso, só será analisado o essencial para a presente pesquisa. Para dirimir maiores dúvidas, consultar: PETEFFI DA SILVA, 2013, p. 21-50.

A esse respeito, Vieira Gomes afirma que “o lucro a restituir é aquele que decorre da interferência, no sentido de a ela estar ligado por um nexos de causalidade adequada; não basta, pois, que a conduta do agente constitua uma *condictio sine qua non* do referido lucro.”⁹⁹⁶.

No mesmo compasso, Guia Silva considera que “[...] trata-se, em suma, de perquirir – à semelhança do verificado na seara da responsabilidade civil por força da teoria da causalidade direta e imediata – o concreto grau de contribuição da conduta própria do interventor e do direito explorado na cadeia causal de produção do lucro por intervenção”⁹⁹⁷.

O nexos de causalidade é, como ensina Peteffi da Silva, “um dos requisitos fundamentais para a ação indenizatória, uma vez que avalia a ligação de causa e efeito entre a ação ou omissão do agente e o prejuízo sofrido pela vítima.”⁹⁹⁸. No entanto, a acepção desenvolvida ao tratar do “nexos de causalidade” no âmbito do enriquecimento sem causa é diversa da formulação tradicional na teoria geral da responsabilidade civil.

O requisito do nexos de causalidade, em um primeiro momento, em Portugal, Espanha e Brasil, introduziu-se como a correlação direta entre o “empobrecimento” e o “enriquecimento” no âmbito do enriquecimento sem causa, mas diante da superação do primeiro requisito, o entendimento se consolidou no sentido de considerar a relação, ou a ligação, entre os bens e os direitos alheios violados e o enriquecimento auferido. Como ensina Nanni, a utilização da mesma nomenclatura em relação ao requisito não implica uma semelhança, tampouco uma identidade de sua função nos institutos⁹⁹⁹.

Na visão de Nanni, que se compartilha nesse trabalho, a obrigação de enriquecimento sem causa possui requisitos e finalidades distintos da obrigação de responsabilidade civil. Portanto, as duas pretensões não devem ser confundidas, nem mesmo seus critérios. A ação de reparação de danos está pautada no nexos de causalidade entre a “conduta ilícita” do agente ofensor e o “dano” suportado pela vítima, ao passo que na ação de enriquecimento o requisito é, em verdade, entendido como a correlação que deve consubstanciar-se entre o “enriquecimento” e o patrimônio do agente empobrecido (titular do direito)¹⁰⁰⁰.

Por se tratar de pretensões distintas, entende-se que não se deve recorrer às teorias da causalidade para resolver o problema do lucro da intervenção nos casos de má-fé, tal como ocorre na responsabilidade civil, ou utilizar a expressão “nexos de causalidade”. Prefere-se a

⁹⁹⁶ VIEIRA GOMES, 1998, p. 803.

⁹⁹⁷ GUIA SILVA, 2018, p. 328.

⁹⁹⁸ PETEFFI DA SILVA, 2013, p. 21.

⁹⁹⁹ NANNI, 2004, p. 252.

¹⁰⁰⁰ NANNI, 2004, p. 252.

nomenclatura “imputação dos lucros”¹⁰⁰¹ ao tratar da análise das circunstâncias fáticas, da experiência da vida comum e dos diversos fatores produtivos que se combinaram, para a aferição de um determinado lucro. Outrossim, Wilburg não utilizava das teorias da causalidade para aferição dos lucros da intervenção, mas sim recorria às regras da acessão e especificação. Para o autor, não se trata de estabelecer uma relação de causa e efeito entre cada fator de produção e cada parcela do lucro, mas sim analisar a imputação econômica destes fatores¹⁰⁰².

A tese de imputação do lucro se aproxima, na visão do direito brasileiro, das disposições legislativas quanto aos casos de confusão, de comissão ou adjunção da propriedade móvel, mais especificamente, o § 1º do artigo 1272 do Código Civil de 2002: “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.”. Aproximação esta, como visto anteriormente, feita por Sérgio Savi ao propor sua regra geral para devolução dos lucros por intervenção nos casos de má-fé.

Na tentativa de analisar tal parâmetro, parte-se de um exemplo clássico da doutrina portuguesa. Imagine-se que um determinado jóquei A usa, sem qualquer autorização, o cavalo de B para participar de uma corrida de cavalos. Ambos possuíam comprovadas habilidades, o cavalo era premiado e cotado como favorito na corrida, e o jóquei também já havia recebido diversas premiações em competições análogas. Ao final, a dupla consegue vencer a competição e ganhar a sonhada premiação de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais)¹⁰⁰³.

Desta forma, qual seria a parcela devida para cada uma das partes, proprietário e interventor? E se as habilidades do jóquei A foram decisivas para a obtenção da premiação e não as do cavalo de B? Ou, ao contrário, se as aptidões de A eram normais e o decisivo para a obtenção do prêmio foram, tão somente, as qualidades do cavalo de B?

Partindo da regra geral analisada, ao verificar uma intervenção nos direitos alheios, deve-se, em primeiro lugar, identificar o enriquecimento efetivamente obtido pelo agente interventor, no caso em tela R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

Além da premiação, deve-se considerar as despesas obtidas pelo agente interventor no caso concreto. Pense-se que A obteve despesas com a inscrição no evento (R\$ 5.400,00), a alimentação do cavalo (R\$ 400,00), a sua alimentação (R\$ 200,00) e do deslocamento até o local da competição (R\$ 1.000,00), bem como poupou as despesas que possuiria com a locação

¹⁰⁰¹ Entendimento preconizado por Christof Kellmann, citado por VIEIRA GOMES, 1998, p. 804, nota 1263.

¹⁰⁰² LEITE DE CAMPOS, 1974, p. 474-475.

¹⁰⁰³ Exemplo extraído e adaptado das obras de: LEITE DE CAMPOS, 1974, p. 494; e ANTUNES VARELA, 2005, p. 490. Anota-se que os valores apontados são hipotéticos.

daquele cavalo de corrida (os valores de mercado), que seria no montante de R\$ 7.000,00 (sete mil reais). Também, deve-se preservar os honorários normais do jôquei, avaliados em R\$ 6.000,00 (seis mil reais). Ao descontar estas despesas, chegando os lucros líquidos, percebe-se que a diferença encontrada no patrimônio do interventor é R\$ 30.000,00 (trinta mil reais).

Considerando a tese de imputação dos lucros, agora, deve-se perquirir se esse lucro é decorrente do patrimônio do titular do direito ou da iniciativa do interventor.

Se as habilidades do jôquei e do cavalo foram igualmente determinantes para a obtenção da premiação, os lucros líquidos seriam divididos em partes iguais. O objeto da restituição ao titular do direito seria o total de R\$ 22.000,00 (vinte e dois mil reais), isto é, R\$ 7.000,00 (sete mil reais) correspondentes aos valores de mercado (locação do cavalo) e de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) proporcional aos lucros da intervenção (50% do lucro obtido).

Se comprovado que as habilidades do jôquei foram decisivas para a obtenção da premiação, considerando que a intervenção ocorreu somente pela necessidade que este possuía em obter um animal para a corrida, o agente interventor deve permanecer com os lucros auferidos (R\$ 30.000,00), devendo restituir apenas os valores de mercado (R\$ 7.000,00). Ao contrário, se as aptidões do cavalo foram o diferencial para a obtenção da premiação, o interventor deverá restituir todo o lucro e mais os valores de mercado (R\$ 37.000,00)¹⁰⁰⁴.

Todavia, como salienta Leite de Campos¹⁰⁰⁵, e se os direitos ou os bens usurpados foram colocados em um complexo processo produtivo?

Um exemplo, a ser citado, diz respeito à demanda proposta pela Confederação Brasileira de Futebol em face da Coca Cola Indústrias Ltda. A fabricante de bebidas, em síntese, durante uma propaganda comercial que antecipava os jogos eliminatórios do Copa Mundial de 2010, para a divulgação de seu maior produto, o refrigerante Coca Cola, contratou os ex-jogadores Bebeto, Biro-Biro e Dario, os quais trajavam vestimenta parecida com o uniforme da seleção brasileira utilizado na conquista da Copa do Mundo de 1994 – calções e camisas nas cores verde e amarela, e o número sete estampado na camisa de Bebeto –.

A Confederação Brasileira de Futebol ingressou com uma demanda indenizatória, cumulada com pedido de obrigação de fazer, alegando que é titular do direito de uso, gozo, posse e propriedade da bandeira, do emblema e dos uniformes da seleção brasileira, não

¹⁰⁰⁴ Leite de Campo, ao considerar essa última hipótese, que é, em verdade, analisada em sua obra, posiciona-se: “Concordamos que se o *jockey* A usa o cavalo de B para ganhar um prêmio, uma vez provado que as aptidões de A eram normais e que o decisivo para a obtenção do prêmio foram as qualidades do cavalo, A terá de entregar a B todo o prêmio, descontados os seus honorários normais” (LEITE DE CAMPOS, 1974, p. 494). Thiago Lins, que também analisa este exemplo a partir da obra de Leite de Campos, também acaba concordando com o autor nesse quesito (LINS, 2016, p. 182).

¹⁰⁰⁵ LEITE DE CAMPOS, 1974, p. 494.

podendo, portanto, a fabricante de bebidas fazer uma “cópia elaborada” do uniforme da seleção brasileira masculina de futebol e, ao fazer, está intervindo no seu direito subjetivo.

A Décima Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, reformando parcialmente a sentença de primeiro grau, considerou que a fabricante de bebidas fez uso indevido, por imitação, do uniforme e do distintivo da seleção brasileira de propriedade exclusiva da CBF, visando unicamente à obtenção de lucros, restando, assim, condenada a indenizar a título de lucros cessantes à CBF, como se infere:

A indenização deve corresponder ao que a autora/segunda apelante poderia ter ganhado, caso tivesse autorizado o uso de seu uniforme e distintivo, tendo-se em conta o que suas demais patrocinadoras lhe pagaram e considerando apenas o período em que efetivamente houve divulgação da propaganda. Isso deve ser apurado em liquidação, por arbitramento¹⁰⁰⁶.

Em que pese a limitação da decisão judicial aos valores normalmente contratados – que se enquadram como valores de mercado e não como lucros cessantes –, reflete-se sobre a possibilidade, como ocorreu no caso da atriz Giovanna Antonelli, de o Tribunal estadual considerar a possibilidade de restituição dos lucros que a empresa obteve a partir da venda do produto durante a divulgação da propaganda. Será que a vinculação da imagem da seleção brasileira interferiu, naquele período, diretamente nas vendas do refrigerante? Será que a empresa interventora obteve um significativo lucro ao intervir no patrimônio alheio?

Por certo, a imputação do lucro a cada um dos fatores que estão inseridos nesta intervenção não se fará com tanta simplicidade como no exemplo do jôquei.

A esse respeito, Menezes Leitão ensina para a recuperação das vantagens patrimoniais no âmbito da *condictio* por intervenção, apesar do direito não efetuar qualquer distinção entre os direitos subjetivos absolutos ou as posições jurídicas análogas, em termos da teoria do conteúdo da destinação, é necessário tratar diferenciadamente as situações consoante à natureza do direito violado. Isso porque a própria natureza dos direitos envolvidos influi na aplicação do instituto do enriquecimento sem causa, principalmente em relação “à natureza material ou imaterial do objecto sobre o qual se exerce a intervenção”¹⁰⁰⁷.

¹⁰⁰⁶ BRASIL. TJRJ, Décima Quinta Câmara de Direito Civil. *Autos n. 0383190-62.2009.8.19.0001.*, Rel. Des. Celso Ferreira Filho, julgado em 07 de junho de 2011. Observa-se que essa pesquisa se destacou apenas a parte do lucro da intervenção, não sendo relevantes os demais pedidos requeridos. Anota-se, ainda, que a demanda chegou ao STJ, mas a Terceira Turma concluiu, por unanimidade, pelo desprovisionamento do recurso especial (BRASIL, STJ. Terceira Turma, *REsp. 1.335.624/RJ*, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, 05 de dezembro de 2013).

¹⁰⁰⁷ MENEZES LEITÃO, 2005, p. 684. Essa mesma observação está em LINS, 2016, p. 177. Para melhor compreensão de outros critérios conforme a natureza do direito violado, ler: JIUKOSKI DA SILVA, 2019.

Desta forma, para melhor identificar o grau de contribuição de cada agente no âmbito da disciplina da proteção de dados pessoais, delimita-se os critérios de análise de acordo com a natureza dos direitos da personalidade.

3.9.3 A quantificação do lucro da intervenção nos casos de intervenções nos direitos da personalidade e o tratamento de dados pessoais

Na grande maioria dos casos de uso dos direitos da personalidade, o lucro da intervenção está inserido em um processo produtivo ou só foi possível diante da combinação de outros fatores, o que torna a aferição do objeto a ser restituição mais complexa¹⁰⁰⁸.

Na tentativa de ilustrar a situação, parte-se da análise de uma recente decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, que envolvia, entre outros, a pretensão ao lucro da intervenção¹⁰⁰⁹. O caso cuidou do uso de dois vídeos em uma blogueira iniciante, menor de idade, sem qualquer autorização, para promoção de um curso de maquiagem. A blogueira utilizava sua conta na rede social *TikTok* (com mais de 62 mil seguidores) para ensinar outras meninas a realizar maquiagens para diversas ocasiões e dois desses vídeos passaram a ser utilizados na divulgação e certificação do curso de uma maquiadora profissional (Curso Maquiagem na Web), hospedado em uma plataforma de cursos da *internet (Hotmart)*.

Diante do uso de sua imagem sem autorização para fins comerciais, a blogueira – assistida por sua genitora – ingressou com “ação de obrigação de fazer cumulada com

¹⁰⁰⁸ Em pesquisa realizada nos Tribunais de Justiça de São Paulo, Rio de Janeiro e Santa Catarina, a partir da ferramenta “pesquisa de jurisprudência” e das palavras-chave “lucro da intervenção” ou “lucros da intervenção”, foi possível identificar a presença de 5 (cinco) apelações julgadas procedentes que envolviam o lucro da intervenção. Em Santa Catarina, as ações encontradas foram julgadas improcedentes no que tange ao lucro da intervenção, porque os casos envolviam contratos de financiamento e não eram casos de lucro da intervenção. Em São Paulo, as duas decisões que foram julgadas procedentes no que tange ao pedido de lucro da intervenção, envolviam o uso indevido da imagem alheia (BRASIL, TJ/SP. Décima Câmara de Direito Privado. *Apelação Cível n° 1016542-06.2019.8.26.0004*. Rel. Des. Jair de Souza. São Paulo, 30 de julho de 2021; e BRASIL, TJ/SP. Quarta Câmara Cível. *Apelação n. 1006440-12.2021.8.26.0405*. Rel. Des. Márcia Dalla Déa Barone. São Paulo, 16 de agosto de 2022), sendo que no Estado existem outras decisões, as quais já foram trabalhadas nesta pesquisa, visto que envolvem o caso dos jogadores de futebol. No Rio de Janeiro, foram localizadas 3 (três) ações envolvendo a pretensão ao lucro da intervenção. Entre elas, a) uma ação envolvia o direito de marca e foi julgada procedente à luz da LPI (BRASIL. TJ/RJ. Décima Sétima Câmara Cível. *Apelação Cível n°: 0199428-23.2021.8.19.0001*. Rel. Des. Marcia Ferreira Alvarenga. Rio de Janeiro, 06 de junho de 2023); b) uma ação envolvia o uso de matérias e colunas jornalísticas sem autorização e também foi julgada procedente, de acordo com as métricas do STJ (BRASIL. TJ/RJ. Décima Quarta Câmara Cível. *Apelação Cível n° 0160347-04.2020.8.19.0001*. Rel. Des. Nádia Maria de Souza Freijanes. Rio de Janeiro, 30 de novembro de 2022); e c) uma ação envolvia a posse de terras (BRASIL. TJ/RJ. Vigésima Sétima Câmara Cível. *Apelação Cível n° 0009941-41.2011.8.19.0209*. Rel. Des. Marcos Alcino de Azevedo Torres. Rio de Janeiro, 18 de fevereiro de 2020). Anota-se, por fim, que a escolha por investigar as decisões dos Tribunais de Justiça dos Estados do Rio de Janeiro e de São Paulo ocorreu dado o número de decisões envolvendo pessoas notórias nos últimos anos.

¹⁰⁰⁹ BRASIL, TJ/SP. Quarta Câmara Cível. *Apelação n. 1006440-12.2021.8.26.0405*. Rel. Des. Márcia Dalla Déa Barone. São Paulo, 16 de agosto de 2022.

indenização por danos morais e lucro da intervenção” e, entre outros, requereu a restituição do lucro da intervenção no importe de 30% (trinta por cento) do valor auferido desde a vinculação de seu vídeo, até sua efetiva retirada das propagandas do Curso Maquiagem na Web.

