

Nelson Rosenvald

A RESPONSABILIDADE CIVIL pelo Ilícito Lucrativo

O *disgorgement* e a indenização restitutória

2019



EDITORA
*Jus***PODIVM**

www.editorajuspodivm.com.br

Rua Território Rio Branco, 87 – Pituba – CEP: 41830-530 – Salvador – Bahia

Tel: (71) 3045.9051

• Contato: <https://www.editorajuspodivm.com.br/sac>

Copyright: Edições JusPODIVM

Conselho Editorial: Eduardo Viana Portela Neves, Dirley da Cunha Jr., Leonardo de Medeiros Garcia, Fredie Didier Jr., José Henrique Mouta, José Marcelo Vigliar, Marcos Ehrhardt Júnior, Nestor Távora, Robério Nunes Filho, Roberval Rocha Ferreira Filho, Rodolfo Pamplona Filho, Rodrigo Reis Mazzei e Rogério Sanches Cunha.

Capa: Ana Caquetti

Diagramação: Cendi Coelho (cendicoelho@gmail.com)

R813r Rosensvald, Nelson.

A responsabilidade civil pelo ilícito lucrativo/ Nelson Rosensvald – Salvador: Editora JusPodivm, 2019.
560 p.

Bibliografia.
ISBN 978-85-442-3028-2.

1. Direito Civil. 2. Indenização Restitutória. 3. *disgorgement*. I. Rosensvald, Nelson. II. Título.

CDD 342.1

Todos os direitos desta edição reservados à Edições JusPODIVM.

É terminantemente proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio ou processo, sem a expressa autorização do autor e da Edições JusPODIVM. A violação dos direitos autorais caracteriza crime descrito na legislação em vigor, sem prejuízo das sanções civis cabíveis.

Sumário

INTRODUÇÃO	25
CAPÍTULO I	
O CONCEITO DE RESTITUIÇÃO POR ILÍCITOS EM ANÁLISE COMPARATISTA	39
1. A restituição por ilícitos na Inglaterra	42
1.1. <i>Common law</i> : a pluralidade na unidade.....	42
1.2. O conceito contemporâneo de “damages”.....	45
1.3. A recente trajetória do direito restitutivo na Inglaterra.....	47
1.4. A restituição de ilícitos pela via dos <i>gain-based damages</i>	63
1.5. O reconhecimento da restituição por ilícitos na jurisprudência da Inglaterra	69
1.6. A tridimensionalidade da restituição por ilícitos na Inglaterra.....	71
1.6.1. Restituição de ganhos nos “torts”.....	73
1.6.2. Restituição de ganhos ilícitos na “equity”.....	80
1.6.2.1. A violação de deveres fiduciários	81
1.6.2.2. A violação da confiança	87
1.6.3. Restituição de ganhos ilícitos pela violação do contrato.....	90
1.7. O Binário de James Edelman: <i>Gain-Based Damages</i>	101
1.8. A reformulação da restituição por ilícitos nos Estados Unidos.....	111

1.9. A Restituição por Ilícitos na <i>Civil Law</i>	118
1.9.1. Noções Gerais.....	118
1.9.2. A semântica do enriquecimento injustificado.....	120
1.9.3. O Modelo Alemão do enriquecimento por intervenção.....	127
1.9.3.1. Ato intencional no interesse lucrativo.....	141
1.9.3.2. Violação de deveres fiduciários.....	143
1.9.3.3. Reação à inadequação da compensação.....	144
1.9.3.3.1. Propriedade intelectual e direito da concorrência.....	144
1.9.3.3.2. Direitos da Personalidade.....	147
1.9.4. A restituição por ilícitos na Itália.....	150
1.9.4.1. Panorama geral.....	150
1.9.4.2. Propriedade intangível.....	157
1.9.4.3. A nova jurisprudência Italiana.....	160
1.9.5. Abordagens alternativas - O DCFR e o PETL.....	162
1.9.5.1. <i>Draft Common Frame of Reference</i>	162
1.9.5.2. Princípios do Direito Europeu de Responsabilidade Civil.....	164
1.9.6. Conclusão: perspectivas para a restituição por ilícitos.....	167

CAPÍTULO II

UMA ANÁLISE HISTÓRICA, FILOSÓFICA E PSICOLÓGICA DAS SANÇÕES NÃO COMPENSATÓRIAS.....	171
1. A análise histórica.....	171
1.1. Introdução.....	171
1.2. Do direito romano aos dias atuais.....	173
2. Uma justificativa filosófica das pretensões não compensatórias de danos.....	181
2.1. Introdução.....	181
2.2. Impossibilidade de definição puramente funcional, analítica ou doutrinária das pretensões não compensatórias de danos.....	183
2.3. Um conceito filosófico para as pretensões não compensatórias de danos.....	187

