

CONTENÇÃO DE ILÍCITOS LUCRATIVOS NO BRASIL: O DISGORGEMENT OF PROFITS ENQUANTO VIA RESTITUTÓRIA¹

CONTENTION OF ILL-GOTTEN GAINS: DISGORGEMENT OF PROFITS AND ITS POSSIBLE EFFECTIVENESS AS A RESTITUTORY WAY

Caio César do Nascimento Barbosa²

Gláyder Daywerth Pereira Guimarães³

Michael César Silva⁴

RESUMO: A pesquisa tem por objetivo analisar o instituto americano do *disgorgement of profits*, bem como a possibilidade de importação do instituto para o sistema jurídico brasileiro, enquanto via restitutória. Nessa perspectiva realiza-se um estudo aprofundado da temática sob o prisma das funções da Responsabilidade Civil. Ademais, mostrou-se necessário verificar as intersecções entre o instituto do *disgorgement of profits* com a teoria da análise econômica do direito, bem como com o enriquecimento sem causa. A pesquisa proposta pertence à vertente metodológica jurídico-sociológica. No tocante ao tipo de investigação foi escolhido, na classificação Witker (1985) e Gustin (2010), o tipo jurídico-projetivo. De acordo com a técnica de análise do conteúdo, afirma-se que se trata de uma pesquisa teórica, o que se mostrou possível a partir da análise de conteúdo da doutrina e legislação pertinente. Por fim, restou determinada a possibilidade de implementação do instituto do *disgorgement of profits* no sistema de Responsabilidade Civil brasileiro, tendo como efeito a restituição de ganhos ilícitos.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil; Direito dos danos; Disgorgement of profits; Restituição de ganhos ilícitos

¹ Artigo publicado originalmente na obra coletiva “Direito Privado e Contemporaneidade: Desafios e Perspectivas do Direito Privado no Século XXI: volume 3” com o título “O disgorgement of profits e sua possível eficácia na contenção de ilícitos lucrativos.” Nos pareceu – por ocasião da revisão que antecedeu esta versão – que o título merecia ser alterado em busca de melhor esclarecimento, aos leitores, das ideias adiante desenvolvidas em função das recentes pesquisas efetuadas acerca da temática no ordenamento jurídico brasileiro.

² Graduando em Direito pela Escola Superior Dom Helder Câmara (Curso Direito Integral).

³ Graduando em Direito pela Escola Superior Dom Helder Câmara (Curso Direito Integral).

⁴ Doutor e Mestre em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Especialista em Direito de Empresa pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professor do Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas (FGV Direito Rio). Professor da Escola Superior Dom Helder Câmara. Professor da Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva. Líder de Pesquisa do Grupo de Iniciação Científica “Tendências contemporâneas da Responsabilidade Civil” da Escola Superior Dom Helder Câmara. Membro fundador do Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil (IBERC). Advogado. Mediador Judicial credenciado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG).

ABSTRACT: The research aims to analyze the American institute of disgorgement of profits, as well as the possibility of importing the institute into the Brazilian legal system, as a restitutory way, in this perspective a thorough study of the thematic is carried out under the prism of the functions of civil liability. Moreover, it was necessary to verify the intersections between the institute of disgorgement of profits and the theory of economic analysis of law, as well as the unjust enrichment. The research belongs to the juridical-sociological methodological aspects. Regarding the type of research was chosen the Witker (1985) and Gustin (2010), the juridical-projective type. According to the analysis of the technical content, it's stated that it's a theoretical research, which was possible from the content analysis of the doctrine and relevant legislation. It was determined the possibility of implementing the institute of disgorgement of profits in the Brazilian civil liability system, having the effect of restituting the ill-gotten gains.

Keywords: Civil liability; Right of Damages; Disgorgement of profits; Restitution of ill-gotten gains

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente estudo se exterioriza mediante uma análise crítica e construtiva concernente à Responsabilidade Civil contemporânea, notadamente, no que se refere ao instituto da *common law* denominado *disgorgement of profits*, com enfoque na possibilidade de sua importação para a realidade jurídica brasileira. Ressalta-se o crescente interesse de âmbito nacional e internacional no que se refere às características de tal modelo jurídico, bem como aos seus reflexos no cenário jurídico e socioeconômico.

A pesquisa tem por objetivo investigar o *disgorgement of profits* sob a ótica das funções contemporâneas da Responsabilidade Civil no Brasil, em especial a função punitiva e o elemento preventivo, de modo a verificar sua possível importação para o sistema de Responsabilidade Civil pátrio. Para tanto, busca-se examinar como o referido modelo jurídico se relaciona com o Direito dos Danos, bem como com a Análise Econômica do Direito. Por fim, mostra-se importante verificar a teoria do enriquecimento sem causa em suas respectivas intersecções com o *disgorgement of profits*.

No tocante as funções da Responsabilidade Civil, constata-se uma mudança de paradigma no Brasil nas últimas décadas. Mas, se se pode dizer que, hodiernamente, o Direito Civil se adequa a uma concepção tripartida no que se refere às funções da Responsabilidade Civil, a função reparatória, ainda, apresenta maior proeminência, seguida da função precaucional e da função punitiva.

No que tange à prevenção, acolhe-se a perspectiva de que se estabelece como um elemento e não uma função da Responsabilidade Civil, coadunando, portanto, com a

tese proposta por Nelson Rosenvald⁵. Nessa linha de raciocínio, o elemento preventivo se insere complementarmente às funções da Responsabilidade Civil, permeando toda a sistemática da Responsabilidade Civil, desde antes da produção do dano, até ao momento posterior à reparação. Tal elemento se apresenta de modo fluído e dinâmico, se inserido em todas as funções da Responsabilidade Civil e acrescentando a elas o carácter inibitório à ocorrência de futuros danos, ampliando, portanto, o escopo da Responsabilidade Civil.

Nesse giro, a função precaucional demonstra-se, intimamente, interconectada com o elemento preventivo, se inserindo na sistemática da Responsabilidade Civil previamente ao dano. Logo, a referida função busca reduzir ou mitigar as incertezas acerca da ocorrência de danos com a finalidade de proporcionar maior segurança à sociedade.