Entre suas fundamentações, a blogueira informou que no mínimo 1.400 (mil e quatrocentas) pessoas conheceram o curso ofertado pela ré em razão de seus vídeos, o que é possível perceber diante das ferramentas de interações das plataformas digitais. Em sua defesa, por sua vez, a maquiadora alegou que não utilizou a imagem da blogueira em seu curso, mas sim uma de suas afiliadas e vendedoras do curso (Keiliane) e, por isso, não poderia ser responsabilizada pelo ato. Além disso, defendeu que a afiliada não possuía um bom número de vendas, apresentando um relatório datado de 27 de dezembro de 2020.

Ao ser oficiada, a plataforma *Hormart* informou que o Curso Maquiagem na Web 1.0 teve em vendas completadas o valor de R\$ 69.167,21 (sessenta e nove mil cento e sessenta e sete reais e vinte e um centavos) e de USD\$ 346,23 (trezentos e quarenta e seis dólares e vinte e três centavos), e o Curso Maquiagem na Web 2.0 também em vendas completadas somou o valor de R\$ 34.507,06 (trinta e quatro mil quinhentos e sete reais e seis centavos) e de USD\$ 251,12 (duzentos e cinquenta e um dólares e doze centavos), durante no período em que a imagem da blogueira esteve vinculada ao curso (de 07/01/2021 até 09/06/2021).

O Ministério Público do Estado de São Paulo, ao proferir parecer no caso, opinou pela condenação da parte ré a restituir a autora pelos lucros da intervenção, entendendo que o percentual de 10% (dez por cento) das vendas seria adequado, sob o fundamento de inexistir outras informações para identificação do montante restituintório, além do valor das vendas.

Em primeiro grau, o magistrado *a quo* fundamentou que:

Importante destacar que conforme indicado na contestação a requerida possui três versões do curso, sendo que a afiliada KEILIANE, valeu-se da imagem da autora para a divulgação do "o Curso de Maquiagem na Web 1.0". Com este curso, no período de 07.01.2021 a 09.06.2021 a requerida teve êxito nas vendas que somam o valor de R\$ 69.167,21 (vendas completas). Por outro lado, há de se considerar também que restou comprovado na contestação que a afiliada obteve êxito na venda de apenas um curso, que ocorreu anteriormente ao uso da imagem da autora (data da 27/12/2020 – fl. 78). Ainda que se cogite que os consumidores poderiam ter saído da página da afiliada e adquirido o curso diretamente da página da ré, os percentuais indicados pela autora (30%) e pelo Ministério Público (10%) se mostram elevados demais, face que a afiliada KEILIANE não obteve êxito em qualquer venda (direta). Notadamente o valor final do curso ao consumidor é de R\$ 39,90 (fls. 23/27) e a afiliada efetivamente recebeu a título de comissão o valor de R\$ 5,09 (fl. 78 – ainda que a referida venda não tenha qualquer ligação com a imagem da autora, posto que realizada em momento anterior). Ponderando essas informações, fixo o valor do lucro de intervenção o percentual de 1% sobre as vendas completas (R\$ 69.167,21)¹⁰¹⁰.

¹⁰¹⁰ BRASIL, TJ/SP. Quarta Câmara Cível. *Apelação n. 1006440-12.2021.8.26.0405*. Rel. Des. Márcia Dalla Déa Barone. São Paulo, 16 de agosto de 2022.

Após recurso interposto pela maquiadora requerendo a reforma da decisão, na medida em que o valor das vendas corresponde ao lucro bruto e não ao lucro líquido auferido com o curso, o Tribunal de Justiça de São Paulo manteve a condenação no percentual de 1% (um por cento) sobre as vendas completas do Curso de Maquiagem na Web 1 (R\$ 69.167,21).

No entanto, seguindo as linhas de imputação do lucro analisadas, para a correta quantificação dos valores se deve ater, primeiramente, a todo o enriquecimento (concreto) auferido pelo agente interventor durante o período que ocorreu o ato de intervenção.

No caso narrado, deve-se considerar o período de 07/01/2021 até 09/06/2021 e os valores efetivamente auferidos com os cursos de maquiagem, ou seja, o somatório total dos valores, incluindo os valores auferidos em dólar. Entende-se, por oportuno, que o fato de apenas um dos cursos estar vinculado à afiliada (Keiliane) não exclui a lógica de que os consumidores poderiam ingressar na plataforma – sem usar um código de afiliado ou outro meio de identificação – e escolher um dos dois cursos que estavam sendo ofertados na época.

Depois desse somatório, todas as despesas que a maquiadora obteve com os cursos – entre edições, gravações, pagamento de afiliados, pagamento da plataforma, gastos com divulgações, etc. – devem ser descontadas. Não se pode olvidar que, embora exista um ato de intervenção no direito de imagem de outrem, houve a participação e o trabalho da interventora na produção destes lucros, haja vista a elaboração, a divulgação e a venda. Ademais, deve-se perquirir se a vinculação da imagem da blogueira proporcionou um incremento nas vendas para o curso, porque a esta cabe o ressarcimento daquilo que, segundo o conteúdo da destinação, possui vinculação econômica com seu direito violado.

Ao analisar o grau de contribuição das partes, deve-se sempre partir de dois eixos centrais. De um lado, está a veiculação do curso, de uma maquiadora que tem igualmente seguidores e consumidores que acompanham seu trabalho, além de possuir uma estratégia de vendas e estar vinculada a um determinado público-alvo, o que, por si só, garante a venda de diversos cursos no período indicado. De outro lado, está a imagem de uma pessoa e de suas técnicas de maquiagem, cuja notoriedade está crescendo entre seus seguidores, podendo garantir parcela das vendas de determinados produtos¹⁰¹¹. Até porque, no caso específico, a

¹⁰¹¹ A massiva popularização das redes sociais, nos últimos anos, deu voz aos chamados “influenciadores digitais” ou “blogueiros”, pessoas que se tornaram notórias em seus nichos por meio das redes sociais, a partir dos conteúdos que postam e das dicas que fornecem. Tais influenciadores lucram com sua imagem a partir de suas interações na *internet* e de publicidade dirigida. De acordo com a *Forbes*, as marcas têm preferido a utilização de pequenos influenciadores como seus principais canais de *marketing* do que celebridades conhecidas nacionalmente, diante do alto grau de confiabilidade e afeição que o público possui com tais pessoas, mormente porque, ao contrário das grandes celebridades, tais pessoais geralmente possuem maior engajamento de seus seguidores porque são entendidas como “pessoas comuns” e próximas. (TARIQ, Haseeb. *Por que micro-influenciadores são tão*

própria blogueira só tomou conhecimento do uso indevido de sua imagem após receber mensagens de seus seguidores, como ficou demonstrado ao longo dos autos.

Por isso, os critérios da “notoriedade da pessoa retratada” e das “qualidades pessoais” do titular do direito usurpado se tornam importantes no caso dos direitos da personalidade, o que, como visto anteriormente, não é diferente no caso do uso de dados pessoais. Evidentemente, nem sempre a notoriedade da pessoa ou as suas qualidades pessoais garantem um acréscimo na venda de produtos, mas são critérios que devem ser analisados ao verificar os lucros proporcionais à contribuição do direito usurpado na formação dos lucros.

Outro critério relevante para a quantificação dos lucros da intervenção é, pois, o próprio lucro pretérito que o agente interventor obteve em casos análogos ou então a comparação de mercado dos lucros produzidos em situações semelhantes¹⁰¹².

No caso em análise, seria necessário comparar os períodos de venda do curso anteriores à utilização da imagem alheia – que poderiam ter sido fornecidos pela plataforma digital hospedeira do curso –, assim como as possíveis conversões e engajamentos que a própria blogueira obteve em casos análogos. Embora tais questões pareçam complexas, atualmente existem ferramentas próprias para otimização das estratégias de *marketing* nas plataformas digitais – a exemplo do *Instagram Analytics* e o *Google Analytics* – e de monetização, que permitem verificar tais métricas sem maiores complexidades¹⁰¹³.

Afigura-se necessário observar, ainda, que eventuais interesses patrimoniais do titular do direito usurpado ou questões particulares – como a ausência de iniciativa anterior do titular para a realização do lucro ou mesmo a reprovação da conduta do interventor pelo titular – não podem ser considerados como parâmetros para a restituição do lucro da intervenção¹⁰¹⁴.

Por exemplo, no caso da atriz Malu Mader, visto anteriormente, ficou comprovado que, além de a empresa interventora usurpar a imagem da atriz de uma minissérie e da chamativa manchete utilizada “*Malu Nua*”, a atriz jamais aceitou convite algum para posar desnuda, visando preservar sua reputação e sua família. Todavia, no cálculo dos lucros da intervenção, estes fatos, particulares da atriz, não poderiam, caso houvesse o pedido

importantes. Disponível em: <https://forbes.com.br/negocios/2019/06/por-que-micro-influenciadores-sao-tao-importantes/>. Acesso em: 21 maio 2023).

¹⁰¹² LINS, 2016, p. 194-195.

¹⁰¹³ Todas as redes sociais possuem plataformas para análise de performance dos perfis comerciais, que podem indicar alcance, impressões, navegações, respostas, interações, etc. Para maiores informações, ver: GOOGLE ANALYTICS. *É ótimo ter você no Google Analytics*. Disponível em: <https://analytics.google.com/analytics/web/provision/#/provision>. Acesso em: 19 maio 2023. Algumas plataformas também possuem fórmulas de monetização, como ocorre no *TikTok* (rede utilizada pela parte no caso).

¹⁰¹⁴ Nesse sentido, posiciona-se LINS, 2016, p. 184 e 229-230.

restituído, ser aferidos no âmbito do enriquecimento sem causa, mas sim como um critério de valoração em termos de indenização por danos extrapatrimoniais¹⁰¹⁵.

Ao final de todas essas verificações, é possível chegar ao lucro líquido auferido pelo agente interventor e aos fatores mais proporcionais a cada uma das partes – entre interventor e titular do direito violado – na atribuição do lucro da intervenção, para então aplicar as disposições do §1º do artigo 1272 do Código Civil de 2002: “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.”.

Notadamente, essa divisão ainda pode ser tormentosa na prática e, muito provavelmente, a identificação de percentuais, a serem fixados após a metodologia da “imputação do lucro”, considerando casos análogos, pode servir de importante instrumento para futuras decisões dos tribunais nacionais. Todavia, não se pode defender a fixação aleatória de percentuais (1% ou 5%) para aferição do montante a ser restituído a título de lucro da intervenção, como bem delimitado pelo STJ no caso da atriz Giovanna Antonelli.

A propósito, no caso narrado, muito provavelmente, o grande fator de atribuição do lucro auferido no período indicado correspondeu às próprias habilidades da maquiadora profissional, mas a fixação de 1% (um por cento) sobre o valor bruto das vendas de um dos cursos de maquiagem (R\$ 69.167,21) corresponde, em números, a R\$ 691,67 (seiscentos e noventa e um reais e sessenta e sete centavos). No entanto, o valor mínimo a ser restituído – ainda que o interventor tenha agido de boa-fé e a pessoa retratada não seja notória – corresponde aos valores de mercado e, esse montante, provavelmente não corresponde aos valores normalmente acordados pelas partes para a realização de publicidades análogas.

Nesse contexto, também cabe retornar ao caso da bioquímica relatado anteriormente nesta pesquisa. Embora a questão tenha sido analisada sob a ótica dos lucros cessantes¹⁰¹⁶, evidenciou-se que o laboratório interventor foi condenado a “indenizar” a bioquímica em montante correspondente a 50% (cinquenta por cento) dos exames citológicos, que foram realizados pelo convênio, de janeiro de 2005 até junho de 2009, período em que os dados pessoais da autora estiveram vinculados indevidamente ao laboratório no SUS/CNES.

¹⁰¹⁵ BRASIL, TJ/RJ, Nona Câmara Cível, *Ap. 20.737/00*, Autos n. 0099697-26.1999.8.19.0001. Rel. Des. Marcus Tullius Alves. Rio de Janeiro, 13 de março de 2001.

¹⁰¹⁶ É interessante apontar que o Ministério Público do Estado da Paraíba proferiu parecer contrário à condenação por danos materiais, justificando que “inferimos que não houve prejuízo material à apelada que justifique a condenação [...]. Sem prova da existência do dano não se condena o afirmado ofensor no pagamento de indenização de danos materiais” (BRASIL. TJ/PB. Terceira Câmara Cível. *Apelação Cível n. 200.2009.026.228-4/001*. Des. Rel. José Aurélio da Cruz. João Pessoa, 18 de março de 2013).

Da análise dos autos, percebe-se que foram realizados 54.000 (cinquenta e quatro mil) exames no período indicado, com um faturamento na ordem de R\$ 573.480,00 (quinhentos e setenta e três mil, quatrocentos e oitenta reais), sendo que o montante a ser restituído no caso gira em torno de R\$ 286.740,00 (duzentos e oitenta e seis mil, setecentos e quarenta reais)¹⁰¹⁷.

Por certo, as atividades de análises laboratoriais junto ao convênio com o SUS não seriam realizadas se não fossem os dados e a qualificação profissional da bioquímica, uma vez que esta ostentava a condição de responsável técnica pelas operações de saúde da mulher existentes no estabelecimento, porquanto para o SUS/CNES era obrigatório ter a qualificação técnica de citologia clínica. No entanto, o caso narrado não deveria fugir à regra geral da “imputação do lucro” e, assim, realizar todas as deduções necessárias para aferição do lucro líquido economicamente imputável à profissional e suas qualidades técnicas.

Significa dizer que não se pode considerar o valor auferido a título de faturamento, mas sim os lucros líquidos auferidos pelo agente interventor, sendo descontadas todas as despesas que o laboratório obteve no período para a realização dos exames citológicos e os honorários que normalmente seriam acordados pelas partes para realização dos serviços indicados (valores de mercado). Posteriormente, caberia a análise do grau de contribuição de cada uma das partes para a obtenção dos lucros e, no caso, acredita-se que a comparação de mercado de outros profissionais, também responsáveis clinicamente por exames citológicos, caberia para correta divisão dos lucros da intervenção no caso concreto.

De forma resumida, entende-se que a quantificação dos lucros da intervenção deve observar os seguintes critérios: a) a identificação de todas as vantagens (concretas) presentes no patrimônio do interventor a partir do ato de intervenção e no período que este perdurou; b) a valoração da boa-fé e da má-fé da conduta do interventor, considerando que o valor mínimo a ser restituído será os valores de mercado; c) o abatimento de todas as despesas que o interventor obteve para alcançar o lucro líquido; d) a apuração do grau de contribuição de cada uma das partes para a obtenção dos lucros, considerando os subcritérios: a notoriedade da pessoa retratada, as qualidades pessoais do titular do direito, o lucro pretérito que o agente interventor obteve em casos análogos, a comparação de mercado dos lucros produzidos em situações semelhantes; e d) a distribuição do lucro da intervenção proporcional à contribuição de cada partícipe da relação jurídica, à luz do artigo 1272 do Código Civil de 2002.

À medida que novos casos sejam observados na prática, notadamente, novos critérios podem ser acrescidos à regra geral. No caso específico dos dados pessoais, acredita-se que, a

¹⁰¹⁷ O caso citado ainda está em fase inicial de cumprimento de sentença, por isso não existem maiores parâmetros fáticos, a exemplo dos relatórios contábeis do laboratório, para detalhamento desta pesquisa.

depende do caso concreto, principalmente no que tange à tutela coletiva, pode ser necessário levar em consideração o “valor-dados”¹⁰¹⁸, que deveria ser considerado um dever de informação dos controladores e – *lege ferenda* – ser incluído no rol dos direitos dos titulares dos dados elencados na LGPD (artigo 18), como será verificado no próximo subtítulo.

3.9.4 A quantificação do lucro das intervenções nos casos de tutela coletiva

Ao longo deste capítulo, defendeu-se a possibilidade de restituição dos lucros da intervenção também no âmbito coletivo, considerando a titularidade dos grupos, das classes de pessoais e da coletividade como sujeitos de direitos, mais especificadamente do direito à proteção de dados pessoais frente às novas realidades sociais e econômicas.

Em termos quantitativos, acredita-se que a regra geral da “imputação dos lucros” pode ser bem aproveitada também no âmbito coletivo. Portanto, para a quantificação do lucro da intervenção devem ser observados os critérios a) da identificação de todas as vantagens (concretas) presentes no patrimônio do interventor a partir do ato de intervenção e no período em que este perdurou; b) da valoração da boa-fé e da má-fé da conduta do interventor, considerando que o valor mínimo a ser restituído será os valores de mercado¹⁰¹⁹; e c) do abatimento de todas as despesas que o agente interventor obteve para alcançar o lucro líquido.

Quanto aos critérios da apuração do grau de contribuição de cada uma das partes para a obtenção dos lucros, considerando os subcritérios: a notoriedade da pessoa retratada, as qualidades pessoais do titular do direito, o lucro pretérito que o agente interventor obteve em casos análogos e a comparação de mercado dos lucros produzidos em situações semelhantes; acredita-se que esses requisitos devem ser relativizados em partes, na medida em que o valor dos dados pessoais está na reunião massiva dos dados pessoais de certos grupos de pessoas “comuns” e não propriamente de um sujeito, que se difere das demais pessoas por sua notoriedade ou por suas qualidades pessoais na situação fática concreta.

