

Nelson Rosenvald

A RESPONSABILIDADE CIVIL pelo Ilícito Lucrativo

O *disgorgement* e a indenização restitutória

2ª edição
revista, atualizada
e ampliada

2021



Rua Canuto Saraiva, 131 Mooca CEP: 03113-010 – São Paulo – São Paulo

Tel: (11) 3582.5757

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

Copyright: Edições JusPODIVM

Diagramação: Cendi Coelho (cendicoelho@gmail.com)

Capa: Ana Caquetti

R813r Rosenvald, Nelson.
A responsabilidade civil pelo ilícito lucrativo/ Nelson Rosenvald. 2. ed. rev., atual. e
ampl. – São Paulo: Editora JusPodivm, 2021.
592 p.

Bibliografia.
ISBN 978-65-5680-717-1

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

CDD 342.1

Todos os direitos desta edição reservados a Edições JusPODIVM.

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

Sumário

INTRODUÇÃO	27
CAPÍTULO I	
O CONCEITO DE RESTITUIÇÃO	
POR ILÍCITOS EM ANÁLISE COMPARATISTA	41
1. A restituição por ilícitos na Inglaterra	44
1.1. <i>Common law</i> : a pluralidade na unidade.....	44
1.2. O conceito contemporâneo de "damages"	47
1.3. A recente trajetória do direito restitutivo na Inglaterra	49
1.4. A restituição de ilícitos via dos <i>gain-based</i>	65
1.5. O reconhecimento da restituição por ilícitos na jurisprudência da Inglaterra	71
1.6. A tridimensionalidade da restituição por ilícitos na Inglaterra	73
1.6.1. Restituição de ganhos nos "torts"	75
1.6.2. Restituição de ganhos ilícitos na "equity"	82
1.6.2.1. A de deveres fiduciários	83
1.6.2.2. A da confiança	89
1.6.3. Restituição de ganhos ilícitos pela violação do contrato....	92
1.7. O Binário de James Edelman <i>Gain-Based</i>	103
1.8. A reformulação da restituição por ilícitos nos Estados Unidos..... .. .	113

A Responsabilidade Civil pelo Ilícito Lucrativo • Nelson Rosenvald

1.9. A Restituição por Ilícitos na <i>Civil Law</i>	120
1.9.1. Noções Gerais.....	120
1.9.2. A semântica do enriquecimento injustificado	122
1.9.3. O Modelo Alemão do enriquecimento por intervenção	129
1.9.3.1. Ato intencional no interesse lucrativo	143
1.9.3.2. Violação de deveres fiduciários.....	145
1.9.3.3. Reação à inadequação da compensação..	146
1.9.3.3.1. Propriedade intelectual e direito da concorrência.....	146
1.9.3.3.2. Direitos da Personalidade.....	149
1.9.4. A restituição por ilícitos na Itália . .	152
1.9.4.1. Panorama	152
1.9.4.2. Propriedade intangível	159
1.9.4.3. A nova jurisprudência Italiana	162
1.9.5. Abordagens alternativas - O DCFR e o PETL	164
1.9.5.1. <i>Draft Common Frame of Reference..</i>	164
1.9.5.2. Princípios do Direito Europeu de Responsabilidade Civil. . . .	166
1.9.6. Conclusão: perspectivas para a restituição por ilícitos..	169

CAPÍTULO II**UMA ANÁLISE HISTÓRICA, FILOSÓFICA E PSICOLÓGICA DAS SANÇÕES NÃO COMPENSATÓRIAS..... 173**

1. A análise histórica.	173
1.1. Introdução . .	173
1.2. Do direito romano aos dias atuais.	175
2. Uma justificativa filosófica das pretensões não compensatórias de danos. .	183
2.1. Introdução	183
2.2. Impossibilidade de definição puramente funcional, analítica ou doutrinária das pretensões não compensatórias de danos	185
2.3. Um conceito filosófico para as pretensões não compensatórias de danos	189

Sumário

2.4. O fundamento ético da excepcionalidade das pretensões não compensatórias de danos.....	194
2.5. A justiça distributiva como fundamento filosófico das pretensões não compensatórias de danos..	199
3. O fundamento psicológico da centralidade das pretensões compensatórias de danos	205