Propõe-se, assim, analisar criticamente a (im)possibilidade de importação do instituto do *disgorgement of profits* para a Responsabilidade Civil brasileira, destacando-se o carácter preventivo-punitivo, de modo a possibilitar que o direito pátrio apresente uma resposta adequada aos *ill-gotten gains* (ganhos ilicitamente obtidos).

Em princípio, afirma-se ser possível a introdução do *disgorgement of profits* no Brasil, na medida em que sua aplicação se mostra harmônica em relação as três funções da Responsabilidade Civil e, consonante, com os valores e preceitos esculpidos na Constituição da República de 1988.

A pesquisa que se pretende classifica-se metodologicamente, sob o viés das teorias de Jorge Witker⁶ e Miracy Barbosa de Sousa Gustin⁷, como pertencente à vertente jurídico-projetiva, apresentando-se por elementos jurídico-sociológicos. Afirma-se, ademais, que se trata de uma pesquisa teórica, que se revela possível mediante a análise da legislação pertinente, da doutrina e da jurisprudência atinente.

Por fim, o estudo propõe lançar luzes sobre a temática proposta com a finalidade de apresentar soluções adequadas no tocante a possibilidade, ou não, de importação do *disgorgement of profits* para o ordenamento jurídico brasileiro.

5 ROSENVALD, Nelson. *As funções da Responsabilidade Civil: a reparação e a pena civil*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

6 WITKER, Jorge. *Como elaborar una tesis en derecho: pautas metodológicas y técnicas para el estudiante o investigador del derecho*. Madrid: Civitas, 1985.

7 GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

2 AS FUNÇÕES DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO SÉCULO XXI

Com o intuito de abordar a temática do *disgorgement of profits* e sua possível importação para o sistema de Responsabilidade Civil brasileiro de modo sistemático, mostra-se necessário, *a priori*, realizar uma análise das funções da Responsabilidade Civil na contemporaneidade, de modo a vislumbrar as intersecções entre as funções da Responsabilidade Civil no Direito Civil brasileiro e o modelo jurídico em análise.

Ao tratar da temática, o primeiro aspecto merecedor de destaque refere-se à própria elucidação do que vêm a ser as funções da Responsabilidade Civil.

A Responsabilidade Civil sob um prisma funcional deve ser entendida como um mecanismo necessário à realização de certos processos, principalmente para a adaptação, integração e continuidade de um convívio social pacífico. Desse modo, a aplicação do instituto deve garantir, mesmo diante de um complexo normativo, consequências justas e eficazes.⁸

Sob o panorama evidenciado, pode afirmar-se que as funções da Responsabilidade Civil se referem aos meios pelos quais se almeja propiciar o convívio social pacífico, de modo que as funções adotadas por determinado sistema jurídico buscarão a resolução de conflitos sociais presentes na sociedade contemporânea (aberta, plural, complexa) pelos meios mais eficazes disponíveis.

Especificamente, no que toca à função punitiva da Responsabilidade Civil, percebe-se que a doutrina não é pacífica sobre sua aplicação no Brasil, e mesmo a corrente doutrinária que compreende ser possível sua aplicação diverge quanto à forma que deve ser adotada.⁹ Ademais, observa-se que a função punitiva se relaciona com o elemento preventivo por meio do desestímulo, isto é, a punição exemplar previne a ocorrência de futuros danos.

Por fim, Nelson Rosenvald assevera que, fundamentalmente, quatro são as funções atribuídas à Responsabilidade Civil através do tempo e espaço:

Percebemos que conforme o tempo e o lugar, a Responsabilidade Civil absorve quatro funções fundamentais (sedo as duas primeiras pacíficas na *civil law*): (a) a função de reagir ao ilícito danoso, com a finalidade de reparar o sujeito atingido pela lesão; (b) a função de ripristinar o lesado ao *status quo ante*, ou seja, estado

8 GIANCOLI, Brunno Pandori. *Função punitiva da Responsabilidade Civil*. 2014. 192 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo. São Paulo, São Paulo, p.25.

9 Fernando. Desenvolvimentos contemporâneos da Responsabilidade Civil. *Revista dos Tribunais*, v.761, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.31-44; BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos. *A Responsabilidade Civil pelo dano ambiental no direito brasileiro e as lições do direito comparado*. 1998. Disponível em: <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/8632>>. Acesso em: 08 mar. 2019.

ao qual o lesado se encontrava antes de suportar a ofensa; (c) a função de reafirmar o poder sancionatório (ou punitivo) do estado; (d) a função de desestímulo para qualquer pessoa que pretenda desenvolver atividade capaz de causar efeitos prejudiciais a terceiros. É inegável que a alteração do período histórico e do ambiente social impactará na proeminência de uma função em detrimento da outra.

10

Nesse sentido, o referido autor apresenta em sua obra uma *triplição funcional da Responsabilidade Civil*, classificando-a em *reparatória, punitiva e precaucional*, tornando, desde modo, o aspecto preventivo como um elemento interno, observado em cada uma das classificações retromencionadas.¹¹

2.1 Função reparatória

A função reparatória da responsabilidade é a função precípua e, ainda, dominante da Responsabilidade Civil no Brasil, que tem por finalidade resguardar o *status quo* dos indivíduos atingidos por ilícitos. Nessa conformidade, se insere como uma resposta aos atos antijurídicos praticados por determinado agente, sendo aplicável e mensurável, tão somente, após a efetiva lesão. Ressalta-se que a função reparatória apresenta reflexivamente o elemento preventivo, uma vez que visa desestimular qualquer lesão ao garantir que o lesante repare ou compense a vítima.

Tal função da Responsabilidade Civil encontra-se intimamente relacionada à segurança jurídica, uma vez que assegura à vítima, na medida da execução, a restituição ao estado que existiria se não fosse o evento danoso.