Vale lembrar, por oportuno, que o grupo passa a ser titular do direito violado nestes casos específicos, pela mesma lógica que os direitos são atribuídos às pessoas naturais (aos indivíduos), e o próprio grupo passa a ser tratado como um indivíduo¹⁰²⁰.

¹⁰¹⁸ Expressão extraída de CAMARGO, 2020, p. 176.

¹⁰¹⁹ Remova-se que no caso do tratamento de dados pessoais sem fundamento legal dificilmente se verificará uma intervenção de boa-fé.

¹⁰²⁰ FLORIDI, 2017, p. 3. Essa defesa também está em ISZLAJI, 2022; e ZANATTA; SOUZA, 2019.

Por essa razão, acredita-se que a identificação do “valor-dados”¹⁰²¹ pode ser um importante subcritério para aferição dos lucros da intervenção, juntamente com o enriquecimento concreto auferido pelo agente interventor nos casos dos grupos.

À luz de Gianclaudio Malgieri e Bart Custers, os dados pessoais possuem valor monetário na economia baseada em dados e são, com frequência, considerados como uma contrapartida para serviços digitais “gratuitos” ou para descontos em produtos e serviços, assim como são considerados ativos comerciais. Ao mesmo tempo, os indivíduos não estão cientes do valor monetário de seus dados pessoais e tendem a subestimar seu poder econômico no mercado de dados e sucumbir passivamente à mercantilização de sua identidade digital¹⁰²².

Desse modo, para os autores, conscientizar as pessoas naturais da potencialidade de seus dados é uma medida necessária na contemporaneidade e que trará verdadeiro equilíbrio entre promover a inovação e a proteção da pessoa humana. Logo, a solução para esse problema é a introdução no RGPD de um novo direito dos titulares de dados, quais sejam: receber dos controladores informações sobre o valor monetário de seus dados pessoais¹⁰²³.

Nesse contexto, a grande questão não é precificar o dado *per se*, mas sim precificar atributos pessoais combinados (identidades digitais ou perfis digitais) naquela situação em que estão inseridos. A monetização dos dados está nos conjuntos de dados pessoais e não nos dados únicos, assim como existem muitos fatores que afetam o preço dos dados pessoais, considerando a atividade de tratamento a ser desenvolvida e fatores como tamanho, integridade, precisão, atualização, raridade, sensibilidade e singularidade podem influenciar o valor. Por isso, para os autores, deve-se adicionar pesos a esses fatores, que dependem do contexto e das finalidades para as quais os dados pessoais são recolhidos e utilizados na economia¹⁰²⁴.

Em sentido semelhante, Gustavo Xavier Camargo explica que existe um “valor-dados por usuário”, ao menos no âmbito das plataformas digitais, uma vez que os dados pessoais são uma matéria-prima para uma outra relação contratual entre a plataforma e o anunciante, e o serviço ofertado ao usuário final poderia ser disponibilizado por uma relação contratual direta, em que o usuário final pagaria pelo serviço disponibilizado, sem a existência da transação publicitária, que consome dados pessoais do usuário. Desta forma, o “valor-dados por usuário” pode ser encontrado a partir da diferença entre o preço pago em uma hipotética contratação direta e o preço pago na contratação onde há essa apropriação¹⁰²⁵.

¹⁰²¹ Expressão extraída de CAMARGO, 2020, p. 176.

¹⁰²² MALGIERI; CUSTERS, 2018, p. 290.

¹⁰²³ MALGIERI; CUSTERS, 2018, p. 293.

¹⁰²⁴ MALGIERI; CUSTERS, 2018, p. 300.

¹⁰²⁵ CAMARGO, 2020, p. 174.

A título exemplificativo, o autor cita o caso do jornal *The Washington Post* que, após a entrada em vigor RGD, repensou seu modelo de cobrança para a Europa, disponibilizando três opções para os usuários: i) uma gratuita, que dá direito à leitura de um número limitado de artigos por mês, na qual o usuário deve consentir com o uso de *cookies* e outros mecanismos de rastreamento para publicidade personalizada; ii) uma intermediária (*All-Access Digital*), sendo cobrado 60 euros por ano de cada usuário para ter acesso ilimitado ao *site* e aplicativos, mas ainda assim o usuário deve consentir com o rastreamento e uso de dados pessoais para publicidade; e iii) uma *premium (EU Ad-Free)*, em que o usuário paga 90 euros por ano para ter acesso irrestrito a conteúdo e aplicações, mas nesse caso não há exibição de anúncios nem rastreamento de dados para fins de publicidade direcionada¹⁰²⁶.

Na conclusão do autor:

Numa projeção perfeita, a receita aferida em um cenário onde todos os usuários optam pela oferta *All-Access Digital* deveria ser igual à receita aferida quando todos os usuários optam pela oferta *Premium EU Ad-Free*. Assim, a diferença do valor obtido pelo pagamento direto entre os dois extremos seria o equivalente ao valor agregado pelos dados pessoais mais a atenção do usuário. Considerando esse modelo ideal, onde o dono da plataforma tenta estabelecer um valor justo pelo agregado de todos os dados pessoais e toda atenção dos usuários, o que se reflete no preço final é simplesmente a divisão entre esse valor agregado, que daqui em diante chamaremos simplesmente de “valor-dados”, por uma quantidade estimada de usuários.

Utilizando o Facebook como exemplo, a empresa fechou o ano com um faturamento gerado por publicidade de US\$ 69,655 bilhões e 2,5 bilhões de usuários únicos que utilizaram a plataforma pelo menos uma vez por mês. Neste sentido, um valor-dados por usuário equilibrado, considerando a margem operacional de 34% e o resultado líquido de US\$ 18,485 bilhões, equivalente a 26,54% do faturamento, poderia ser o resultado da divisão entre o faturamento gerado por publicidade e o número de usuários únicos mensais, que daria um valor próximo a US\$ 28,00 dólares anuais¹⁰²⁷

É importante salientar que esse “valor-dados” pode ser um possível parâmetro para definição de preço-base dos dados pessoais também para o cálculo do lucro da intervenção, visto que o “valor-dados” de um grupo corresponderá à soma mínima a ser restituída no âmbito coletivo e será calculado a partir das próprias métricas da atividade desenvolvida. Se tal parâmetro passar a ser um dever de informação dos controladores – como defendem

¹⁰²⁶ Exemplo extraído de CAMARGO, 2020, p. 175.

¹⁰²⁷ CAMARGO, 2020, p. 176. É importante destacar que o autor defende a vedação à gratuidade compulsória dos serviços digitais como forma de proteção de dados pessoais. E assim, o autor anota que “É preciso considerar, portanto, que sempre há a possibilidade de manipulação desse valor pelo fornecedor. As plataformas aproveitam os efeitos de rede que, em grande medida, não estariam presentes caso a remuneração ocorresse de forma direta. Isso poderia levar o dono da plataforma a estabelecer um valor-dados por usuário exorbitante, com o objetivo de desestimulá-los a optarem pela oferta paga diretamente. Voltando ao caso do Facebook, o valor-dados por usuário poderia ser fixado em, por exemplo, US\$ 600,00 dólares anuais (US\$ 50,00 mensais), o que inviabilizaria a oferta. Uma boa maneira de desarmar esse desequilíbrio na fixação arbitrária do preço, seria estabelecer um imposto sobre o valor-dados, a ser pago pelo dono da plataforma.”.

Gianclaudio Malgieri e Bart Custers para o RGPD – o cálculo do lucro da intervenção se torna mais fácil da prática e proporcional ao perfil funcional do enriquecimento sem causa, assim como para a distribuição do lucro proporcional à contribuição de cada partícipe.

Nesse contexto geral, retorna-se ao caso da comercialização de dados pessoais pelo Serasa S.A, julgado pela 2ª Turma Civil do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Território no último ano. Recorda-se que o Serasa S.A. vinha comercializando dados pessoais de milhões brasileiros por meio das plataformas “Lista Online” e “Prospecção de Clientes” da Serasa Experian. A partir da “Lista Online” era possível montar uma lista personalizada para encontrar novos clientes, com características aderentes aos produtos e serviços que se comercializa. Já com a “Prospecção de Clientes” era possível buscar novos clientes por meio da definição de perfis pré-definidos de consumidores. O custo da consulta – por pessoa natural – era de R\$ 0,98 (noventa e oito centavos), em um universo potencial de 150 milhões de titulares¹⁰²⁸.

Além disso, o contratante recebia as seguintes informações: CPF, nome, endereço, até 3 telefones e sexo, sendo possível segmentar as buscas a partir de dados como: sexo, idade, poder aquisitivo, classe social, geolocalização, modelos de afinidade e triagem de risco.

A pretensão do Ministério Público do Distrito Federal e Território envolvia tão somente a abstenção do Serasa S.A. de comercializar os dados pessoais dos titulares por meio dos serviços “Lista Online” e “Prospecção de Clientes”, sob o fundamento de que a atividade de tratamento de dados pessoais não estava pautada em uma das bases legais da LGPD, mas claramente poderia envolver a tutela do enriquecimento sem causa.

Nota-se que a defesa do Serasa S.A. alegava que os serviços não geravam danos aos consumidores, assim como que estes estariam em conformidade com as disposições LGPD na medida em que os dados pessoais comercializados eram manifestamente públicos pelos titulares (em operações cotidianas), e a atividade de tratamento de dados estava fulcrada no legítimo interesse (artigo 7º, inciso IX) ou na proteção do crédito (artigo 7º, inciso X).

De acordo com a decisão do Tribunal estadual, as atividades de tratamento desenvolvidas estão precipuamente vinculadas ao *marketing service*. São ferramentas de tratamento de dados pessoais, capazes de melhorar o relacionamento das empresas-clientes com a sua carteira de consumidores e alavancar o seu negócio, pois conseguem apresentar novos interessados em seus produtos (direcionamento de oportunidades).

Portanto, tal atividade afasta a incidência da base legal de proteção ao crédito e acaba se aproximando da base legal do legítimo interesse do controlador, já que não envolvia dados

¹⁰²⁸ BRASIL, TJDF. Segunda Turma Cível. *Apelação n. 736634-81.2020.8.07.0001*. Rel. Des. Cesar Loyola. Brasília, 27 de maio de 2021.

peçoais sensíveis¹⁰²⁹. Todavia, a atividade desenvolvida, nos termos do artigo 10 da LGPD, segundo o Tribunal, deve respeitar a legítima expectativa dos titulares dos dados e seus direitos e liberdades fundamentais, bem como deve o controlador adotar medidas para garantir a transparência da atividade desenvolvida, o que não ocorreu no caso em apreço.

É de se complementar que, ainda que os dados pessoais sejam manifestadamente públicos, deve-se levar em consideração “como” se tornaram públicos – se por um ato próprio do titular ou de terceiros – já que a LGPD só permite a utilização de dados tornados públicos pelos próprios titulares (§4º do artigo 7º) e, ainda que assim fosse, a finalidade da atividade desenvolvida pelo agente interventor – venda de dados – provavelmente não possuía compatibilidade com a finalidade originária que os dados pessoais se tornaram públicos.

Nesse contexto, acredita-se que o caso concreto também comportaria a restituição dos lucros da intervenção sob o manto da tutela coletiva – do direito do grupo *ad hoc* – e, para fins quantitativos, deveria ser considerado o montante concreto do enriquecimento da empresa interventora nas atividades desenvolvidas (“Lista Online” e “Prospecção de Clientes” da Serasa Experian), pelo período em que foram efetivamente desenvolvidas, sendo descontadas todas as despesas que o Serasa S.A obteve para, só então, alcançar o lucro líquido¹⁰³⁰.

Nota-se que, por se tratar de uma venda direta e reiterada de dados pessoais, a análise dos subcritérios do grau de contribuição das partes (notoriedade da pessoa retratada, qualidades especiais, lucros obtidos pelo agente interventor em atividades semelhantes, etc.) fica prejudicada. Nem mesmo o “valor-dados” seria útil no caso em análise, justamente por se tratar de venda direta e reiterada, ainda que se conheça o valor mínimo de uma consulta por pessoa (R\$0,98) e o número de pessoas cadastradas para consulta na plataforma (150 milhões).

A par dessas considerações, entende-se que a divisão dos lucros auferidos em percentual de 50% (cinquenta por cento) para cada parte estaria em conformidade com o perfil funcional do enriquecimento sem causa na modalidade da *condictio* por intervenção – uma vez

¹⁰²⁹ De acordo com o julgado, “ainda que as informações repassadas às empresas-clientes se resumam a uma lista com dados de natureza predominantemente cadastral (nome, sexo, data de nascimento, CPF, endereço e telefones), emerge claro que os dados coletados e tratados integram uma base substancialmente maior, que abrange fatores demográficos, socioeconômicos e comportamentais – caso contrário, não haveria como classificar e apontar consumidores de acordo com poder aquisitivo, classe social, modelos de afinidade e padrões de consumo. Supondo que os dados tratados pela requerida – mesmo aqueles não disponibilizados à venda, mas utilizados em seus modelos de segmentação – não avançam sobre informações sensíveis (sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico), o exame da presente controvérsia deve ser realizado à luz do Capítulo II da Lei nº 13.709/2018.” (BRASIL, TJDFT. Segunda Turma Cível. *Apelação n. 736634-81.2020.8.07.0001*. Rel. Des. Cesar Loyola. Brasília, 27 de maio de 2021).

¹⁰³⁰ Notadamente, no caso em tela, torna-se difícil defender a boa-fé do agente interventor.

que as noções essenciais do instituto levam à ausência de uma acepção de confisco ao lucro da intervenção –, sendo tal montante destinado a um fundo coletivo.

Finalmente, cumpre salientar que se o Projeto de Lei nº 1641/2021 for aprovado, sem alterações em seu texto, caberia ao caso em análise a “restituição integral dos lucros ou vantagens obtidas ilicitamente”, mas se deve entender que a restituição sempre levará em consideração a parte do lucro líquido que foi obtida “às custas de outrem”. Como corolário lógico, elimina-se a possibilidade de quantificar o montante a ser restituído com fulcro no faturamento ou no lucro bruto obtido pelo agente interventor, assim como de se considerar um intervalo de tempo maior – ou menor – do que o da efetiva intervenção.

4 CONCLUSÃO

Após a leitura integral deste trabalho, entende-se que se cumpriu o objetivo de pesquisa, na medida em que se verificou a possibilidade de fundamentar e quantificar a restituição do lucro da intervenção enquanto enriquecimento sem causa, nos casos de tratamento de dados pessoais, considerando o conteúdo de destinação jurídico das posições jurídicas individuais e coletivas à luz da ordenação jurídica brasileira.

Diante da divergência doutrinária sobre o enquadramento da pretensão ao lucro da intervenção no ordenamento jurídico nacional, no primeiro capítulo, estudou-se as noções essenciais dos institutos da responsabilidade civil e do enriquecimento sem causa enquanto fontes do Direito das Obrigações, desde seu elo comum até suas distinções funcionais, com destaque ao desenvolvimento do enriquecimento sem causa. Estudou-se, ainda, o tratamento conferido ao lucro da intervenção nos países de tradição jurídica romano-germânica, em especial Alemanha, Portugal e Espanha, eis que o problema se apresentou inicialmente no direito alemão e, posteriormente, foi desenvolvido nas doutrinas portuguesa e espanhola.

A par desse desenvolvimento teórico inicial, constatou-se que a pretensão ao lucro da intervenção não se enquadra no regime de responsabilidade civil, em que pese tenha se tornado convidativo enquadrá-la nesta fonte obrigacional na contemporaneidade sob a justificativa de que é difícil quantificar os danos em muitos casos ou de que este instituto tem um caráter multifuncional frente à antijuridicidade da conduta do ofensor. Por outro lado, chegou-se à conclusão de que o lucro da intervenção está inserido nos quadros do enriquecimento sem causa, na modalidade na *condictio* por intervenção ou enriquecimento por intervenção.

As preocupações quanto à necessidade de restituir os lucros indevidamente auferidos por aquele que intervém nos direitos alheios nasceram no seio do instituto do enriquecimento sem causa, com destaque aos estudos desenvolvidos por Fritz Schulz na Alemanha. Todavia, não se pode negar que Hugo Grócio já considerava que a obrigação de restituir surgia sempre que alguém sem título jurídico obtinha um “lucro” a partir da propriedade de outrem e, na sequência, relacionava-o diretamente às *condictiones* e às ações possessórias.

Significa dizer que o enriquecimento sem causa sempre foi o instituto jurídico preocupado em restituir as vantagens econômicas indevidamente auferidas diante da ausência de uma causa de atribuição. Desde o Direito Romano até a sua consolidação na doutrina do direito moderno, a civilística percebeu a necessidade de reconhecer o instituto ante as necessidades sociais, visto que o instituto da responsabilidade civil nunca possuiu o condão de

restituir o locupletamento indevido, mas sim de indenizar o dano – e somente ele – suportado pela vítima do evento danoso causado pelo agente ofensor.