Sumário

2.4. O fundamento ético da excepcionalidade das pretensões não compensatórias de danos.....	192
2.5. A justiça distributiva como fundamento filosófico das pretensões não compensatórias de danos.....	197
3. O fundamento psicológico da centralidade das pretensões compensatórias de danos.....	203

CAPÍTULO III

A TOPOGRAFIA DA RESTITUIÇÃO PELO LUCRO ILÍCITO	211
1. A multifuncionalidade da responsabilidade civil.....	211
1.1. Novos problemas e velhos remédios.....	211
1.2. Do monopólio compensatório à função punitiva.....	215
1.3. Da compensação ao remédio de restituição de lucros ilícitos.....	220
1.4. As duas dimensões da função preventiva da responsabilidade civil.....	225
1.4.1. A função preventiva autônoma.....	228
1.4.2. A função preventiva acessória.....	232
1.5. Distinção estrutural e funcional entre remédios restitutórios e punitivos	233
1.6. Os múltiplos indenizatórios.....	248
2. Dois passos para a introdução da restituição por ilícitos no interno da responsabilidade civil.....	255
2.1. Passo: A multicausalidade do remédio restitutivo	255
2.2. O segundo passo: A restituição por ganhos ilícitos como um gênero	266
2.2.1. <i>Disgorgement</i> - a remoção dos lucros ilícitos.....	269
2.2.2. <i>Restitutionary damages</i> - a devolução dos lucros ilícitos.....	283
3. Os Equivalentes Funcionais.....	293
3.1. O enriquecimento injustificado	295
3.1.1. Breve origem histórica.....	297
3.1.2. Do "monoenriquecimento" injustificado ao "polienriquecimento" injustificado: reconfigurando fronteiras	303
3.1.3. O ilícito e a tutela restitutória.....	317
3.1.3.1. A tutela contra o ilícito.....	318

3.1.3.2.	O modelo fragmentado do CC/2002 e a restituição como tutela contra o ilícito.....	325
3.1.4.	As despesas preventivas - “Preventive damages”.....	339
3.1.5.	<i>Compensatio lucri cum damno</i> - A técnica do desconto.....	346
3.1.6.	A restituição do ilícito por intromissão no direito das coisas - “A tríplice fronteira”.....	353
3.1.6.1.	Intromissão por fruição de coisa alheia.....	356
3.1.6.2.	Intromissão por incorporação e disposição de coisa alheia.....	363
3.1.7.	O enriquecimento por intromissão no <i>leading case</i> do Superior Tribunal de Justiça.....	370
3.1.8.	A insuficiência do enriquecimento injustificado como alternativa à restituição por lucros ilícitos.....	378
3.1.8.1.	Enriquecimento injustificado como fonte obrigacional residual.....	378
3.1.9.	Uma breve análise econômica das espécies de enriquecimento injustificado.....	405
3.1.10.	Os casos especiais: propriedade imaterial e direitos da personalidade.....	411
3.1.10.1.	A restituição como tutela contra o ilícito na propriedade imaterial.....	412
3.1.10.1.1.	A funcionalização da indenização no âmbito da propriedade imaterial.....	412
3.1.10.1.2.	A adoção do <i>disgorgement</i> no direito antitruste.....	420
3.1.10.1.3.	A tutela dos direitos autorais.....	426
3.1.10.1.4.	A tutela dos segredos comerciais.....	428
3.1.10.2.	A restituição como tutela contra o ilícito nos direitos da personalidade.....	435
3.1.11.	Síntese: a ressignificação do princípio da reparação integral.....	447
3.2.	A gestão de negócios imprópria.....	465
3.3.	O dano moral.....	475
3.4.	O dano moral coletivo e as class actions.....	486
3.4.1.	O dano moral coletivo é um dano moral?.....	486

Sumário

3.4.2. As class actions em uma perspectiva de remoção de ganhos ilícitos - <i>trifle damages</i> , <i>fluid recovery</i> e <i>cy-près</i>	504
4. Critérios de quantificação de pretensões de resgate e restituição do lucro ilícito	512
SUMÁRIO DE CONCLUSÕES	525
POSFÁCIO	535
BIBLIOGRAFIA	539