Nessa esteira argumentativa, a função reparatória apresenta duas dimensões, a primeira de cunho positivo, ao garantir ao lesado que mediante os instrumentos do Direito possa recobrar suas perdas. E a segunda, de cunho negativo, dirigida a qualquer um que possa vir a causar dano a outros, com um sentido preventivo, já que, caso cause determinado dano, será obrigado a repará-lo.

Desse modo, a função reparatória pode ser entendida como um mecanismo que permite o retorno do lesado ao estado que existiria se não fosse o evento danoso, que

10 ROSENVALD, Nelson. *As funções da Responsabilidade Civil: a reparação e a pena civil*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.32.

11 ROSENVALD, Nelson. *As funções da Responsabilidade Civil: a reparação e a pena civil*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

causou uma depreciação patrimonial ou uma lesão a interesses existenciais concretamente mercedores de tutela.

Convém explicitar que o ordenamento jurídico brasileiro insiste em contextualizar a seara da Responsabilidade Civil com profundo enfoque na função reparatória, colocando-a sob um pedestal praticamente intocável.

Nesta linha de intelecção, aponta Marcos Ehrhardt Jr que:

A responsabilidade, enquanto instrumento para proteção de direitos fundamentais, num contexto de pluralidade de fontes normativas, não pode se limitar ao binômio dano-reparação, sendo importante analisar a questão dos custos sociais necessários à proteção da pessoa humana e o papel do intérprete na tutela de uma noção de dignidade cada vez mais vinculada à solidariedade e igualdade substancial razão pela qual o ponto de partida está na funcionalização das situações patrimoniais às existenciais para a construção de uma nova dogmática que vem se desenvolvendo mediante utilização de cláusulas gerais para delimitação de deveres gerais de conduta nas relações entre particulares.¹²

É certo que o protagonismo da reparação é devido à sua característica de estabilização do *status quo ante*. Contudo, a Responsabilidade Civil não pode, muito menos deve, resumir-se apenas a ela neste caráter de monofuncionalidade vigente, devendo existir harmonia entre a função reparatória e as demais funções da Responsabilidade Civil.

2.2 Função punitiva

Adicionalmente à função reparatória, situa-se a função punitiva da Responsabilidade Civil, a qual tem por pretensão aplicar uma sanção àquele que viole determinada norma jurídica.

A função punitiva é uma modalidade específica de sanção, ou seja, trata-se de uma resposta que o ordenamento jurídico dá à sua violação de uma norma (ou conjunto normativo). No caso específico da função punitiva da Responsabilidade Civil a sanção vale-se de técnicas que permitem imputar ao infrator o pagamento de uma soma pecuniária, a perda, a restrição de um direito ou de uma posição jurídica.¹³

12 EHRHARDT JUNIOR, Marcos Augusto de Albuquerque. *Responsabilidade civil pelo inadimplemento da boa-fé enquanto dever geral de conduta*. 2011. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas/FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2011. Disponível em: <<https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/10441>> Acesso em: 02 mai. 2020. p. 48-49.

13 GIANCOLI, Brunno Pandori. *Função punitiva da Responsabilidade Civil*. 2014. 192 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo. São Paulo, São Paulo. p. 64-65.

Nessa linha de raciocínio, a função punitiva concorre indiretamente para o alcance preventivo da Responsabilidade Civil. Tal argumento se fundamenta no fato de a imputação de uma indenização que supera o valor do dano causado trazer consigo elementos desestimuladores, evitando, portando, a ocorrência de futuros danos.

Logo, a função punitiva apresenta contornos sancionatórios, ampliando o valor que outrora seria meramente reparatório a novos patamares, de modo a se evitar uma reincidência da prática lesiva por parte do autor, ou de terceiros.

Brunno Pandori Giancoli¹⁴ sustenta, ainda, em linhas gerais, que, a respeito da aplicação da função punitiva da Responsabilidade Civil, a doutrina se divide, de modo que uma corrente assevera que tal função é compatível com a sistemática civilista e outra corrente apresenta duras críticas como a de uma possível violação à legalidade, a falta de aptidão punitiva da Responsabilidade Civil, os possíveis excessos ao arbitrar os valores punitivos, o enriquecimento sem causa da vítima e o incremento do risco socioeconômico nas relações jurídicas.

A própria experiência norte-americana apresenta pontuais contestações em alguns aspectos dos chamados danos punitivos, por ocasião de sua completa imprevisibilidade. Ainda sob este viés, é apontado por Maria Celina Bodin de Moraes que não existem parâmetros fortemente estabelecidos que possam ser utilizados de forma concreta, gerando o risco de se condenar o ofensor por quantia superior e indevida, ou até mesmo a verificação de que o magistrado, em especial no Brasil, impõe condenação em relação intimamente ao fato ilícito, e não à figura do ofensor.¹⁵

Ainda que a função punitiva seja severamente criticada e reprimida, não sendo um sistema absolutamente perfeito, a análise dos institutos que a permeiam se mostra apropriada em relação à sua íntima relação com a função preventiva, qual seja, inibir a ocorrência de novos ilícitos, devendo assim apresentar um caráter não propriamente de punição, mas sim *desestimulador e pedagógico*.

Ademais, o artigo 944 do Código Civil¹⁶ estabelece que a indenização é aferida com base na extensão do dano sofrido, contudo não dispõe claramente acerca da possibilidade de aplicação da função punitiva ou precaucional. Em mesmo sentido, o

14 GIANCOLI, Brunno Pandori. *Função punitiva da Responsabilidade Civil*. 192 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo. São Paulo, São Paulo, 2014, p. 50-63.

15 MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. 2.ed. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2017, p. 229.