Outrossim, verificou-se que a inclusão da restituição do lucro da intervenção nos quadros do enriquecimento sem causa na realidade nacional é muito mais uma questão de quantificação da pretensão restituitória do que de enquadramento funcional.

Isso porque a civilística nacional encontrou na sistemática alemã – seguida também em Portugal e em Espanha – a melhor solução para a consagração do enriquecimento sem causa no ordenamento jurídico brasileiro, como também sempre considerou a possibilidade de restituição nos casos de intervenções não autorizadas nos direitos alheios, incorporando a *condictio* por intervenção a partir da locução “à custa de outrem” contida no *caput* do artigo 884 do CC/2002 desde muito cedo, embora grande parte da civilística não tenha utilizado a expressão *condictio* por intervenção (ou enriquecimento por intervenção) ou fundamentado o instituto na moderna teoria do conteúdo de destinação à época da codificação de 2002.

Dito de outra forma, a cláusula geral de vedação ao enriquecimento sem causa brasileira comporta dogmaticamente a restituição do lucro da intervenção, o qual é propriamente o resultado lucrativo das intervenções não autorizadas nos direitos alheios e está englobado na *condictio* por intervenção, assim como estão os valores de mercado tradicionalmente defendidos como restituíveis no Brasil. Além disso, as interpretações dogmáticas conferidas aos requisitos “enriquecimento” e “às custas de outrem” sempre foram alargadas na civilística e permitem a restituição do lucro da intervenção, embora a doutrina só tenha trazido à baila a possibilidade de restituir tais lucros muito recentemente. Soma-se, ainda, o fato de que o ordenamento jurídico brasileiro não apresenta qualquer entrave legislativo para a restituição do lucro da intervenção à luz da cláusula geral de vedação ao enriquecimento sem causa, nem mesmo no que tange à subsidiariedade do instituto (art. 886 do CC/2002).

Sob tais perspectivas, defendeu-se no primeiro capítulo desta pesquisa que se deve reconhecer definitivamente a *condictio* por intervenção no direito brasileiro e consagrar a restituição dos lucros da intervenção a partir das concepções doutrinárias iniciadas por Walter Wilburg na Alemanha – e seguida por doutrinadores como João de Matos Antunes Varela, Diego José Paredes Leite de Campos, Rui de Alarcão e Mário Júlio de Almeida Costa em Portugal e Xavier Basozabal Arrue em Espanha –, realizando-se uma análise objetiva do conteúdo da destinação do direito subjetivo violado ou de posição jurídica análoga à luz do ordenamento jurídico brasileiro e uma análise dinâmica das vantagens econômicas auferidas pelo agente a partir da intervenção. Isso porque a redação do artigo 884 do CC/2002 permite

elucidar não só a acepção alargada de enriquecimento obtido “à custa de outrem”, como também de que o objeto da restituição está vinculado ao montante “indevidamente auferido”.

Vale lembrar que, após a consolidação da cláusula geral de enriquecimento sem causa no Código Civil alemão (§ 812 do BGB), a moderna teoria dualista do instituto passou a ser defendida majoritariamente na Alemanha, proposta por Walter Wilburg e seguida, em certa medida, por Ernst Von Caemmerer, sendo que o enriquecimento sem causa passou a ser dividido entre as *condictiones* fundadas em uma prestação e as que não possuem por base uma prestação, estando, entre as últimas, a *condictio* por intervenção em grande relevo.

Também se verificou que a *condictio* por intervenção opera como um remédio restitutivo nos casos de intervenções, não autorizadas, nos direitos de outrem. No entanto, não basta identificar a ocorrência de um enriquecimento – em sentido *lato* – a partir de um ato de intervenção não autorizado em um direito subjetivo absoluto ou de uma posição jurídica análoga alheia para deflagrar essa modalidade; deve-se, antes, verificar se esse enriquecimento ocorreu “às custas de outrem”, o que se dará se o direito violado possuir conteúdo de destinação (*Zuweisungsgelt*). Isso porque somente aquelas posições jurídicas que possuem exploração econômica e reservam ao seu respectivo titular esse aproveitamento e a possibilidade de excluir terceiros são efetivamente tutelados pela *condictio* por intervenção.

Da mesma forma, constatou-se que, embora as teses de Wilburg e de von Caemmerer possuam como núcleo duro a noção de conteúdo de destinação jurídica, os doutrinadores alemães divergiam sobre o objeto a ser restituído no âmbito da *condictio* por intervenção.

Para Wilburg, a extensão da pretensão da *condictio* por intervenção dependeria da ligação econômica que os bens ou direitos alheios possuem com as vantagens patrimoniais auferidas pelo interventor. Assim sendo, o titular do direito violado poderia requerer a restituição dos valores de mercado, bem como a parte dos lucros da intervenção que possuem ligação econômica e direta com este direito violado. Por outro lado, para von Caemmerer, se alguém intervém nos direitos de outrem, está se enriquecendo injustamente na medida em que está em contradição com o objetivo perseguido pelo direito de propriedade e, por isso, o interventor deve restituir somente o valor que deveria ter pago se tivesse autorização para uso deste direito, excluindo a possibilidade de restituição do lucro da intervenção.

Por tais razões, defendeu-se o reconhecimento definitivo da *condictio* por intervenção no direito brasileiro a partir da tese iniciada por Wilburg na Alemanha, compreendendo-se a possibilidade de restituição do lucro da intervenção, nos quadros do enriquecimento sem causa, à medida que este foi auferido “às custas de outrem”, conforme a destinação dos direitos subjetivos absolutos e das posições jurídicas análogas no ordenamento jurídico nacional, salvo

os casos de intervenção dos direitos de propriedade industrial, porquanto, mesmo que se defenda, nesta pesquisa, a necessidade de alteração legislativa, os lucros da intervenção, juntamente com os valores de mercado, estão abrangidos, *ex lege*, pelo instituto da responsabilidade civil, através dos “lucros cessantes presumidos” no artigo 210 da LPI.

Superada a dificuldade do enquadramento do lucro da intervenção na sistemática nacional, no segundo capítulo, passou-se a analisar a possibilidade de fundamentar uma pretensão ao lucro da intervenção nos casos de tratamento de dados pessoais e, para tal fim, traçou-se o papel central dos dados pessoais na economia contemporânea e a proteção jurídica concedida aos titulares desses dados no ordenamento jurídico pátrio, porquanto o dever de restituir só nascerá quando o enriquecimento (em sentido *lato*) for considerado “às custas de outrem” – na medida em que contradisser o conteúdo de destinação do próprio direito violado – e “sem justa causa” – mediante a ausência do consentimento do titular da posição jurídica violada ou de uma autorização normativa expressa que o justifique –.

Nessa linha de raciocínio, verificou-se que é possível fundamentar uma pretensão ao lucro da intervenção nos casos de tratamento de dados pessoais, uma vez que o legislador nacional reconheceu a titularidade exclusiva dos dados pessoais enquanto atributos da personalidade da pessoa humana e concedeu maior controle de utilização aos titulares e de segurança por meio das causas de justificação das atividades de tratamento elencadas na LGPD. Da mesma forma, não se pode olvidar que a valoração econômica dos dados pessoais está no seu “alto valor informativo” capaz de proporcionar inúmeras possibilidades lucrativas aos agentes de tratamento de dados – com destaque ao controlador – na contemporaneidade.

Em outras palavras, concluiu-se que o mercado evidenciou o valor econômico dos dados pessoais na sociedade contemporânea e coube ao ordenamento jurídico nacional regular a utilização destes dados pessoais, reconhecendo seus verdadeiros titulares e limitando a atuação dos agentes de tratamento a partir das hipóteses legais elencadas nos artigos 7º e 11 da LGPD. Desta forma, na ausência de um tratamento legítimo e lícito – ou em violação ao direito de proteção de dados pessoais – também cabe ao ordenamento jurídico brasileiro destinar o aproveitamento econômico (enriquecimento em sentido *lato*) desta ingerência não autorizada dos dados pessoais, que compõem os direitos da personalidade da pessoa humana.

Vale destacar que, embora alguns doutrinadores nacionais neguem a própria natureza negocial do consentimento, a dinâmica econômica sedimentou o valor dos dados pessoais e o consentimento vem ganhando contornos negociais a cada dia. Não se tem dúvidas de que os dados pessoais são pequenas partículas que formam a personalidade da pessoa humana e, ao mesmo tempo, passaram a ser uma *res intra commercium* na contemporaneidade.

Ademais, verificou-se que a jurisprudência nacional reconhece que o dever de restituição do lucro da intervenção “[...] 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”¹⁰³¹.

Por tais motivos, defende-se a aceitação da dimensão atributiva do direito à proteção de dados pessoais e a possibilidade de restituir o lucro da intervenção, desde que a valoração das posições protegidas – assim como ocorre nos demais direitos da personalidade – remonte à análise de alguns critérios, capazes de delinear a em inúmeras situações fáticas e sem perder de vista os aspectos monetários e o viés dinâmico do tratamento de dados pessoais.

Isto é, deve-se observar três parâmetros para a possibilidade de restituição do lucro da intervenção nos casos de tratamento de dados pessoais na realidade nacional: i) a identificação do valor dos dados pessoais, assim como da finalidade comercial da atividade de tratamento, mormente da função desempenhada pelos dados pessoais naquele contexto fático; ii) a ponderação entre a proteção de dados pessoais e outros interesses constitucionalmente tutelados, especialmente as liberdades de informação, a utilização de dados pessoais de interesse público ou mesmo de dados privados de conhecimento público, assim como a identificação se a atividade afeta o núcleo inviolável da vida privada; e iii) a verificação da notoriedade da pessoa titular dos dados ou de qualidades pessoais que a diferencia.

No entanto, também foi possível identificar que a complexidade dos desafios promovidos pelas tecnologias da informação torna cada vez mais difícil uma análise da tutela dos dados pessoais em nível individual e, assim, defendeu-se a possibilidade de restituição do lucro da intervenção na perspectiva coletiva. Considerou-se, portanto, que o ordenamento jurídico nacional reconheceu a possibilidade de defesa dos interesses e dos direitos dos titulares dos dados pessoais no âmbito coletivo (artigo 22 da LGPD), assim como que os olhares da civilística nacional se voltaram ao delineamento da dimensão coletiva da proteção de dados.

Isso porque muitos processos de tratamento de dados pessoais na atualidade não consideram os dados de um indivíduo singular, mas estes como parte integrante de um grupo específico, ultrapassando a dimensão individual. Por isso, o nascimento das discussões sobre o direito à proteção de dados pessoais para grupos específicos no direito brasileiro, enquanto titulares pela mesma lógica que os direitos são atribuídos às pessoas naturais, e, via reflexa, tutelando as pessoas humanas presentes nestes grupos identificados.

¹⁰³¹ BRASIL, STJ. Terceira Turma. *REsp 1698701/RJ*, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Brasília, 02 de outubro de 2018.

Vale recordar que a tutela coletiva na sistemática nacional abrange os direitos difusos, os direitos coletivos *stricto sensu* e os direitos individuais homogêneos. Em linhas gerais, os direitos difusos são caracterizados pela indeterminação absoluta dos titulares, que estão vinculados apenas diante de circunstâncias fáticas; os direitos coletivos *stricto sensu* são caracterizados pela indeterminação relativa, uma vez que os titulares estão vinculados entre si ou com a parte contrária a partir de uma relação jurídica-base; e os direitos individuais homogêneos são direitos subjetivos individuais e a qualificação “homogêneos” apenas proporciona um qualificativo instrumental (e não material), permitindo a defesa coletiva e a facilitação do acesso à justiça de interesses assemelhados.

A par dessas considerações, defendeu-se que a ingerência não autorizada em posições jurídicas asseguradas ao grupo – direitos transindividuais ou individuais homogêneos – pode acarretar não só uma obrigação de fazer ou de não fazer (e.g. corrigir ou suspender algum tratamento inadequado de dados) ou uma obrigação de indenizar (e.g. danos patrimoniais ou danos extrapatrimoniais), como também uma obrigação de restituir sob o manto do enriquecimento sem causa, compreendendo a restituição dos lucros da intervenção.

Em que pese inexistir tradição jurídica sobre a tutela do enriquecimento sem causa aplicada aos grupos, classes ou categorias de pessoas, quanto mais da própria sociedade, compreendeu-se que no momento em que há o reconhecimento dos grupos (em sentido *lato*) enquanto sujeitos de direito à proteção de dados pessoais (titulares e controladores do fluxo de seus dados), em meio à sociedade massificada e informacional contemporânea, se está preenchendo o suporte fático do requisito “às custas de outrem” – moldado na noção de conteúdo de destinação – da cláusula geral de enriquecimento sem causa.

Com efeito, o mercado evidenciou a existência de um valor comercial para os dados pessoais individual ou coletivamente, sobre a qual cabe o ordenamento jurídico conceder o aproveitamento econômico ao seu titular – indivíduo ou grupo –. Os dados pessoais são, a toda evidência, referências da pessoa humana e, diante da ausência de uma base legal para o tratamento de dados pessoais ou de uma violação ao direito fundamental à proteção de dados pessoais, cabe ao ordenamento jurídico pátrio destinar adequadamente os lucros da intervenção aos seus legítimos titulares, ainda que sob o manto da tutela coletiva.

Ademais, constatou-se que o ordenamento jurídico pátrio caminha no sentido de reconhecer a possibilidade de restituição do lucro da intervenção sob o manto coletivo. Atualmente, está em tramitação o Projeto de Lei nº 1641/2021 que objetiva aprimorar a disciplina das ações coletivas no Brasil e, entre as inovações propostas, enuncia-se que a tutela

coletiva é regida pelo princípio da “responsabilidade punitivo-pedagógica e restituição integral dos lucros ou vantagens obtidas ilicitamente com a prática do ilícito ou a ela conexas”.

No entanto, defendeu-se que, em que pese a proposta tenha reunido em um mesmo inciso (artigo 2º, inciso VI) a perspectiva da responsabilidade civil punitivo-pedagógica e a restituição integral dos lucros ou vantagens obtidas ilicitamente, a melhor interpretação da proposta é pelo reconhecimento da tutela do instituto do enriquecimento sem causa e não, pois, da multifuncionalidade da responsabilidade civil na perspectiva coletiva.

Da mesma forma, considerou-se que o lucro da intervenção não pode ser incluído no cálculo do dano moral coletivo, embora a doutrina venha defendendo tal possibilidade nos últimos anos e a jurisprudência admita a possibilidade de a indenização por danos morais coletivos assumir um viés marcadamente punitivo, uma vez que a lesão a direitos ou interesses difusos ou coletivos demanda o comprometimento da idoneidade dos bens jurídicos satisfazerem necessidades extrapatrimoniais de uma coletividade e tem como limite quantitativo a extensão do dano (artigo 944 do CC/2002), levando-se em consideração o método bifásico da quantificação dos danos extrapatrimoniais. Quer dizer, podem ser considerados enquanto critérios para a fixação do dano moral coletivo: a gravidade da lesão, a extensão do grupo atingido, a culpabilidade do agente, a condição econômica do ofensor e a reiteração de fatos semelhantes; porém, o lucro da intervenção não é critério a compor o cálculo do dano.

Finalmente, esta pesquisa destinou-se a análise da quantificação do lucro da intervenção a partir da verificação dinâmica e global das vantagens econômicas auferidas pelo agente interventor, considerando que o ponto de partida para a elucidação do objeto da restituição está no pressuposto de obtenção “à custa de outrem”, conjugado com a expressão restituir o “indevidamente auferido”, constante no *caput* do artigo 884 do CC/2002.

Dito de outra forma, deve-se identificar todas as vantagens (concretas) presentes no patrimônio do interventor a partir do ato de intervenção e no período em que este perdurou, para então perquirir adequadamente o “enriquecimento às custas de outrem”.

No entanto, contemplando as disposições doutrinária, jurisprudenciais e legislativas brasileiras, também se aderiu à tese da impossibilidade de restituir o lucro da intervenção nos casos de evidente boa-fé do interventor, sendo possível apenas a restituição dos valores de mercado em analogia às disposições legislativas presentes no artigo 1214 do CC/2002. Por outro lado, reconheceu-se a possibilidade de restituição do lucro da intervenção, juntamente com os valores de mercado, nos casos de intervenção de má-fé. Contudo, concluiu-se que não é possível tutelar a má-fé por analogia, dado que, assim sendo, o enriquecimento sem causa serviria de instrumento de punição, o que não se coaduna com as disposições do direito

nacional, nem mesmo com as raízes embrionárias do instituto no Direito Romano, tampouco com a máxima de Ulpiano, “*suum cuique tribuere*” (dar a cada um o que é seu).