CAPÍTULO III

A TOPOGRAFIA DA RESTITUIÇÃO PELO LUCRO ILÍCITO	213
1. A multifuncionalidade da responsabilidade civil....	213
1.1. Novos problemas e velhos remédios.	213
1.2. Do monopólio compensatório à função punitiva	217
1.3. Da compensação ao remédio de restituição de lucros ilícitos..	222
1.4. As duas dimensões da função preventiva da responsabilidade civil.....	227
1.4.1. A função preventiva autônoma	230
1.4.2. A função preventiva acessória..	234
1.5. Distinção estrutural e funcional entre remédios restitutórios e punitivos.....	235
1.6. Os múltiplos indenizatórios..	250
2. Dois passos para a introdução da restituição por ilícitos no interno da responsabilidade civil...	257
2.1. Passo: A multicausalidade do remédio restitutório	257
2.2. O segundo passo: A restituição por ganhos ilícitos como um gênero.....	268
2.2.1. <i>Disgorgement</i> - a remoção dos lucros ilícitos..	271
2.2.2. <i>Restitutionary damages</i> - a devolução dos lucros ilícitos	285
3. Os Equivalentes Funcionais	295
3.1. O enriquecimento injustificado	297
3.1.1. Breve origem histórica	299
3.1.2. Do “monoenriquecimento” injustificado ao “polienriquecimento” injustificado reconfigurando fronteiras.	305
3.1.3. O ilícito e a tutela restitutória...	319
3.1.3.1. A tutela contra o ilícito..	320

3.1.3.2.	O modelo fragmentado do CC/2002 e a restituição como tutela contra o ilícito.....	327
3.1.4.	As despesas preventivas - "Preventive damages"...	341
3.1.5.	<i>Compensatio lucri cum damno</i> - A técnica do desconto.. ..	348
3.1.6.	A restituição do ilícito por intromissão no direito das coisas - "A trílice fronteira"	355
3.1.6.1.	Intromissão por fruição de coisa alheia.....	358
3.1.6.2.	Intromissão por incorporação e disposição de coisa alheia	365
3.1.7.	O enriquecimento por intromissão no <i>leading case</i> do Superior Tribunal de Justiça.....	372
3.1.8.	A insuficiência do enriquecimento injustificado como alternativa à restituição por lucros ilícitos	380
3.1.8.1.	Enriquecimento injustificado como fonte obrigacional residual.. ..	380
3.1.9.	Uma breve análise econômica das espécies de enriquecimento injustificado	407
3.1.10.	Os casos especiais: propriedade imaterial e direitos da personalidade.. ..	413
3.1.10.1.	A restituição como tutela contra o ilícito na propriedade imaterial	414
3.1.10.1.1.	A funcionalização da indenização no âmbito da propriedade imaterial..	414
3.1.10.1.2.	A adoção do <i>disgorgement</i> no direito antitruste...	422
3.1.10.1.3.	A tutela dos direitos autorais	428
3.1.10.1.4.	A tutela dos segredos comerciais..	430
3.1.10.2.	A restituição como tutela contra o ilícito nos direitos da personalidade	437
3.1.10.3.	"Disgorgement algorítmico": a gestão automatizada dos ilícitos lucrativos na Internet...	449
3.1.10.3.1.	Introdução.....	449
3.1.10.3.2.	Responsabilidade civil e algoritmos	451
3.1.10.3.3.	Novas nuances concernentes ao <i>disgorgement</i> e à sua (i)licitude quando levado a efeito de modo automatizado.. ..	459

Sumário

3.1.10.3.4. O <i>disgorgement</i> algorítmico: reflexões sobre uma nova sistemática para o <i>enforcement</i> obrigacional na Internet	469
3.1.11. Síntese a resignificação do princípio da reparação integral	474
3.2. A gestão de negócios imprópria...	492
3.3. O dano moral	502
3.4. O dano moral coletivo e as <i>class actions</i> .	513
3.4.1. O dano moral coletivo é um dano moral?	513
3.4.2. As <i>class actions</i> em uma perspectiva de remoção de ganhos ilícitos <i>trifle damages, fluid recovery</i> e <i>cy-près</i>	531
4. Critérios de quantificação de pretensões de resgate e restituição do lucro ilícito	539
SUMÁRIO DE CONCLUSÕES	553
POSFÁCIO.....	563
BIBLIOGRAFIA	567