16 Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano. (BRASIL. *Código Civil*. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm> Acesso em: 26 fev. 2019.)

artigo 563º do Código Civil Português estabelece que “a obrigação de indemnização só existe em relação aos danos que o lesado provavelmente não teria sofrido se não fosse a lesão”.¹⁷

No sentido de apresentar soluções a temática, o *Enunciado n. 379* da IV Jornada de Direito Civil do CJF estipulou que a redação do artigo não afasta a possibilidade de que seja reconhecida a função pedagógica ou mesmo a punitiva da Responsabilidade Civil.¹⁸

Convém explicitar que, mesmo entre aqueles que não admitem a adequação da função punitiva do dano moral o ordenamento jurídico brasileiro, hipóteses excepcionais de aplicação, taxativamente previstas em lei, devem ser consideradas, como no disposto no art. 13 da Lei nº 7.447/85, aplicável a situações *potencialmente* causadoras de danos a um universo coletivo ou difuso, como nas relações de consumo de Direito ambiental, pois nesse caso, a *ratio* será a função preventivo-precautória, que o caráter punitivo inegavelmente detém, em relação às dimensões de universo a ser protegido. Trata-se do pagamento de uma multa a ser recolhida a um fundo público.¹⁹

Ante o exposto, a função punitiva da Responsabilidade Civil apresenta compatibilidade com a sistemática civilista, com os princípios vigentes, bem como, pode ser verificada em determinados diplomas legais já existentes.

2.3 Função precaucional

De modo geral, pode-se afirmar que enquanto a função reparatória e a função punitiva se apresentam como respostas ao dano, almejando a restauração do *status quo ante* e o desestímulo de condutas danosas, a função precaucional precede o dano, buscando, portanto, reduzir a possibilidade de ocorrência do mesmo mediante o controle de incertezas.

Clarifica Anderson Schreiber que:

De qualquer modo, o certo é que precaução, prevenção e todas as técnicas de administração de risco partem do princípio de que a potencial lesão ao interesse tutelado deve ser objeto de controle, tanto quanto a lesão em si. A rigor, a preocupação com os riscos de lesão já, há muito, ocupa o pensamento do Direito Civil-constitucional, para o qual a tutela dos interesses fundados em valores

17 PORTUGAL. *Código Civil*. Diário do Governo n.º 274/1966, Série I de 1966-11-25. A <<https://dre.pt/legislacao-consolidada/-/lc/106487514/201703171158/73407718/diploma/indice>> Acesso em: 02 mai. 2020.

18 CJF (Conselho de Justiça Federal). *IV Jornada de Direito Civil*. Enunciado n.379. 2012. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/517>>. Acesso em: 09 mar. 2019.

19 FERREIRA, Keila Pacheco. *Responsabilidade Civil preventiva: função, pressupostos e aplicabilidade*. 263 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo. São Paulo, São Paulo. 2014, p.63.

constitucionais não se limita a uma tutela de tipo negativo clássico, destinada a reprimir sua lesão, mas abrange também uma tutela negativa preventiva ou inibitória, no sentido de evitar situações potencialmente lesiva a tais interesses, bem como uma tutela positiva, comprometida em promover a sua máxima realização.²⁰

Nesse sentido, verifica-se a íntima interconexão entre a função precaucional e o elemento preventivo da Responsabilidade Civil, pois a referida função não se fundamenta no dano, mas, sobretudo, *no risco de dano*, ampliando, deste modo, a proteção e reduzindo a possibilidade de que o dano transcorra.

É nesse sentido que se fala, hoje, por exemplo, em um *princípio de precaução*, voltado à eliminação prévia (anterior à produção do dano) dos riscos de lesão, por meio de normas específicas, de natureza administrativa e regulatória, que imponham tal dever aos agentes econômicos de maior potencial lesivo, sob uma fiscalização eficiente por parte do Poder Público. Insere-se, nessa linha, a atuação disciplinar dos órgãos fiscalizadores, como o CADE e o Banco Central, e cresce em importância o papel normativo das agências reguladoras, que, sem a lentidão habitual do processo legislativo e com o conhecimento técnico especializado, se mostra apto à emissão de regras de conduta capazes de efetivamente reduzir os riscos de cada atividade. Em setores os mais diversos, e mesmo à falta de dever legal, os administradores têm se preocupado crescentemente com o chamado *risk management*, a revelar uma saudável alteração de foco: dos danos para os riscos.²¹

Depreende-se, portanto, que a função precaucional se estabelece como um meio de reduzir ou mitigar as incertezas acerca da ocorrência de danos, introduzindo, inclusive, na sistemática do Direito Civil, o princípio da precaução, âncora da sistemática da Responsabilidade Civil moderna, por meio do qual a referida função se exterioriza com maior intensidade.

2.4 Elemento preventivo

Ao acolher a teoria tríplice das funções da Responsabilidade Civil²², o estudo abordará o elemento preventivo uma vez que tal característica se insere nas funções reparatória, punitiva e precaucional, sendo, por conseguinte, como já exposto, elemento e não função.

O elemento preventivo é tido como aquele que permeia toda a sistemática da Responsabilidade Civil, desde antes da produção do dano, até ao momento posterior à

20 SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da Responsabilidade Civil*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 229.

21 SCHREIBER, Anderson. *Direito Civil e constituição*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 236.

22 ROSENVALD, Nelson. *As funções da Responsabilidade Civil: a reparação e a pena civil*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

reparação ou compensação do sujeito lesado. Deste modo, se apresenta, como um elemento fluído e dinâmico, motivo pelo qual consegue se inserir dentro de todas as funções da Responsabilidade Civil. O elemento preventivo confere às funções da Responsabilidade Civil a característica de uma tutela ampliativa, que pretende evitar que os danos se apresentem na sociedade.

Neste sentido, explicam Caio César do Nascimento Barbosa, Michael César Silva e Priscila Ladeira Alves de Brito que “eliminar previamente riscos de danos reflete na função preventiva da responsabilidade civil, que visa a garantir o equilíbrio jurídico esperado”²³.

Segundo expõem Cristiano Chaves de Farias, Felipe Peixoto Braga Netto e Nelson Rosenvald, o elemento preventivo:

[...] detém inegável plasticidade e abertura semântica, consistindo em uma necessária consequência da incidência das três funções anteriores. Isso não impede que se manifeste com autonomia, aliás, objetivo primordial da Responsabilidade Civil contemporânea.²⁴

Glyder Daywerth Pereira Guimarães e Michael César Silva²⁵ apontam que “o Código Civil buscou sintetizar e colmatar a responsabilidade civil em poucos artigos, sendo que os artigos 186, 187 e 927 do diploma legal traçam as diretrizes básicas da responsabilidade civil no Brasil.”