A perspectiva endossada é de que ao intervir nos direitos subjetivos absolutos ou em posições jurídicas análogas alheias, não se pode desconsiderar que o agente interventor contribuiu para chegar naquele numerário lucrativo, assim como que o núcleo da teoria do conteúdo da destinação está centralizado na restituição daquela parte do enriquecimento que se ocorreu “às custas de outrem”, ou seja, que tenha uma ligação econômica com o direito violado, não sendo possível defender a restituição de todo o lucro da intervenção. Assim, uma vez caracterizada a má-fé do agente interventor, adere-se à tese de análise da “imputação dos lucros”, que se aproxima das disposições legislativas quanto aos casos de confusão, de comissão ou adjunção da propriedade móvel, mais especificamente, o § 1º do artigo 1272 do CC/2002.

Esses critérios que, de certa forma, compõem uma regra geral para a restituição das vantagens patrimoniais auferidas a partir da intervenção, devem ser considerados o ponto de partida para a quantificação dos valores a serem restituídos nos casos de intervenção, porém algumas considerações devem ser observadas segundo o direito subjetivo violado.

No caso dos direitos da personalidade, núcleo em que se insere o direito à proteção de dados pessoais, concluiu-se que existem alguns subcritérios para aferição dos lucros da intervenção: i) a notoriedade da pessoa retratada; ii) as qualidades pessoais do titular do direito; iii) o lucro pretérito que o agente interventor obteve em casos análogos; e iv) a comparação de mercado dos lucros produzidos em situações semelhantes.

Ao final de todas essas verificações, é possível chegar ao lucro líquido auferido pelo agente interventor e aos fatores mais proporcionais a cada uma das partes – entre interventor e titular do direito violado – na atribuição do lucro da intervenção, para então aplicar as disposições do §1º do artigo 1272 do Código Civil de 2002: “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.”.

Além disso, *a priori*, essa análise não se altera no que tange à restituição do lucro da intervenção sob o manto da tutela coletiva. Para a quantificação do lucro da intervenção, então, devem ser observados os critérios a) da identificação de todas as vantagens (concretas) presentes no patrimônio do interventor a partir do ato de intervenção e no período em que este perdurou; b) da valoração da boa-fé e da má-fé da conduta do interventor, considerando que o valor mínimo a ser restituído será os valores de mercado; e c) do abatimento de todas as despesas que o agente interventor obteve para alcançar o lucro líquido.

Quanto aos critérios da apuração do grau de contribuição de cada uma das partes para a obtenção dos lucros, considerando os subcritérios: a notoriedade da pessoa retratada, as qualidades pessoais do titular do direito, o lucro pretérito que o agente interventor obteve em casos análogos e a comparação de mercado dos lucros produzidos em situações semelhantes; percebeu-se que esses requisitos devem ser relativizados, na medida em que o valor dos dados pessoais está na reunião massiva dos dados pessoais de certos grupos de pessoas “comuns” e não propriamente de um sujeito, que se difere dos demais na situação fática.

Por outro lado, defendeu-se que, a depender do caso concreto, pode ser necessário levar em consideração o “valor-dados”¹⁰³² no cálculo do lucro da intervenção, enquanto este se identifica com a soma mínima a ser restituída no âmbito coletivo e será calculado a partir das próprias métricas da atividade desenvolvida. Se tal parâmetro passar a ser um dever de informação dos controladores – sendo incluído no rol dos direitos dos titulares dos dados elencados no artigo 18 da LGPD – o cálculo do lucro da intervenção pode se tornar, inclusive, mais fácil da prática e proporcional ao perfil funcional do enriquecimento sem causa e a distribuição do lucro proporcional à contribuição de cada partícipe.

Por fim, salientou-se que se o Projeto de Lei nº 1641/2021 for aprovado, sem alterações em seu texto, caberia ao âmbito coletivo a “restituição integral dos lucros ou vantagens obtidas ilicitamente”, mas deve-se entender que a restituição sempre levará em consideração a parte do lucro líquido que foi obtida “às custas de outrem”. Como corolário lógico, elimina-se a possibilidade de quantificar o montante a ser restituído com fulcro no faturamento ou no lucro bruto obtido pelo agente interventor, assim como de se considerar um intervalo de tempo maior – ou menor – do que o da efetiva intervenção.

Estas conclusões são, portanto, as contribuições da presente pesquisa ao direito brasileiro, proporcionando novas perspectivas ao debate doutrinário e jurisprudencial sobre a problemática que envolve o lucro da intervenção, mormente diante da defesa pela possibilidade de sua restituição nos casos de tratamento de dados pessoais – gerais e sensíveis –, quer seja sob o manto da tutela individual, quer seja sob o manto da tutela coletiva.

¹⁰³² Expressão extraída de CAMARGO, 2020, p. 176.

REFERÊNCIAS

Bibliografia:

AAA.INOVAÇÃO. *Big Techs: o que são e o que esperar das gigantes da tecnologia em 2023?* Disponível em: <https://blog.aaainovacao.com.br/high-techs-gigantes-da-tecnologia/>. Acesso em: 17 jan. 2023.

ACQUISTI, Alessandro; TAYLOR, Curtis; WAGMAN, Liad. The Economics of Privacy. *Journal of Economic Literature*, v. 54, n. 2, p. 442-492, jun. 2016.

AGUIAR, André. Os impactos da IA na indústria da música. *Forbez*. Maio, 2023. Disponível em: <https://forbes.com.br/forbes-tech/2023/05/os-impactos-e-oportunidades-da-ia-na-industria-da-musica/>. Acesso em: 22 maio 2023.

ALARCÃO, Rui de. *Direito das Obrigações*. Coimbra, 1983.

ALMEIDA COSTA, Mario Júlio de. *Noções Fundamentais de Direito Civil*. 5 ed. Coimbra: Almedina, 2009.

ALVAREZ-CAPEROCHIPI, José Antonio. *El enriquecimiento sin causa*. Granada: Editorial Comares, 1993.

ÁLVAREZ, José Luís Rodríguez. Transparencia y protección de datos personales: criterios legales de conciliación. In: AMETLER, Dolors Canals (ed.). *Datos. Protección, transparencia y buena regulación*. Girona: Documenta Universitaria, 2016.

ALVIM, Agostinho de Arruda. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

ALVIM, Agostinho. Do enriquecimento sem causa. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 259, p. 3-36, maio, 1957.

AMARAL, Fernando. *Introdução à ciência de dados: mineração de dados e big data*. Rio de Janeiro: Alta Books, 2016.

AMAZON. *Alexa, Dispositivos Echo e Sua Privacidade*, de 29 de junho de 2022. Disponível em: https://www.amazon.com.br/gp/help/customer/display.html?nodeId=GX7NJQ4ZB8MHFRNJ#GUID-5EE39294-A02A-4A77-A911-F1C6521D4919__SECTION_4936D74EC5704A8FB49D1B061F8AB6B8. Acesso em: 17 jan. 2023.

AMAZON. *Notificação de Privacidade da Amazon*, de 29 de junho de 2022. Disponível em: <https://www.amazon.com.br/gp/help/customer/display.html>. Acesso em: 17 jan. 2023.

AMERICANO, Jorge. *Ensaio sobre o enriquecimento sem causa*. Dos institutos de direito em que se manifesta a condenação do locupletamento injustificado. São Paulo: Livraria Academica, 1933.

ANDRADE, André Gustavo Correia de. *Dano moral e indenização punitiva: os punitive damages na experiência do common law e na perspectiva do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ANDRADE, Manuel Augusto Domingues de. *Sobre a recente evolução do direito privado português*. BFD, p. 284-343, 1946.

ANPD. *Cookies e proteção de dados pessoais*. Guia orientativo. Outubro, 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/anpd/pt-br/documentos-e-publicacoes/guia-orientativo-cookies-e-protecao-de-dados-pessoais.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2023.

ANPD. *Estudo Técnico: a LGPD e o tratamento de dados pessoais para fins acadêmicos e para a realização de estudos por órgão de pesquisa*. Texto para discussão n. 1/2022. Abril, 2022. Disponível em https://www.gov.br/anpd/pt-br/documentos-e-publicacoes/sei_00261-000810_2022_17.pdf. Acesso em: 30 abr. 2023.

ANPD. *Guia Orientativo definições dos agentes de tratamento de dados pessoais e do encarregado*. Versão 2.0. Abril, 2022. Disponível em: https://www.gov.br/anpd/pt-br/documentos-e-publicacoes/guia_agentes_de_tratamento_e_encarregado_defeso_eleitoral.pdf. Acesso em: 20 mar. 2023.

ANPD. *Guia Orientativo Tratamento de Dados Pessoais pelo Poder Público*. Janeiro, 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/anpd/pt-br/documentos-e-publicacoes/guia-poder-publico-anpd-versao-final.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2023.

ANPPD. *Portal das Violações*. Disponível em: <https://anppd.org/violacoes>. Acesso em: 22 maio 2023.

ANTUNES, Henrique Souza. *Da inclusão do lucro ilícito e de efeitos punitivos entre as consequências da responsabilidade civil extrapatrimonial: a sua legitimação pelo dano*. Lisboa: Coimbra Editora, 2011.

ANTUNES, Henrique Sousa. Disgorgement or profits in Portugal: a Journey between the present and the future. In: HONDIUS, Ewoud; JANSSEN, André (Coords.). *Disgorgement of profits: gain-base remedies throughout the world*. Ius Comparatum. Global Studies in Comparative Law, Springer International, p. 171-186, 2015.

ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das Obrigações em Geral*. v. I, 10 ed., Coimbra: Almedina, 2000.

APPLE. *Política de Privacidade da Apple*, de 22 de dezembro de 2022. Disponível em: <https://www.apple.com/legal/privacy/br/>. Acesso em: 17 jan. 2023.

AQUINO, Tomás de. *Suma teológica*. Vol. 6. II Seção da II Parte. Trad. Carlos-Josaphat Pinto de Oliveira (Org). São Paulo: Loyola, 2005.

ARMSTRONG, Paul. *Dominando as Tecnologias Disruptivas: aprenda a compreender, avaliar e tomar melhores decisões sobre qualquer tecnologia disruptiva que possa impactar o seu negócio*. Trad. de Afonso C. da Cunha Serra. São Paulo: Autêntica Business, 2019.

AUGUSTIN, J. M. Introduction historique à l'enrichissement sans cause en droit français.1 *Journée d'études Poitiers-Roma*, 2007.

BASOZABAL ARRUE, Xabier. *Enriquecimiento Injustificado por Intromision en Derecho Ajeno*. Madri: Editorial Civitas, 1998.

BASOZABAL ARRUE, Xabier. Enriquecimiento injusto comparado: una aproximación al Derecho ingles de Restituciones. *ADC*, tomo LXXI, p. 13-78, fasc. I, 2018.

BASOZABAL ARRUE, Xabier. Las Fronteras entre la responsabilidad civil y el enriquecimiento injustificado. In: RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski; ROSENVALD, Nelson (Coord.). *Novas Fronteiras da Responsabilidade Civil*. Indaiatuba: Editora Foco, 2020.

BASOZABAL ARRUE, Xabier. La subsidiariedad de la acción de enriquecimiento injustificado: pautas para salir de um atolladero. *Revista de Derecho Civil*. vol. VI, núm. 2, abril-junio, p. 99-167, Estudios, 2019.

BASOZABAL ARRUE, Xabier. Método triple de cómputo del daño: la indemnización del lucro cesante em las leyes de protección industrial e intelectual. *Anuário de Derecho Civil*, p. 1263-1299, Madrid: BOE, 1997.

BATISTA, Manuel Moreira. *Tensões entre Privacidade e Publicidade Direcionada*. Dissertação de Mestrado. Gestão de Sistemas de Informação. Instituto Universitário de Lisboa. Lisboa, 2020. Disponível em: https://repositorio.iscte-iul.pt/bitstream/10071/21072/1/master_manuel_moreira_batista.pdf. Acesso em: 16 jan. 2023.

BESSA, Leonardo Roscoe; NUNES, Ana Luisa Tarter. Instrumentos processuais de tutela individual e coletiva: análise do art. 22 da LGPD. In: DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang; MENDES, Laura Schertel; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. *Tratado de Proteção de Dados Pessoais*. E-book. Rio de Janeiro: Forense, p. 668-690, 2021.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das Obrigações*. Ed. Hist. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977.

BIONI, Bruno. Legítimo Interesse: aspectos gerais a partir de uma visão obrigacional. In: DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang; MENDES, Laura Schertel; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. *Tratado de Proteção de Dados Pessoais*. E-book. Rio de Janeiro: Forense, p. 176-189, 2021.

BIONI, Bruno. *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*. E-book. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

BLOG DO IPHONE. *Apresentação mundial do primeiro Iphone*, janeiro de 2007. Disponível em: https://m.youtube.com/watch?v=B43OhyT_Kb4. Acesso em: 13 jan. 2023.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. A causa do contrato. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 2, n. 4, out.-dez./2013.

BODIN DE MORAES, Maria Celina; KONDER, Carlos Nelson. *Dilemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

BODNAR, Adriana Bispo. *A tutela da propriedade industrial pelo enriquecimento sem causa*. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas). Universidade de Lisboa, Lisboa, 2009.

BOWER, Joseph; CHRISTENSEN, Clayton. Disruptive Technologies: Catching the Wave. *Harvard Business Review*, v. 73, n. 1, p. 43-53, 1995.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Apresentação do Projeto de Lei n. 4441/2020*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2261966>. Acesso em: 20 maio 2023.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. *I Jornada de Direito Civil*, dias 12 e 13 de setembro de 2002. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/Jornada%20de%20Direito%20Civil%201.pdf/view>. Acesso em: 27 nov. de 2022.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. *VIII Jornada de Direito Civil*, dias 26 e 27 de abril de 2018. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/noticias/2018/maio/integra-dos-enunciados-aprovados-na-viii-jornada-de-direito-civil-ja-pode-ser-consultada>. Acesso em: 10 dez. 2022.

BRASIL. Congresso Nacional. *Parecer sobre a medida provisória n. 869, de 28 de dezembro de 2018*. Relator Deputado Orlando Silva. Dezembro, 2018. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7945369&ts=1630433098252&disposition=inline>. Acesso em: 13 maio 2023.

BRASIL. Senado Federal. *Parecer sobre o Projeto de Lei da Câmara n° 53, de 2018*. Relator Senador Ricardo Ferraço. Junho, 2018. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7751566&ts=1571776637073&disposition=inline>. Acesso em 26 abr. 2023.

BRASIL. *TIC Kids Online Brasil 2022*. Maio, 2023. Disponível em: https://cetic.br/media/analises/tic_kids_online_brasil_2022_principais_resultados.pdf. Acesso em: 31 maio 2023.

CABELEIRA, Caio Martins. *A teoria das conditiones e o direito brasileiro: uma nova abordagem do enriquecimento sem causa*. Tese de Doutorado, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2018.

CALVO COSTA, Carlos A. El significado y las especies de daño resarcible. *Revista de Derecho de Daños*. p. 193-227, 2012.

CAMARGO, Gustavo Xavier de. *A vedação à gratuidade compulsória dos serviços digitais como forma de proteção dos dados pessoais dos usuários consumidores e mitigação do abuso de posição dominante pelas plataformas de dois ou múltiplos lados*. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Direito. Centro de Ciências Jurídicas. Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2020.

CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. *Responsabilidade civil sem dano: uma análise crítica. Limites epistêmicos a uma responsabilidade civil preventiva ou por simples conduta*. São Paulo: Atlas, 2015.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede. A era da informação: economia, sociedade e cultura*. Tradução de Roneide Venâncio Majer. 6 ed. Atual. Jussara Simões. São Paulo: Paz e Terra: 1999.

CERVANTES, Carles Vendrell. El enriquecimiento injustificado en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo. In: GARCÍA, Pedro Del Olmo; BASOZABAL ARRUE, Xavier. (dir.). *Enriquecimiento injustificado en la encrucijada: historia, derecho comparado y propuestas de modernización*. Navarra: Aranzadi, p. 283-337, 2017.

CERVANTES, Carles Vendrell. La acción de enriquecimiento injustificado por intromisión en los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen. *Anuário de Derecho Civil*. Tomo LXV, fasc. III, jan.-mar., p. 1108-1244, Madrid: BOE, 2012.

CHAVES, Reinaldo et. al. *Jornalismo e proteção de dados pessoais: a liberdade de expressão, informação e comunicação como fundamentos da LGPD*. São Paulo: Abraji, 2022.

CNN BRASIL. *Deepfake x IA: Comercial com imagem de Elis Regina abre discussão sobre perigos no futuro*. Julho, 2023. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/entretenimento/deepfake-x-ia-comercial-com-imagem-de-elis-regina-abre-discussao-sobre-perigos-no-futuro/>. Acesso em: 5 jul. 2023.

CNN BRASIL. *Facebook muda nome para Meta*. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/business/facebook-muda-nome-para-meta/>. Acesso em: 16 jan. 2023.

CNN BRASIL. *Há 15 anos Steve Jobs apresentava iPhone e promovia revolução tecnológica*. 2022. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/tecnologia/ha-15-anos-steve-jobs-apresentava-iphone-e-promovia-revolucao-tecnologica/>. Acesso em: 13 jan. 2023.

CNN BRASIL. *Veja quais dados pessoais a Amazon coleta de seus clientes e como isso é feito*. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/business/veja-quais-dados-pessoais-a-amazon-coleta-de-seus-clientes-e-como-isso-e-feito/>. Acesso em: 17 jan. 2023.

CNSAÚDE. *Código de Boas Práticas: Proteção de Dados para Prestadores Privados de Saúde*, 2021. Disponível em: http://cnsaude.org.br/wp-content/uploads/2021/03/Boas-Praticas-Protacao-Dados-Prestadores-Privados-CNSaude_ED_2021.pdf. Acesso em: 20 abr. 2023.

COTS, Márcio; OLIVEIRA, Ricardo. O Legítimo Interesse. In: COTS, Márcio; OLIVEIRA, Ricardo (Coord.). *O Legítimo interesse e a LGPD*. 2. ed. rev., E-book. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, p. 53-102, 2021.

CULKIN, John. A schoolman's guide to Marshall McLuhan. *The Saturday Review*. 1967. Disponível em: <https://www.unz.com/print/SaturdayRev-1967mar18>. Acesso em: 14 jan. 2023.

DANNEMANN, Gerhard. *The German Law of Unjustified Enrichment and Restitution: a comparative introduction*. Oxford: University Press, 2009.

DAROS, Gabriel. Você na sua série favorita? Como o deepfake vai revolucionar cinema e TV. Agosto, 2022. Disponível em: <https://www.uol.com.br/tilt/noticias/redacao/2022/08/12/luz-camera-e-algoritmo-no-cinema-do-futuro-atores-contracenarao-com-ias.htm>. Acesso em: 22 maio 2023.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DESCHEEMEAKER, Eric. El nuevo Derecho Francés del Enriquecimiento Injustificado. Trad. de Pedro del Olmo y Ángel Juárez. In: GARCÍA, Pedro Del Olmo; ARRUE, Basozabal Xavier; TORREJÓN, Ángel Juárez (Orgs.). *Enriquecimiento injustificado en la encrucijada: historia, derecho comparado y propuestas de modernización*. Navarra: Aranzadi, p. 121-167, 2017.

D'HANENS, Laetitia; SILVA, Gabriela Lima. Casos de clickbait e a teoria do lucro da intervenção aplicada ao direito de imagem. *Migalhas*. Janeiro, 2022. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/358557/casos-de-clickbait-e-a-teoria-do-lucro-da-intervencao-aplicada>. Acesso em: 14 maio 2023.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1944.

DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON, Luis. *Derecho de Daños*. Madri: Editorial Civitas, 1999.

DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON, Luis. *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*. Tomo V, Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2011.

DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON, Luis. La doctrina del enriquecimiento injustificado. In: DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON, Luis; DE LA CAMARA, Manuel. *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*. Madri: Editorial Civitas, 1988.

DOMINGOS, Pedro. *O algoritmo mestre*. Trad. Aldir José Coelho Corrêa da Silva. São Paulo: Novatec, 2017.

DOMO. *Data Never Sleeps*. 2021. Disponível em: <https://www.domo.com/data-never-sleeps>. Acesso em: 15 jan. 2023.

DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais: elementos da formação da Lei Geral de Proteção de dados*. 2 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

DONEDA, Danilo. Panorama Histórico da Proteção de Dados Pessoais. In: DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang; MENDES, Laura Schertel; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. *Tratado de Proteção de Dados Pessoais*. E-book. Rio de Janeiro: Forense, p. 22-39, 2021.

DUPAS, Gilberto. *Ética e poder na sociedade da informação: de como a autonomia das novas tecnologias obriga a rever o mito do progresso*. 3.ed. São Paulo: Unesp, 2011.

DUTRA, Quésia Falcão. O caso Klara Castanho e a LGPD. *Migalhas*. Junho, 2022. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/368891/o-caso-klara-castanho-e-a-lgpd>. Acesso em: 14 de maio 2023.

ECKHARTT, Claus; PERRICHON, Valéria; SABATÉ, Xavier Fàbrega. The issue of damages. *Intellectual Property magazine*, p. 71-74, nov., 2011.

ECO, Umberto. *O celular e a rainha má*. UOL Notícias: Coluna, 2015. Disponível em: <http://noticias.uol.com.br/blogs-e-colunas/coluna/umbertoeco/2015/05/29/o-celular-e-a-rainha-ma.htm>. Acesso em: 13 jan. 2023.

EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD. *About EDPB*. Disponível em: https://edpb.europa.eu/edpb_en. Acesso em: 25 abr. 2023.

EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD. *Guidelines 2/2019 on the processing of personal data under Article 6(1)(b) GDPR in the context of the provision of online services to data subjects*. Outubro, 2019. Disponível em: https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/guidelines/guidelines-22019-processing-personal-data-under-article-61b_en. Acesso em: 25 abr. 2023.

EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD. *Process personal data lawfully*. Disponível em: https://edpb.europa.eu/sme-data-protection-guide/process-personal-data-lawfully_en. Acesso em: 25 abr. 2023.

FARIÑA, Rebeca Fariña. *La restitución del enriquecimiento sin causa: un reto para el derecho español. Análisis desde una perspectiva comparada con el derecho alemán*. Pamplona: Aranzadi, 2022.

FEENSTRA, Robert. *Grotius' Doctrine of Unjust Enrichment as a Source of Obligation: its Origin and its Influence in Roman-Dutch Law*, in *Unjust Enrichment*, coord. por Eltjo J.H. Schrage, 2ª ed., Berlin: Duncker und Humblot, p. 197-236, 1999.

FISCHER, Hans Albercht. *A reparação dos danos no direito civil*. Trad. Arruda Ferrer Correa. São Paulo: Saraiva, 1938.

FLORIDI, Luciano. *Group Privacy: A Defense and an Interpretation*. Oxford Internet Institute. Junho, 2017. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3854483. Acesso em: 20 maio 2023.

FORMANSKI, Guilherme Crepaldi. *O dano moral coletivo e a crítica a um regime de responsabilidade por mera conduta*. Dissertação de mestrado em Direito. Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2023.

FORTES, Pedro Rubim Borges; OLIVEIRA, Pedro Farias. A quantificação do dano moral coletivo. In: ROSENVALD, Nelson; TEIXEIRA NETO, Felipe (Coords.). *Dano moral coletivo*. Indaiatuba: Foco, p. 334-340, 2018.

FRAZÃO, Ana. Principais Distinções e Aproximações da Responsabilidade Civil nos Modelos Francês, Alemão e Anglo-Saxão. In: RODRIGUES JR., Otávio Luiz; MAMEDE,

- Gladston; ROCHA, Maria Vital. *Responsabilidade civil contemporânea*. São Paulo: Atlas, p. 748-766, 2011.
- FUJI, Alessandra Hirano. O conceito de lucro econômico no âmbito da contabilidade aplicada. *Revista Contabilidade & Finanças*, v. 15, n. 36, p. 74-86, 2004.
- GALLO, Paolo. *L'arricchimento senza causa*. Padova: Università di Trento, 1990.
- GIL, Laura Zumaquero. El enriquecimiento injustificado em el Derecho Privado Europeo. *Revista para el Análisis del Derecho*. Barcelona, abr., 2017.
- GIRARDI, Viviane. *A problemática dos lucros ilícitos no sistema legal brasileiro: o lucro da intervenção*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2019.
- GOMES, Orlando. *Obrigações*. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1968.
- GOOGLE ADS. *Seu guia do Google Ads*. Disponível em: <https://support.google.com/google-ads/answer/6336021>. Acesso em: 17 jan. 2023.
- GOOGLE ANALYTICS. *É ótimo ter você no Google Analytics*. Disponível em: <https://analytics.google.com/analytics/web/provision/#/provision>. Acesso em: 19 maio 2023.
- GOOGLE. *Política de Privacidade*, de 15 de dezembro de 2022. Disponível em: <https://policies.google.com/privacy?hl=pt-BR>. Acesso em: 17 jan. 2023.
- GRANDON, Javier Barrientes. Enriquecimiento Injustificado y codificación: modelos y decisiones dogmáticas (siglo XIX). In: GARCÍA, Pedro Del Olmo; ARRUE, Basozabal Xavier; TORREJÓN, Ángel Juárez (Orgs.). *Enriquecimiento injustificado en la encrucijada: historia, derecho comparado y propuestas de modernización*. Navarra: Aranzadi, p. 49-120, 2017.
- GRÓCIO, Hugo. *Direito da Guerra e da Paz*. Vol. I. Trad. Ciro Mioranza. Ijuí: Editora unijuí, 2004.
- GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Lucros Cessantes: do bom-senso ao postulado normativo da razoabilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- GUIA SILVA, Rodrigo da. *Enriquecimento sem causa: as obrigações restitutórias no Direito Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.
- GÜNTHER Jauch siegt vorm BGH: Clickbaiting verletzt das allgemeine Persönlichkeitsrecht. *Legal Tribune Online*. Janeiro, 2021. Disponível em: https://www.lto.de/persistent/a_id/44058/. Acesso em: 15 maio 2023.
- HALLEBECK, Jan. *Developments in Mediaeval Roman Law*. In: Unjust Enrichment, coord. por Eltjo J.H. Schrage, 2ª ed., Berlin: Duncker und Humblot, 1999.
- HALLEBEEK, Jan. La formación de la idea de enriquecimiento injustificado como concepto jurídico em la Escuela de Salamanca. In: GARCÍA, Pedro Del Olmo (Org); BASOZABAL ARRUE, Xavier (Org.); TORREJÓN, Ángel Juárez. *Enriquecimiento injustificado en la*

encrucijada: historia, derecho comparado y propuestas de modernización. Navarra: Aranzadi, p. 37-47, 2017.

HELMS, Tobias. Disgorgement of Profits in German Law. In: HONDIUS, Ewoud; JANSSEN, André (Coords.). *Disgorgement of profits: gain-base remedies throughout the world*. Ius Comparatum. Global Studies in Comparative Law, Springer International, p. 219 - 230, 2015.

HESNEY, Bobby; CITRON, Danielle. *Deep fakes: a looming crisis for national security, democracy and privacy?*. Lawfare. Fevereiro, 2018. Disponível em: <https://www.lawfareblog.com/deep-fakes-looming-crisis-national-security-democracy-and-privacy>. Acesso em: 15 maio 2023.

HESPANHA, Antônio Manuel. *História das Instituições: épocas medieval e moderna*. Coimbra: Almedina, 1982.

HILDEBRAND, Lucas Fajardo Nunes. *Pressupostos da obrigação de restituir o enriquecimento sem causa no Código Civil brasileiro*. Dissertação Mestrado. São Paulo: USP, 2010.

IDEC. *Após denúncia do Idec, Hering é condenada por uso de reconhecimento facial*. Disponível em: <https://idec.org.br/noticia/ver-denuncia-do-idec-hering-e-condenada-por-uso-de-reconhecimento-facial>. Acesso em: 19 jan. 2023.

IDEC. *Idec vai à Justiça contra coleta de emoções de usuários do metrô de SP*. Disponível em: <https://idec.org.br/noticia/idec-vai-justica-contracoleta-de-emocoes-de-usuarios-do-metro-de-sp>. Acesso em: 19 jan. 2023.

ISAACSON, Walter. *Os Inovadores*. E-book. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2021.

ISZLAJI, Bárbara de Oliveira. *A (in)efetividade da tutela coletiva na proteção de dados pessoais*. Dissertação de mestrado em Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2022.

JIUKOSKI DA SILVA, Sabrina. *A intervenção nos direitos subjetivos alheios: com qual fundamento e em que medida é possível restituir o lucro da intervenção?* 2019. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2019.

JIUKOSKI DA SILVA, Sabrina; ROSA, Alexandre Moraes da. Da (im)possibilidade de um tratamento principiológico do enriquecimento sem causa no Brasil. *Revista Thesis Juris*, São Paulo, v. 9, n. 2, p. 258-280, jul./dez., 2020.

JUNQUEIRA AZEVEDO, Antônio. *Negócio Jurídico e Declaração Negocial*. Tese de titularidade apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1986.

KASER, Max. *Roman Private Law*. Tradução de Rolf Dannenbring. University of South Africa, 1984.

KENWAY. *Is data really the new oil?* Disponível em:

<https://www.kenwayconsulting.com/blog/data-is-the-new-oil/>. Acesso em: 16 jan. 2023.

KONDER, Carlos Nelson. Dificuldades de uma abordagem unitária do lucro da intervenção. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 13. ano 4., 2017.

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

KONDER, Carlos Nelson. O tratamento de dados sensíveis à luz da Lei 13.709/2018. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato. *Lei Geral de Proteção de Dados e suas repercussões no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

KONDER, Carlos Nelson; SAAR, Patrick. A relativização do duplo limite e da subsidiariedade nas ações por enriquecimento sem causa. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coords.). *Da dogmática à efetividade do direito civil: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional – IV Congresso do IBDCivil*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

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

LAGOS, Rafael Núñez. *El enriquecimiento sin causa en el dereordslanõl*. Madrid: Editorial Reus, 1934.

LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*. Tomo II. Trad. Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958.

LEAVITT, Harold; WHISLER, Thomas. Management in the 1980's. *Harvard Business Review*, 1958. Disponível em: <https://hbr.org/1958/11/management-in-the-1980s>. Acesso em: 15 jan. 2023.

LEITÃO, Adelaide Menezes. A tutela dos direitos de Propriedade Intelectual na Directiva 2004/48/CE. *Direito da Sociedade da Informação*. Vol. VII, p. 173-205, Coimbra Editora, Coimbra, 2008.

LEITE DE CAMPOS, Diego José Paredes. *A subsidiariedade da obrigação de restituir o enriquecimento*. Coimbra: Almedina, 1974.

LEITE DE CAMPOS, Diego José Paredes. Enriquecimento sem causa e responsabilidade civil. *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, p. 39-55, 1982.

LIGÜERRE, Carlos Gomez. Disgorgement of profits under Spanish law. In: HONDIUS, Ewoud; JANSSEN, André (Coords.). *Disgorgement of profits: gain-base remedies throughout the world*. Global Studies in Comparative Law: Springer International, p. 199-208, 2015.

LIMA, Alvino. *Da Culpa ao Risco*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1938.

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

LLOSA, Mario Vargas. *A civilização do espetáculo*. Rio de Janeiro, Objetiva, 2013.

LOURENÇO, Paula Meira. Os Danos Punitivos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. Vol. XLIII, n.2, p. 1019-1111. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

LORENZEN, Ernest. *The negotiorum gestio in Roman and modern civil law*. Cornell Law Review. V. 13, n. 2, fev., 1928.

LYNSKEY, Orla. Grappling w“th "data p”wer": Normative nudges from data protection and privacy. *Theoretical Inquiries in Law*, v. 20, n. 1, p. 189–220, 2019.

MAIMONE, Flávio Henrique C. P. Responsabilidade civil na LGPD: efetividade na proteção de dados pessoais. Indaiatuba: Foco, 2022.

MALGIERI, Gianclaudio; CUSTERS, Bart. Pricing privacy – the right to know the value of your personal data. *Computer Law and Security Review*, Elsevier Ltd, v. 34, n. 2, p. 289–303, 2018.

MARQUESONE, Rosangela. *Big Data*. E-book. São Paulo: Casa do Código, 2016.

MARTINS-COSTA, Judith. *Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé*. In: Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 21-23 de setembro de 2006.

MARTINS-COSTA, Judith. Princípio da Confiança Legítima e Princípio da Boa-Fé Objetiva. Termo de Compromisso de Cessação (TCC) Ajustado com o Cade. Critérios da Interpretação Contratual: “Os "Sistemas de Referência Extracontrat”ai“" ("Circunstâncias Do Caso") e sua Função no Quadro Semântico da Conduta Devida. Princípio da Unidade ou Coerência Hermenêutica e "Usos do Tráfego". Adimplemento Contratual. Parecer. *Revista dos Tribunais*, vol. 852, p. 87–126, out. 2006.

MATTE, Isabela. Não existe mais vida offline. *Forbes Brasil*. 2023. Disponível em: <https://forbes.com.br/forbes-money/2023/04/isabela-matte-nao-existe-mais-vida-offline-mundo-digital/>. Acesso em: 29 abr. 2023.

MEDON AFFONSO, Filipe José. O direito à imagem na era das deep fakes. *Revista Brasileira De Direito Civil*. v. 27. 2021. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/438>. Acesso em: 15 maio 2023.

MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental*. E-book. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil VI*. Direito das Obrigações. Introdução. 3 ed. Coimbra: Almedina, 2019.

MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil VIII*. Direito das Obrigações. Gestão de Negócios, Enriquecimento sem causa e Responsabilidade Civil. Tomo III. Coimbra: Almedina, 2020.

MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de. *Direito das Obrigações*. Vol. 1. Introdução. Da constituição das obrigações. 15. ed. Coimbra: Almedina, 2018.

MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de. *Direito de Autor*. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2018.

MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de. *O enriquecimento sem causa no direito civil: estudo dogmático sobre a viabilidade da configuração unitária do instituto face à contraposição entre as diferentes categorias de enriquecimento sem causa*. Coimbra: Almedina, 2005.

MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de. O enriquecimento sem causa no novo Código Civil brasileiro. *Revista CEJ*. Brasília, n. 25, p. 24-33, abr./jun. 2004.

META. *Termos de serviço*, de 4 de janeiro de 2022. Disponível em: <https://www.facebook.com/legal/terms>. Acesso em: 16 jan. 2023.

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

MICROSOFT. *Política de Privacidade da Microsoft*, fevereiro de 2023. Disponível em: <https://privacy.microsoft.com/pt-br/privacystatement>. Acesso em: 19 jan. 2023.

MIRAGEM, Bruno. A Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018) e o Direito do Consumidor. *Revista dos Tribunais*, vol. 1009/2019, nov., 2019.

MITTELSTADT, Brent. From Individual to Group Privacy in Big Data Analytics, *Philosophy & Technology*, v. 30, 2017, p. 484.

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

MOREIRA, Guilherme Alves. *Instituições do direito civil português: Das Obrigações*. vol. 2, Coimbra: Coimbra Editora, 1907.

MOREIRA, Mario Thiago. A subsidiariedade da norma de vedação ao enriquecimento sem causa no Código Civil de 2002: releitura e novos limites. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014.

MORRIS, Clarence (Org.). *Os grandes filósofos do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

MOTA PINTO, Paulo. *Direitos da personalidade e direitos fundamentais*. Coimbra: Gestlegal, 2018.

MOTA PINTO, Paulo. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*. Vol. I. Coimbra: Editora Coimbra, 2008.

MOZELLI, Rodrigo. Deepfakes seguem à solta; ferramentas de detecção não acompanham ritmo. *Olhar Digital*. Maio, 2023. Disponível em: <https://olhardigital.com.br/2023/04/22/internet-e-redes-sociais/deepfakes-seguem-a-solta-ferramentas-de-deteccao-nao-acompanham-ritmo/>. Acesso em: 15 maio 2023.

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

NEGREIROS, Teresa. Enriquecimento sem causa: aspectos de sua aplicação no Brasil como um princípio geral de direito. *Revista da Ordem dos Advogados*. Ano 55. Ordem dos Advogados Portugueses, p. 757-845, 2002.

NONATO, Orosimbo. *Curso de obrigações*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

NORONHA, Fernando. Enriquecimento sem causa. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo: RT, v. 56, p. 51-78, abr./jun., 1991.

PAES, Pedro. *Introdução ao estudo do enriquecimento sem causa*. São Paulo: [s.n], 1975.

PARDOLESI, Paolo. An Italian Way to Disgorgement of Profits? In: HONDIUS, Ewoud; JANSSEN, André (Coords.). *Disgorgement of profits: gain-base remedies throughout the world*. Ius Comparatum. Global Studies in Comparative Law, Springer International, p. 139 - 169, 2015.

PARISER, Eli. *O filtro invisível: o que a internet está escondendo de você*. Tradução de Diego Alfaro. E-book. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.

PAVAN, Vitor Ottoboni. *Responsabilidade Civil e ganhos ilícitos: a quebra do paradigma reparatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

PEREIRA, Alexandre Libório Dias. A modernização do Direito do Autor na União Europeia – o pacote legislativo da Comissão. *Revista de Direito Intelectual*. nº 2. p. 7-21. Coimbra: Almedina, 2017.

PEREIRA, Alexandre Libório Dias. Novos direitos do consumidor no mercado único digital. *Estudos de Direito do consumidor*, Coimbra, v. 10, 2016.

PEREIRA, Alexandre Libório Dias. Tutela efetiva da propriedade intelectual (*enforcement*), em especial a proteção dos direitos de autor e conexos contra a pirataria. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*. nº 4003, p. 241-266. Coimbra: Gestlegal, 2017.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de Direito Civil. *Teoria Geral das Obrigações*. 29 ed. Rev. e atual. Guilherme Calmon Nogueira da Gama, 2020.

PEREIRA COELHO, Francisco Manuel. *O enriquecimento e o dano*. Coimbra: Almedina, 1970.

PETEFFI DA SILVA, Rafael. Antijuridicidade como requisito da responsabilidade civil extracontratual: amplitude conceitual e mecanismos de aferição. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, v. 18, p. 169-214, jan./mar. 2019.

PETEFFI DA SILVA, Rafael. Conceito normativo de Dano: em busca de um conteúdo eficaz próprio. No prelo.

PETEFFI DA SILVA, Rafael. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Parte Especial. Tomo LIII. Atualizado por Nelson Nery e Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Parte Especial. Tomo XLIII. Direito das Obrigações. Gestão de negócios alheios. Atualizado por Claudia Lima Marques e Bruno Miragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Parte Especial. Tomo XXII. Atualizado por Nelson Nery e Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Parte Especial. Tomo XXVI. 2 ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959.
- PORTELLANO DIEZ, Pedro. *La defensa del derecho de patentes*. Madri: Civitas, 2003.
- PORTO, Victor Benigno. *O sentido e alcance do legítimo interesse na Lei Geral de Proteção de Dados*. Dissertação de Mestrado em Direito. Centro Universitário de Brasília Brasília, 2022.
- RIBEIRO DE ALMEIDA, Alberto. Responsabilidade Civil pela violação de Direitos Subjetivos de Propriedade Intelectual – As influências anglosaxônicas. *Revista de Direito Intelectual*, Coimbra, n. 2, p. 165-187, 2014.
- RIPERT, Georges. *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, LGDJ, 4 ed., n°133, 1949.
- RODER, Marcus Paulo; LANA, Pedro de Perdigão. A cláusula aberta dos interesses legítimos e as autoridades nacionais: análise comparativa entre LGPD e RGPD. In: WACHOWICZ, M. (Org.). *Proteção de dados pessoais em perspectiva: LGPD e RGPD na ótica do direito comparado*, Gedai, UFPR, Curitiba, p. 210-241, 2020.
- RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*. Tradução de Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. A influência do BGB e da doutrina alemã no direito civil brasileiro do século XX. *Revista dos Tribunais*, v. 938, p. 79-155, dez. 2013.
- ROQUE, André. A tutela coletiva dos dados pessoais na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). *Revista Eletrônica de Direito Processual*, ano 13, vol. 20, n. 2, maio a agosto, Rio de Janeiro, p. 01-19, 2019.
- ROSEVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. 4 ed. E-Book. São Paulo: SaraivaJur, 2022.
- ROSEVALD, Nelson. *A Responsabilidade Civil pelo Ilícito Lucrativo: o disgorgement e a indenização restitutória*. Salvador: JusPodivm, 2019.

ROSENVOLD, Nelson; FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. “Disgorgement algorítmico”: Técnicas de processamento de dados e a gestão automatizada dos ilícitos lucrativos na internet. In: SARLET, Gabrielle; TRINDADE, Manoel Gustavo; MELGARÉ, Plínio (Coords). *Proteção de Dados: Temas controvertidos*. Indaiatuba: Foco, p. 327- 355, 2021.

ROSENVOLD, 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.

RUBIO, María Paz García. Propuestas o modelos de regulación del enriquecimiento sin causa em España. In: GARCÍA, Pedro Del Olmo (Org); BASOZABAL ARRUE, Xavier (Org.). TORREJÓN, Ángel Juárez. *Enriquecimiento injustificado en la encrucijada: historia, derecho comparado y propuestas de modernización*. Navarra: Aranzadi, 2017.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da Reparação Integral: indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTOS, Alisson. Keanu Reeves critica deepfakes e veta uso da tecnologia em contratos. *Olhar Digital*. Fevereiro, 2023. Disponível em: <https://olhardigital.com.br/2023/04/22/internet-e-redes-sociais/deepfakes-seguem-a-solta-ferramentas-de-deteccao-nao-acompanham-ritmo/>. Acesso em: 15 maio 2023.

SARLET, Ingo Wolfgang. Fundamentos Constitucionais: o direito fundamental à proteção de dados. In: DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang; MENDES, Laura Schertel; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. *Tratado de Proteção de Dados Pessoais*. E-book. Rio de Janeiro: Forense, p. 40-78, 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. Proteção de dados pessoais como direito fundamental na Constituição Federal brasileira de 1988: contributo para a construção de uma dogmática constitucionalmente adequada. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 14, n. 42, p. 179-218, jan./jun. 2020.

SARMENTO, Léa Helena Pessôa dos Santos. A tutela dos Direitos da Propriedade Industrial pela Responsabilidade Civil. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Ano 3, nº 8, p. 6113-6182, 2014.

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

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SCHREIBER, Anderson; GUIA SILVA, Rodrigo da. Lucro da Intervenção: perspectivas de qualificação e quantificação. *Direito Civil: Estudos - Coletânea do XV Encontro dos Grupos de Pesquisa - IBDCIVIL*. São Paulo: Blucher, p. 175-206, 2018.

SCHREIBER, Anderson. Responsabilidade Civil na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. In: DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang; MENDES, Laura Schertel; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. *Tratado de Proteção de Dados Pessoais*. E-book. Rio de Janeiro: Forense, p. 330-743, 2021.

SCHULZ, Fritz. *Classical Roman Law*. Oxford: Clarendon Press, 1951.

SCHWAB, Klaus. *A Quarta Revolução Industrial*. Tradução de Daniel Moreira Miranda. E-book. São Paulo: Edipro, 2019.

SCHWENZER, Ingeborg. Development of Comparative Law in Germany, Switzerland, and Austria. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard. *The Oxford Handbook of Comparative Law*. 2 ed. Oxford University Press, p. 55-86, 2019.

SÉJEAN, Michel. The Disgorgement of Illicit Profits in French Law. In: HONDIUS, Ewoud; JANSSEN, André (Coords.). *Disgorgement of profits: gain-base remedies throughout the world*. Ius Comparatum. Global Studies in Comparative Law, Springer International, p. 121 - 138, 2015.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. Curso de Direito Civil: fontes a contratuais das obrigações – responsabilidade civil. 4 ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1995.

SETE partidas. In: *Biblioteca Digital Mundial*. Washington: Library of Congress, 2017. Disponível em: <https://www.wdl.org/pt/item/10642/>. Acesso em: 15 set. 2022.

SETZER, Valdemar. Dado, informação, conhecimento e competência. *Revista de Ciência da Informação*, Rio de Janeiro, 1999.

SILVA; Muriel; PRATA, Victor. *A legalidade das deepfakes e seus reflexos na proteção de dados sensíveis e nos direitos da personalidade*. Dezembro, 2019. Disponível em: https://inovalegal.org/a-legalidade-das-deepfakes-e-seus-reflexos-na-protecao-de-dados-sensiveis-e-nos-direitos-da-personalidade/#_ftnref5. Acesso em: 15 maio 2023.

SOUZA, Carlos Affonso Pereira de; VIOLA, Mario; PADÃO, Vinícius. Considerações Iniciais sobre os Interesses Legítimos do Controlador na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. *Revista de Direito Univille*, Porto Alegre, Volume 16, n. 90, 2019, 109-131, nov-dez 2019.

STEIN, Peter. *Roman Law in European History*. Cambridge University Press, 1999.

TARIQ, Haseeb. *Por que micro-influenciadores são tão importantes*. Disponível em: <https://forbes.com.br/negocios/2019/06/por-que-micro-influenciadores-sao-tao-importantes/>. Acesso em: 21 maio 2023.

TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. *Dados Pessoais Sensíveis*. E-book. Indaiatuba: Editora Foco, 2022.

TEIXEIRA, Cedric. *La classification des sources des obligations du droit romain à nos jours*. Tese de doutoramento. Lyon: Université Jean Moulin, 2011.

TEIXEIRA, João Pedro Ferraz. Legítimo Interesse e os Dados Tornados Públicos e de Acesso Público. In: OLIVEIRA, Ricardo; COTS, Márcio (Coords). *O Legítimo interesse e a LGPD*. 2. ed. rev., atual. e ampl. E-book. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, p. 150-176, 2021.

TEIXEIRA NETO, Felipe. *Dano moral coletivo: a configuração e a reparação dano extrapatrimonial por lesão aos interesses difusos*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 249.

TEPEDINO, Gustavo; TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. Consentimento e proteção de dados pessoais na LGPD. In: Ana Frazão, Gustavo Tepedino e Milena Donato Oliva (Coord.). *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro*. Editora Revista dos Tribunais, p. 287-322, 2019.

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

TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Revisitando o lucro da intervenção: novas reflexões para antigos problemas. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, 2021.

THE ECONOMIST. *The world's most valuable resource is no longer oil but data*. 2017. Disponível em: <https://www.economist.com/leaders/2017/05/06/the-worlds-most-valuable-resource-is-no-longer-oil-but-data>. Acesso em: 16 jan. 2023.

VACCO-BOLAÑOS, Jessica. Angelina Jolie's Heartfelt Emotional Email to Brad Pitt Resurfaces in TikTok Video. *EtOnline*. Outubro, 2022. Disponível em: <https://www.etonline.com/angelina-jolies-heartfelt-emotional-email-to-brad-pitt-resurfaces-in-tiktok-video-192495>. Acesso em: 14 maio 2023.

VALLE FERREIRA, José Geraldo do. *Enriquecimento sem causa*, Belo Horizonte: Imprensa Oficial, 1949.

VAZ SERRA, Adriano Paes da Silva. Anotação ao acórdão STJ 03/10/1964. RLJ, ano 97, p. 334-336, 1964-1965.

VAZ SERRA, Adriano Paes da Silva. Enriquecimento sem causa. *Boletim do Ministério da Justiça*, n. 81 e 82. dez. 1958.

VAZ SERRA, Adriano Paes da Silva. *Gestão de Negócios*. Separado de Boletim do Ministério da Justiça. n. 66. Lisboa, 1957.

VENTURI, Elton. *A fluid recovery brasileira na atual jurisprudência do STJ e na proposta de reforma da Lei da Ação Civil Pública (PL 1641/21)*. *Migalhas*. Abril, 2023. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/384177/a-fluid-recovery-brasileira-na-atual-jurisprudencia-do-stj>. Acesso em: 04 abr. 2023.

VIANNA, Fernando. Se os Dados são o Novo Petróleo, Onde Estão os Royalties? O Neoliberalismo na Era dos Dados. *Revista Gestão & Conexões*. Vitória (ES), v. 10, n. 3, set/dez, 2021.

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

VIOLA, Mario; TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. Tratamento de dados pessoais na LGPD: estudo sobre as bases legais dos artigos 7º e 11. In: DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang; MENDES, Laura Schertel; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. *Tratado de Proteção de Dados Pessoais*. E-book. Rio de Janeiro: Forense, p. 131-162, 2021.

VIRGO, Graham. *The Principles of the Law of Restitution*. 3 ed. Reino Unido: Oxford University Press, 2015.

VISSER, Daniel. Unjusted Enrichment in Comparative Perspective. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard. *The Oxford Handbook of Comparative Law*. 2 ed. Oxford University Press, p. 961-993, 2019.

VON CAEMMERER, Ernst. Problèmes fondamentaux de l'enrichissement sans cause. *Revue internationale de droit comparé*, vol. 18, n. 3, p. 573-592, jul-set, 1966.

VON TUHR, A. *Tratado de las Obligaciones*. Trad. De W. Roces. Granada: Editorial Comares, 2007.

WALLINGA, Tammo. “Nam hoc natura aequum est neminem cum alterius detrimento fieri locupletioem”. Es de justicia natural que nadie se enriquezca a costa de otro. Principios y práctica del Derecho romano de enriquecimiento. (siglo XIX). In: GARCÍA, Pedro Del Olmo; ARRUE, Basozabal Xavier; TORREJÓN, Ángel Juárez (Orgs.). *Enriquecimiento injustificado en la encrucijada: historia, derecho comparado y propuestas de modernización*. Navarra: Aranzadi, p. 23-36, 2017.

WORKING PARTY 29. *Guidelines on consent under Regulation 2016/679*. Abril, 2018. Disponível em: <https://ec.europa.eu/newsroom/article29/items/623051/en>. Acesso em: 15 fev. 2023.

WORKING PARTY 29. *Opinion 04/2007 on the concept of personal data*. Disponível em: https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2007/wp136_en.pdf. Acesso em: 22 mar. 2023.

WORKING PARTY 29. *Opinion 06/2014 on the notion of legitimate interests of the data controller under Article 7 of Directive 95/46/EC*. Disponível em: https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp217_en.pdf. Acesso em: 22 fev. 2023.

WORKING PARTY 29. *Parecer 4/2007 sobre o conceito de dados pessoais*. Disponível em: https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2007/wp136_pt.pdf. Acesso em: 22 mar. 2023.

ZAMPIER, Bruno. *Bens digitais: cybercultura, redes sociais, e-mails, músicas, livros, milhas aéreas, moedas virtuais*. 2. ed. Indaiatuba: Foco, 2021.

ZANATTA, Rafael A. F. A tutela coletiva na proteção de dados pessoais. *Revista do Advogado*, n. 144, p. 201-206, 2019.