A Responsabilidade Civil apresenta como principal função a *reparadora*, que é estabelecida por intermédio do artigo 927 do Código Civil.²⁶ Logo, a Responsabilidade Civil se mostra, majoritariamente, ainda, presa a um sistema bifásico, calcado na reparação de danos, que se perfectibiliza por uma imputação de indenização de danos patrimoniais e na compensação dos danos morais como uma lesão a interesses existenciais concretamente merecedores de tutela.

23 BARBOSA, Caio César do Nascimento; SILVA, Michael César; BRITO, Priscila Ladeira Alves de. Publicidade ilícita e influenciadores digitais: novas tendências da responsabilidade civil. *Revista IBERC*, Minas Gerais, v.2, n.2, p. 1-21, mai.-ago./2019. p. 4.

24 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Novo Tratado de Responsabilidade Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

25 GUIMARÃES, Glyder Daywerth Pereira; SILVA, Michael César. Fake News à luz da responsabilidade civil digital: o surgimento de um novo dano social. *Revista Jurídica FA7*, Fortaleza, v. 16, n. 2, p. 99-114, jul./dez., 2019. p. 105.

26 Art. 927. Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. (BRASIL. *Código Civil*. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm> Acesso em: 26 fev. 2019).

Entretanto, isso não exclui as demais funções, de modo que, ainda que em menor proporção e significância, possibilita a aplicação das demais funções da Responsabilidade Civil no sistema jurídico brasileiro.

Nessa esteira argumentativa, aponta Felipe Peixoto Braga Netto.

O direito do século XXI não se satisfaz apenas com a reparação dos danos. Mais importante do que tentar reparar – sempre imperfeitamente, como se sabe – os danos sofridos, a tutela mais adequada, e mais conforme à Constituição, é a tutela preventiva, que busca evitar que os danos ocorram ou que continuem a ocorrer. A função preventiva assume, portanto, neste século, fundamental importância.²⁷

Nessa linha de intelecção, a Responsabilidade Civil, hodiernamente, não mais se limita a mero ressarcimento ou compensação do dano efetivado, tendendo, cada vez mais, a atuar preventivamente ao dano, de modo a evitar que o dano seja efetivado e que a função reparatória seja repetidamente utilizada.

Destaca-se que o ressarcimento ainda é fundamentalmente relevante à Responsabilidade Civil. Nesse sentido, aponta Mafalda Miranda Barbosa²⁸ que “a responsabilidade civil tem um pendor eminentemente ressarcitório, pelo que a presença do dano e sua ligação ao comportamento (em regra) culposo e ilícito é fundamental”.

Logo, se mostra crucial trazer à baila a temática do *disgorgement of profits*, instituto que prima pela restituição de ganhos ilícitos.

3 O DISGORGEMENT OF PROFITS

Os paradigmas contemporâneos da Responsabilidade Civil encontram-se nesse século em constante transformação. Atualmente, verifica-se que se alteram e intentam ampliar as hipóteses de reparação, bem como minimizar as possibilidades de obtenção de lucros por meios antijurídicos ou ilícitos. Sob este prisma, surgem teorias protetivas,

27 BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. A dimensão preventiva da Responsabilidade Civil. In: BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; SILVA, Michael César (Orgs.). *Direito privado e contemporaneidade: desafios e perspectivas do direito privado no século XXI*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2014, p.86.

28 BARBOSA, Mafalda Miranda. Causalidade Mínima. In: BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; SILVA, Michael César. *Direito Privado e Contemporaneidade: Desafios e Perspectivas do Direito Privado no Século XXI*. v. 3. e. 1. p. 3-24. 2019. p. 3

como a do Direito dos Danos²⁹, da inexistência de culpa na responsabilidade contratual³⁰, entre outras.

A teoria do *disgorgement of profits* trata da questão dos *ganhos indevidamente obtidos*, com a finalidade de se evitar a ocorrência do enriquecimento sem causa do gerador do dano. Nesse giro, propõe-se um rompimento com a ideia assente no âmbito da Responsabilidade Civil de que para que um sujeito aufera ganhos é necessário que outro tenha um prejuízo.

Nessa mesma linha de raciocínio, trazem-se ao debate hipóteses nas quais um sujeito obtém ganhos indevidos, sem que outra pessoa tenha perdido algo com isso, ou quando ocorre ofensa a um direito, como a propriedade intelectual, e mesmo após o retorno ao *status quo*, com a restituição dos danos por parte do agente que pratica o ilícito, este ainda consegue obter lucro baseado no ilícito cometido.

É comum, na seara da Responsabilidade Civil, se a ouvir a máxima da *common law* do “*tort must not pay*”, traduzido livremente a algo similar à “o ilícito não deve ser lucrativo”. Não obstante, é percebido que essa máxima tem pouca eficácia se o cenário contemporâneo for colocado em análise. Afinal, não é surpresa alguma depararmos-nos com hipóteses, principalmente no âmbito empresarial, de quebra do direito de concorrência, violações do direito de propriedade intelectual e outras que acabam por ocasionar *vantagens indevida ao autor do ilícito*. Em âmbito brasileiro, a máxima “o crime compensa” pode ser ampliada e relida como “o ilícito compensa”, e, ainda, se acrescenta que, além de compensar, *paga bem ao infrator*. Não são raros os casos em que indivíduos adentram na ótica de direitos alheios, beneficiam-se economicamente por tais atos antijurídicos que lesionam o que pertencem a outrem e saem impunes de tais práticas.

Conforme preleciona Nelson Rosenvald:

É possível aplicar a remoção ou a devolução de ganhos indevidos no campo da violação a direitos de propriedade (tangível e intangível), contratos, relações de

29 Nesse sentido, Pablo Malheiros da Cunha Frota assevera que “A responsabilidade por danos redescreve a linguagem da precaução, da prevenção e da reparação, com a extensão e a inovação de direitos e de deveres às vítimas, aos lesantes e (ou) responsáveis e à sociedade. O instituto esteia-se nos princípios do *neminem laedere*, da solidariedade social, da reparação integral e da primazia da vítima.” (FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Imputação sem nexa causal e a responsabilidade por danos*. 275 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito. Universidade Federal do Paraná. Curitiba, Paraná, 2013, p.214).

30 Marcos Catalan preceitua que “É relevante compreender que, à medida que a insegurança toma conta de cada instante da vida, e o fluir do tempo impede antever as consequências contidas em cada conduta prometida a outrem, a culpa, gradativamente, perdeu espaço na formatação do dever de reparar. Quando se admite que a contingência é uma das características mais expressivas da contemporaneidade e quando se percebe que ela atua impedindo a formulação de juízos de previsibilidade, resplandece a conclusão de que o fundamento sociológico de sustentação da culpa foi a pique.” (CATALAN, Marcos. *A morte da culpa na responsabilidade contratual*. 347 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo. São Paulo, São Paulo, 2011, p. 298).

confiança, direito de concorrência, mercado de capitais e direitos da personalidade.³¹

Ewoud Hondius e André Janssen prelecionam que, sob o ponto de vista do Direito Privado, pelo menos três são as razões pelas quais as condutas ilícitas beneficiam os agentes que lesam aos demais. A primeira refere-se a quando a chance de identificação do infrator é muito baixa, sendo que, nessas situações o agente pressupõe que não será responsabilizado por seu comportamento ilegal. A segunda razão refere-se a apatia racional em relação aos sujeitos prejudicados nos casos de danos de menor proporção. São casos em que o dano sofrido por cada indivíduo é baixo e, consecutivamente, a chance de que o ofendido busque a reparação é igualmente baixa, mas, como diversos sujeitos sofrem o dano, o lucro do infrator é elevado. A terceira e última razão apontada revela-se quando o *lucro esperado com a prática do ilícito supera as sanções legais*. Na hipótese, ainda, que o infrator responda legalmente, *a prática do ilícito é rentável*.³²

Ante a tal situação (em que o transgressor, após os procedimentos judiciais concernentes, aparenta estar em uma melhor posição do que estaria caso não optasse por praticar o ilícito gerador da demanda), permeia-se na sociedade a sensação de ausência de justiça social, vez que a restituição por si só pouco lhe afetou. Afinal, o autor do ilícito restituiu a vítima suas perdas, mas ainda assim obteve proveitos a partir da situação criada pelo próprio, não desestimulando comportamentos similares ou lhe retirando todos os ganhos.

Em muitos episódios, o transgressor, possuindo conhecimento de que a sua conduta ilícita lhe geraria lucros superiores à posterior restituição de danos, em um cálculo de “custo-benefício”, prefere e opta por cometer o comportamento antijurídico, uma vez que tal prática seria compensatória para si próprio. O ordenamento jurídico – e aqui tanto na *common law* quanto na *civil law* – não apresentaria meios completamente eficazes que acarretassem real prejuízo ao mesmo, condenando-o apenas por quantia pífia em relação ao locupletamento indevido. Tal situação não causaria desestímulo algum ao infrator, que passa a adquirir a sensação de que o seu oportunismo compensa. Neste sentido, aponta Nelson Rosenvald que, “ao optar pela prática do ilícito, o *homo*

31 ROSENVALD, Nelson. As fronteiras entre a restituição do lucro ilícito e o enriquecimento por intromissão. In: BARBOSA, Mafalda Miranda. MUNIZ, Francisco. ROSENVALD, Nelson (Coords.). *Desafios da nova Responsabilidade Civil*. São Paulo: Editora JusPodivm, 2019. p. 313-314.

32 HONDIUS, Ewoud; JANSSEN, André. *Disgorgement of Profits: Gain-Based Remedies throughout the World*. ed. 8. Cham: Springer International Publishing, 2015.

economicus realiza uma análise de custo-benefício, na qual o risco de ser privado de seus ganhos representa um custo”³³.

Logo, os remédios presentes no ordenamento jurídico são incapazes de apresentar solução satisfatória e equitativa para tais casos, incompatível com as tendências contemporâneas da Responsabilidade Civil, que não mais visam apenas o retorno ao *status quo ante*, mas, sim a harmônica aplicação de suas três funções como forma de contenção efetiva de ilícitos na sociedade hodierna.

No âmbito da *common law*, desenvolveu-se o instituto do *disgorgement of profits* com a escopo de apresentar soluções eficazes para tais hipóteses. Nesse sentido, João Marcelo Torres Chinelato destaca que “é um remédio restitutivo preordenado, não a reparar o dano ou a compensar a vítima, mas a retirar das mãos do ofensor quaisquer frutos colhidos de sua ilicitude.”³⁴

Com base neste raciocínio, Nelson Rosenvald expõe com precisão que “é notável a capacidade do ordenamento jurídico da *common law* de adaptar mecanismos às necessidades sociais e aos déficits do direito legislado.”³⁵

O *disgorgement*, de acordo com o *Legal Information Institute*, pode ser definido como “um remédio que exige que uma parte que lucra com atos ilegais ou ilícitos ceda qualquer lucro que tenha obtido como resultado de sua conduta ilegal ou ilícita. A finalidade deste remédio é evitar o enriquecimento sem causa” (tradução nossa).³⁶

Tal conceituação possui como base a justiça social, consagrada pela máxima do sistema da *tort law* de que “ninguém pode tirar vantagem de seu próprio ilícito” (tradução nossa).³⁷ A referida “regra de ouro” encontraria suporte, de tal modo, no modelo jurídico em análise.³⁸

33 ROSENVALD, Nelson. *As funções da Responsabilidade Civil: a reparação e a pena civil*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 174.

34 CHINELATO, João Marcelo Torres. Do dever de restituir o lucro decorrente da lesão a direitos coletivos. *Publicações da escola da AGU*. vol. 10, n. 3, p. 115-130, Brasília: AGU, 2018, p.118.

35 ROSENVALD, Nelson. *As funções da Responsabilidade Civil: a reparação e a pena civil*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 152.