ZANATTA, Rafael. *Perfilização, Discriminação e Direitos: do Código de Defesa do Consumidor à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais*, 2019.

ZANATTA, Rafael A. F.; SOUZA, Michel R. O. A tutela coletiva na proteção de dados pessoais: tendências e desafios. In: DE LUCCA, Newton; ROSA, Cíntia. *Direito & Internet IV: Proteção de Dados Pessoais*. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

ZANINI, Leonardo E. A. A proteção da imagem na Alemanha. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 6, n. 2, 2017.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 2005. Tese de Doutorado em Direito. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005.

ZIMMERMANN, Reinhard. A road through the enrichment-forest? Experiences with a general enrichment action. *Institute of Foreign and Comparative Law*, v. 18, p. 1-20, mar. 1985.

ZIMMERMANN, Reinhard. Direito romano e cultura europeia. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. Trad. Otávio Luiz Rodrigues Júnior. Vol 7. 2016.

ZIMMERMANN, Reinhard. The german civil code and the development of private law in Germany. *Oxford University Comparative Law Forum*, 2006. Disponível em: ouclf.law.ox.ac.uk. Acesso em: 09 mar. 2022.

ZIMMERMANN, Reinhard. *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town: Juta, 1990.

ZIMMERMANN, Reinhard. Unjustified enrichment: the modern civilian approach. *Oxford Journal of Legal Studies*, Oxford University Press, vol. 15, n. 3, p. 403-429, 1995.

ZUBOFF, Shoshana. *The Age of Surveillance Capitalism*. London: Profile Books Ltd, 2019.

Legislação:

ALEMANHA. *Bürgerliches Gesetzbuch*. Código Civil alemão de 1900. Disponível em: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/. Acesso em: 19 ago. 2021.

ALEMANHA. *Gesetz über den Schutz von Marken und sonstigen Kennzeichen*. Lei alemã de proteção aos direitos de marca comercial e conexos. Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/markeng/>. Acesso em: 02 set. 2021.

ALEMANHA. *Patentgesetz*. Lei alemã relativa aos direitos de patente. Disponível em: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_patg/index.html. Acesso em: 02 set. 2021.

ALEMANHA. *Urheberrechtsgesetz*. Lei alemã relativa aos direitos autorais. Disponível em: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_urhg/index.html. Acesso em: 02 set. 2021.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 5 de outubro de 1988. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 24 out. 2021.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 20 ago. 2021.

BRASIL. Lei n. 9.279, de 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9279.htm. Acesso em: 20 ago. 2021.

ESPAÑA. Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2013-12887>. Acesso em: 14 maio 2023.

ESPAÑA. Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2001-23093>. Acesso em: 20 ago. 2021.

ESPAÑA. Ley 3, de 1 de enero de 1991, de Competencia Desleal. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1991-628>. Acesso em: 01 nov. 2022.

ESPAÑA. Ley 20/2003, de 7 de julio, de Protección Jurídica del Diseño Industrial. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2003-13615>. Acesso em: 20 ago. 2021.

ESPAÑA. Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1986-7900>. Acesso em: 20 ago. 2021.

ESPAÑA. Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1996-8930>. Acesso em: 20 ago. 2021.

FRANÇA. Portaria n° 2016-131 de 10 de fevereiro de 2016. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000032004939/>. Acesso em: 03 set. 2022.

ITÁLIA. Codice civile, de 16 março 1942. Código Civil italiano. Disponível em: <https://www.altalex.com/documents/news/2013/04/11/dell-arricchimento-senza-causa>. Acesso em: 20 ago. 2021.

PORTUGAL. Decreto Lei n. 47344, de 25 de novembro de 1966. Código Civil português. Disponível em: <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-lei/1966-34509075-49808975>. Acesso em: 21 ago. 2022.

PORTUGAL. Decreto-Lei n.º 110/2018. Disponível em: <https://dre.pt/dre/detalhe/decreto-lei/110-2018-117279933>. Acesso em: 12 ago. 2022.

PORTUGAL. Decreto-Lei n.º 63/85. Disponível em: <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-lei/1985-34475475-124448199>. Acesso em: 12 ago. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 7 de junho de 2016. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:12016P/TXT>. Acesso em: 07 fev. 2023.

UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2004/48/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de Abril de 2004, relativa ao respeito dos direitos de propriedade intelectual. Cons. nº 1.

2004. Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32004L0048R\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32004L0048R(01)). Acesso em: 01 out. 2021.

UNIÃO EUROPEIA. *Diretiva 2019/770 do Parlamento Europeu e do Conselho de 20 de maio de 2019 sobre certos aspetos relativos aos contratos de fornecimento de conteúdos e serviços digitais*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019L0770>. Acesso em: 15 abr. 2023.

UNIÃO EUROPEIA. *Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32016R0679>. Acesso em: 07 fev. 2023.

Jurisprudência:

BRASIL. Justiça Federal da 1ª Região (15ª Vara Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais). *Autos n.º 1010603-35.2019.4.01.3800*. Disponível em: <https://portal.trf1.jus.br/sjmg/pagina-inicial.htm>. Acesso em: 15 abr. 2023.

BRASIL. STF. *ADI 6387 MC-REF/DF*. Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 07 maio 2020.

BRASIL. STF. *Recurso Extraordinário n.º 1010606*. Rel. Min. Dias Toffoli. Brasília, 20 de maio de 2021.

BRASIL. STF. *Recurso Extraordinário n.º 652.777*. Rel. Min. Teori Zavascki. Brasília, 23 de maio de 2015.

BRASIL. STJ. Quarta Turma. *AgInt no REsp n. 1.504.053/PB*. Relator Ministro Antonio Carlos Ferreira, Brasília, 19 out. 2020.

BRASIL. STJ. Quarta Turma. *AgRg no REsp 1097702/RS*, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior. Brasília, 03 de agosto de 2010.

BRASIL. STJ. Quarta Turma. *REsp 331.517-GO*, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha. Brasília, 27 de novembro de 2001.

BRASIL. STJ. Quarta Turma. *REsp 101.118/PR*, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Brasília, 11 de setembro de 2000.

BRASIL. STJ. Quarta Turma. *REsp 1.053.534-RN*, Rel. Min. Fernando Gonçalves. Brasília, 23 de setembro de 2008.

BRASIL. STJ. Quarta Turma. *REsp 1497769/RN*, Rel. Ministro Luís Felipe Salomão. Brasília, 05 de maio de 2016.

BRASIL. STJ. Quarta Turma. *REsp 125.694/RJ*, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior. Brasília, 25 de outubro de 2005.

BRASIL. STJ. Quarta Turma. *REsp 1200482/RJ*, Rel. Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, 09 de novembro de 2010.

BRASIL. STJ. Quarta Turma. *REsp 101.059/RJ*, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar. Brasília, 7 de abril de 1997.

BRASIL. STJ. Quarta Turma. *REsp 100764/RJ*, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar Junior. Brasília, 16 de março de 1998.

BRASIL. STJ. Quarta Turma. *REsp 267.529/RJ*, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Brasília, 3 de outubro de 2000.

BRASIL. STJ. Quarta Turma. *REsp 113.963/SP*, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior. Brasília, 20 de setembro de 2005.

BRASIL. STJ. Quarta Turma. *REsp 46.420/SP*, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Brasília, 12 de setembro de 1994.

BRASIL. STJ. Segunda Turma. *REsp 1165987/SP*, Rel. Min. Castro Meira. Brasília, 23 fevereiro de 2010.

BRASIL. STJ. Terceira Turma. *REsp n. 1.200.677/CE*, Rel. Min. Sidnei Beneti, Brasília, 18 de dezembro de 2012.

BRASIL. STJ. Terceira Turma. *EREsp 230.268-SP*, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Brasília, 11 de dezembro de 2002.

BRASIL. STJ. Terceira Turma. *REsp 138.883-PE*, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito. Brasília, 04 de agosto de 1998.

BRASIL. STJ. Terceira Turma. *REsp n. 1.955.899/PR*, Rel. Min. Nancy Andrighi, Brasília, 15 de março de 2022.

BRASIL. STJ. Terceira Turma. *REsp 85.905-RJ*, Rel. Min. Ari Pargendler. Brasília, 19 de novembro de 1999.

BRASIL. STJ. Terceira Turma. *REsp 270.730/RJ*, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Rel. p/ Acórdão Min. Nancy Andrighi. Brasília, 19 de dezembro de 2000.

BRASIL. STJ. Terceira Turma. *REsp. 466.761/RJ*, Rel. Min. Nancy Andrighi. Brasília, 03 de maio de 2003.

BRASIL. STJ. Terceira Turma. *REsp 1.082.878-RJ*, Rel. Min. Nancy Andrighi. Brasília, 14 de outubro de 2008.

BRASIL. STJ. Terceira Turma, *REsp. 1.335.624/RJ*, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, 05 de dezembro de 2013.

BRASIL. STJ. Terceira Turma. *REsp 1698701/RJ*, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Brasília, 02 de outubro de 2018.

BRASIL. STJ. Quarta Turma. *REsp n. 1.179.048/SC*, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, Brasília, 13 de abril de 2021.

BRASIL. STJ. Terceira Turma. *REsp 1737412/SE*, Rel. Min. Nancy Andrighi, Brasília, 05 de fevereiro de 2019.

BRASIL. STJ. Terceira Turma. *REsp 1139893/SE*, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, 09 de setembro de 2014.

BRASIL. STJ. Terceira Turma. *REsp 207.165-SP*, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro. Brasília, 26 de outubro de 2004.

BRASIL. STJ. Terceira Turma. *REsp 1.983.290/SP*, Rel. Min. Moura Ribeiro, 26 de abril de 2022.

BRASIL. STJ. Terceira Turma. *REsp 1635556/SP*, Rel. Min. Nancy Andrighi. Brasília, 10 de novembro de 2016.

BRASIL. STJ. Terceira Turma. *REsp. 11025/SP*, Rel. Min. Waldemar Zveiter. Brasília, 29 janeiro de 1991.

BRASIL. STJ. *REsp 1.419.697/RS*. Rel. Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, 12 de novembro de 2014.

BRASIL. TJ/DFT. Segunda Turma Cível. *Apelação n. 736634-81.2020.8.07.0001*. Rel. Des. Sandoval Oliveira. Brasília, 11 de fevereiro de 2022.

BRASIL. TJ/PB. Terceira Câmara Cível. *Apelação Cível n. 200.2009.026.228-4/001*. Des. Rel. José Aurélio da Cruz. João Pessoa, 18 de março de 2013.

BRASIL. TJ/RJ. *Ap. n° 534/94*, Rel. Des. Sérgio Cavalieri Filho. Rio de Janeiro, 26 de abril de 1994.

BRASIL. TJ/RJ. Décima Sétima Câmara Cível. *Apelação Cível n. 0199428-23.2021.8.19.0001*. Rel. Des. Marcia Ferreira Alvarenga. Rio de Janeiro, 06 de junho de 2023.

BRASIL. TJ/RJ, Nona Câmara Cível, *Ap. 20.737/00*, Autos n. 0099697-26.1999.8.19.0001. Rel. Des. Marcus Tullius Alves. Rio de Janeiro, 13 de março de 2001.

BRASIL. TJ/RJ. Nona Câmara Cível. *Emb. Inf. 0099697-26.1999.8.19.0001*. Rel. Des. Jorge de Miranda Magalhães. Rio de Janeiro, 11 de dezembro de 2001.

BRASIL, TJ/RJ. Processo n° 0018051-27.2018.8.19.0001. Em tramitação na 7ª Vara Empresarial da Comarca da Capital.

BRASIL. TJ/RJ. Segundo Grupo de Câmaras Cíveis. *Emb. Inf. 250/99*, Rel. Des. Wilson Marques. Rio de Janeiro, 23 de fevereiro de 2000.

BRASIL. TJ/RJ. Vigésima Sétima Câmara Cível. *Apelação Cível n° 0009941-41.2011. 8.19.0209*. Rel. Des. Marcos Alcino de Azevedo Torres. Rio de Janeiro, 18 de fevereiro de 2020.

BRASIL. TJ/SP. Décima Câmara de Direito Privado. *Apelação Cível n° 1003551-61.2020.8.26.0004*. Rel. Des. Jair de Souza. São Paulo, 28 de setembro de 2021.

BRASIL. TJ/SP. Décima Câmara de Direito Privado. *Apelação Cível n° 1016542-06.2019.8.26.0004*. Rel. Des. Jair de Souza. São Paulo, 30 de julho de 2021.

BRASIL. TJ/SP. Décima Câmara de Direito Privado. *Apelação Cível n° 1095146-47.2020.8.26.0100*. Rel. Des. J. B. Paula Lima. São Paulo, 11 de maio de 2021.

BRASIL. TJ/SP. Décima Câmara de Direito Privado. *Apelação Cível n° 1078089-16.2020.8.26.0100*. Rel. Des. J. B. Paula Lima. São Paulo, 13 de maio de 2021.

BRASIL. TJ/SP. Décima Câmara de Direito Privado. *Apelação Cível n° 1007907-78.2020.8.26.0011*. Rel. Des. J. B. Paula Lima. São Paulo, 15 de junho de 2021.

BRASIL. TJ/SP. Nona Câmara de Direito Privado. *Apelação Cível n° 1076338-28.2019.8.26.0100*. Rel. Des. Ronnie Herbert Barros Soares. São Paulo, 20 de outubro de 2020.

BRASIL. TJ/SP. Nona Câmara de Direito Privado. *Apelação Cível n° 1016991-61.2019.8.26.0004*. Rel. Des. Mariella Ferraz de Arruda Pollice Nogueira. São Paulo, 24 de agosto de 2021.

BRASIL. TJ/SP. Oitava Câmara Cível. *Apelação n. 1090663-42.2018.8.26.0100*. Rel. Des. Antônio Celso Faria. São Paulo, 10 de maio de 2023.

BRASIL. TJ/SP. Primeira Câmara de Direito Privado. *Apelação Cível n° 1004920-93.2020.8.26.0100*. Rel. Des. Francisco Loureiro. São Paulo, 9 de março de 2021.

BRASIL. TJ/SP. Quarta Câmara Cível. *Apelação n. 1006440-12.2021.8.26.0405*. Rel. Des. Márcia Dalla Déa Barone. São Paulo, 16 de agosto de 2022.

BRASIL. TJ/SP. Turma Especial. *Apelação Cível n° 1049665-61.2020.8.26.0100*. Rel. Des. Márcia Dalla Déa Barone. São Paulo, 9 de maio de 2022.

BRASIL. TRF3. *Processo n° 5009507-78.2018.4.03.6100*, 9ª Vara Cível da Seção Judiciária. de São Paulo. São Paulo, 02 de dezembro de 2021.

PORTUGAL. STJ. Recurso de Revista n° 3952/08.9TJVNF.P1.S1, 1ª Secção, Relator Silva Gonçalves, julgado em 17 de dezembro de 2014.

PORTUGAL. STJ. Recurso de Revista n° 225/13.9YHLSB.L1.S1, 7ª Secção, Relator Oliveira Abreu, julgado em 14 de março de 2019.

PORTUGAL. STJ. Recurso de Revista n.º 234/99, 2.ª Secção, Relator Quirino Soares, julgado em 22 de abril de 1999.

PORTUGAL. STJ. Recurso de Revista n.º 147/99, 1.ª Secção, Relator Silva Paixão, julgado em 23 de março de 1999.

PORTUGAL. STJ. Recurso de Revista n.º 283/02, 7.ª Secção, Relator Cons. Quirino Soares, julgado em 28 de fevereiro de 2002.

PORTUGAL. STJ. Recurso de Revista n.º 2135/06, 2.ª Secção, Relator Ferreira Girão, julgado em 21 de setembro de 2006.

PORTUGAL. STJ. Recurso de Revista n.º 20/03.3TYLSB.S1, Relator Moreira Alves, julgado em 03 de novembro de 2009.

PORTUGAL. STJ. Recurso de Revista n.º 04B46/01, 1.ª Secção, Relator Custódio Montes, julgado em 24 de fevereiro de 2005.

PORTUGAL. STJ. Recurso de Revista n.º 3745/05, 7.ª Secção, Relator Ferreira de Sousa, julgado em 12 de janeiro de 2006.

PORTUGAL. STJ. Recurso de Revista n.º 634-B/1995.L1.S1, 7.ª Secção, Relator Sérgio Poças, julgado em 14 de abril de 2011.

PORTUGAL. STJ. Recurso de Revista n.º 3789/18.7T8BRG.G1, 2.ª Secção, Relator Alcides Rodrigues, julgado em 14 de novembro de 2019.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. Acórdão de 1 de outubro de 2019, *Verbraucherzentrale Bundesverband e.V. c. Planet49 GmbH*, C-673/17, ECLI:EU:C:2019:801. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:62017CJ0673>. Acesso em: 22 fev. 2023.

Súmulas:

BRASIL. STJ. *Súmula n.º 403*. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2014_38_capSumula403.pdf. Acesso em: 27 nov. 2022.