36 No original: “A remedy requiring a party who profits from illegal or wrongful acts to give up any profits he or she made as a result of his or her illegal or wrongful conduct. The purpose of this remedy is to prevent unjust enrichment.” (LEGAL INFORMATION INSTITUTE. Disgorgement. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/wex/disgorgement>>. Acesso em: 20 mar. 2019.)

37 No original: “No one can take advantage of his own wrong.”

38 Nesta esteira de pensamento, João Marcelo Torres Chinelato preconiza que “a jurisprudência norte-americana se orienta a partir de uma premissa muito clara: não é possível que, mesmo após a vítima recuperar as suas perdas, o agressor permaneça em uma posição melhor da que estava antes da ilicitude.” (CHINELATO, João Marcelo Torres. Do dever de restituir o lucro decorrente da lesão a direitos coletivos. *Publicações da escola da AGU*. vol. 10, n. 3, p.115-130, Brasília: AGU, 2018, p.123).

Nesta toada, é certo dizer que:

[...] o sistema de Responsabilidade Civil deve incluir valorações de caráter moral, sancionando o lesante pelo fato de adotar um comportamento desconforme aos princípios éticos seguidos pela maioria das pessoas, realizando as expectativas de justiça corretiva.³⁹

Nelson Rosenvald e Bernand Korman Kuperman lecionam que o *disgorgement of profits* se refere a uma situação de desistência (*give up*), de modo que o agente abdicará dos ganhos obtidos, ainda que não diretamente, do patrimônio da vítima. Distingue-se, portanto, do locupletamento ilícito, situação na qual se vislumbra a devolução (*give back*) dos ganhos obtidos em detrimento do patrimônio da vítima, sendo manifesta aplicação de uma justiça corretiva.⁴⁰

No *disgorgement* há supressão da vantagem adquirida pelo réu com independência de qualquer translação de bens pelo autor. [...] Suprime-se a vantagem que, sem correspondência com a utilização do patrimônio do autor, o réu obteve com a prática do ilícito. O *disgorgement* não apenas visa privar o agente dos ganhos realizados, como também pelas despesas economizadas, com a reversão completa dos valores indevidamente obtidos às expensas da vítima.⁴¹

Nesse sentido, mostra-se importante trazer à baila a recente experiência norte-americana no caso *Romag Fasteners, Inc. v. Fossil, Inc.*, levado à US Supreme Court⁴² e decidido em 23 de abril de 2020, em que se aponta, em decisão unânime, que “um requerente em uma ação por violação de marca registrada não é obrigado a mostrar que um réu violou intencionalmente a marca registrada do requerente como uma condição prévia para a concessão de lucros”⁴³. O referido caso pauta-se na alegação do autor de que o réu haveria infringido as políticas de marca registrada e obtido lucros sobre este ilícito. O júri, em primeira instância, beneficiou o autor em: a) 90 mil dólares para prevenir enriquecimento sem causa e b) 6,7 milhões de dólares para contenção de futuras violações de marca registrada.

39 ROSENVALD, Nelson. *As funções da Responsabilidade Civil: a reparação e a pena civil*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 118.

40 ROSENVALD, Nelson; KUPERMAN, Bernard Korman. Restituição de ganhos ilícitos: há espaço no Brasil para o disgorgement? *Revista Fórum de Direito Civil*, Belo Horizonte, ano 6, n.14, p.11-31, jan./abr. 2017.

41 ROSENVALD, Nelson; KUPERMAN, Bernard Korman. Restituição de ganhos ilícitos: há espaço no Brasil para o disgorgement? *Revista Fórum de Direito Civil*, Belo Horizonte, ano 6, n.14, p.11-31, jan./abr. 2017, p.17.

42 SUPREME COURT. *Romag Fasteners, Inc. v. Fossil, Inc.* Disponível em: <<https://www.oyez.org/cases/2019/18-1233>> Acesso em: 10 abr. 2020

43 No original: “A plaintiff in a trademark infringement suit is not required to show that a defendant willfully infringed the plaintiff’s trademark as a precondition to an award of profits”. SUPREME COURT. *Romag Fasteners, Inc. v. Fossil, Inc.* Disponível em: <<https://www.oyez.org/cases/2019/18-1233>> Acesso em: 10 abr. 2020

A decisão do júri, contudo, foi refutada nas instâncias superiores em sede de recurso, ao passo que os magistrados apontaram que seria necessária a comprovação de que o réu agiu de forma intencional ao lucrar sobre as violações de marca registrada, levando a US Supreme Court a debater se a “*Section 35*” do “*Lanham Act*” requeria a comprovação do comportamento intencional do réu para auferir lucros que violam a “*Section 43(a)*”.

Destarte, a mais alta corte norte-americana encerra anos de incerteza entre os tribunais *a quo* sobre se a voluntariedade seria considerada um pré-requisito para a concessão destes lucros ou se, como alguns tribunais determinaram, seria apenas um fator a ser considerado. Assim, exprime-se que estes lucros da intervenção poderiam ser concedidos mesmo que o réu alegasse ser “inocente” em sua violação.

O nobre juiz Samuel Alito explica ainda que “demonstrar a voluntariedade é uma consideração altamente importante na concessão de lucros sob o §1117 (a), mas não uma condição prévia absoluta”⁴⁴. Ainda que a referida decisão abarque a específica temática das marcas registradas – com discussão baseada nos termos do Lanham Act –, é ventilado o pressuposto demonstrado por Alito para as outras áreas, ainda que o tempo – com suas prementes reformas legislativas e pareceres jurisprudenciais – possa (re)moldar quaisquer parâmetros até então auferidos.

Ante aos aspectos apresentados, pode-se afirmar que a aplicação do *disgorgement of profits* exige a comprovação de três elementos, quais sejam:

- i) prática de um ato ilícito na relação entre dois ou mais sujeitos;
- ii) aferição de vantagem como resultado do ilícito praticado por parte de um dos sujeitos;
- iii) invariabilidade do patrimônio do sujeito lesado.

Nessa conjuntura, as funções da Responsabilidade Civil demonstram as características elementares do *disgorgement of profits*, pelo fato de tal instituto estar alinhado com a tríplice função da Responsabilidade Civil outrora mencionada.

O *disgorgement of profits* apresenta assim um caráter predominantemente preventivo-punitivo, de modo que, por intermédio de uma punição exemplar àquele que pratica o ato ilícito, objetiva desestimular o agressor e a sociedade como um todo a reiterar

44 No original: “[...] show that willfulness is a highly important consideration in awarding profits under §1117(a), but not an absolute precondition”. SUPREME COURT. *Romag Fasteners, Inc. v. Fossil, Inc.* Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/590/18-1233/#tab-opinion-4240396>> Acesso em: 01 mai. 2020

determinadas condutas ilícitas. Ademais, revela *caráter precaucional*, ao reduzir a possibilidade de que o dano transcorra, mediante o controle de incertezas jurídicas ao tutelar uma temática ainda não desbravada no Brasil. Por fim, no que se refere à função reparatória, sustenta-se que os atuais instrumentos jurídicos exercerão tal função, e o *disgorgement of profits* atuará como complemento.

Nessa toada, aponta Nelson Rosenvald que:

Se desejamos que a característica restaurativa dos remédios tenha uma eficácia preventiva mais ampla sobre os ilícitos, então devemos considerar o uso mais corriqueiro do *disgorgement of profits*, em substituição à abordagem clássica da restauração como “nada mais e nada menos do que as perdas do demandante”. O cumprimento das normas (*enforcement*) demanda uma alteração no foco preventivo da responsabilidade civil: de seu caráter meramente residual na indenização compensatória para uma eficácia mais enérgica no remédio de restituição de ganhos ilícitos. (2019, p. 311)⁴⁵

Analisado o contexto sistêmico-jurídico brasileiro, há de se observar um grande crescimento tendencial em relação ao chamado “fator punitivo-pedagógico”, que, segundo Mark Pickersgill Walker, Rafael Peteffi da Silva e Guilherme Henrique Lima Reinig, “poder-se-ia conferir importância para elementos como a conduta do ofensor e sua capacidade econômica no momento do arbitramento da indenização.”⁴⁶ Nesse mesmo sentido, o Enunciado nº 379 da IV Jornada de Direito Civil do CFJ⁴⁷, consagra no Brasil uma evolução da aplicação dissuasória da Responsabilidade Civil, ainda tão criticada.

O referido fator inspira-se no instituto norte-americano dos *punitive damages*, abrangendo alguns de seus conceitos estruturais. Sobre os *punitive damages*, expõe João Marcelo Torres Chinelato que, “quando a Responsabilidade Civil decorre de atos culposos, o agente atua de modo evidentemente reprovável, devendo-se dar ao fato uma resposta punitiva e capaz de atuar também na prevenção da prática.”⁴⁸

Nesta esteira de pensamento, cabe apontar que, “se o sistema da *common law* da indenização punitiva (*punitive damages*) é inadequado como aplicação no nosso

45 ROSENVALD, Nelson. As fronteiras entre a restituição do lucro ilícito e o enriquecimento por intromissão. In: BARBOSA, Mafalda Miranda; ROSENVALD, Nelson; MUNIZ, Francisco (Coord.). *Desafios da nova responsabilidade civil*. São Paulo: JusPODVM, 2019, p. 277-313.

46 WALKER, Mark Pickersgill; SILVA, Rafael Peteffi da; REINIG, Guilherme Henrique Lima. Punitive damages: características do instituto nos Estados Unidos da América e transplante do modelo estrangeiro pela jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 115, ano 27, p.169-204. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./fev. 2018, p.171.

47 “O art. 944, caput, do Código Civil não afasta a possibilidade de se reconhecer a função punitiva ou pedagógica da Responsabilidade Civil.” (CJF (Conselho de Justiça Federal). *IV Jornada de Direito Civil*. Enunciado n.379. 2012. Disponível em: < <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/517>>. Acesso em: 09 mar. 2019).

48 CHINELATO, João Marcelo Torres. Do dever de restituir o lucro decorrente da lesão a direitos coletivos. *Publicações da escola da AGU*. vol. 10, n. 3, p. 115-130. Brasília: AGU, 2018, p.120-121.

ordenamento jurídico, isto não significa que inexista a possibilidade de adaptação ou mesmo de mudança do *nomen iuris* para *fator* ou *valor de desestímulo*".⁴⁹

Ainda que o instituto do *disgorgement of profits* não se confunda com os *punitive damages* – que se apartam na relação do primeiro buscar a repressão dos lucros ilícitos e o segundo, ao seu turno, coibir comportamentos antijurídicos –, ambos possuem relação ao tentar desestimular o ofensor de reiterar o comportamento resultante nos ilícitos lucrativos.

Em relação ao fenômeno dos ganhos ilícitos, é cristalino que sua progressão se relaciona com a carência em aplicações de indenizações de caráter punitivo/dissuasório no ordenamento jurídico brasileiro, conforme explica Pedro Rubim Borges Fortes:

É claro, portanto, que a falta de indenizações por danos punitivos ajuda a explicar o fenômeno da ilicitude lucrativa, uma vez que os "danos morais coletivos" permanecem simplesmente como parte do "direito nos livros" em vez do "direito em ação" ("law on the books" versus "law in action"). (2019, p. 122-123)⁵⁰

Paulatinamente, a aplicação do fator pedagógico-punitivo acarretaria na acertada aplicação harmônica da tríplice função da Responsabilidade Civil, que vem crescendo jurisprudencialmente no Brasil.

Destarte, a aplicação do *disgorgement* elencaria as três funções que abrangem a sistemática da Responsabilidade Civil contemporânea, quais sejam, a reparação, a punição e a precaução.

A experiência norte-americana com o referido modelo jurídico chama a atenção para as possibilidades no Brasil, com as devidas observações em relação à sua aplicação, respeitando-se os regimes da *civil law* e *common law* e suas respectivas peculiaridades.

Nesse giro, mesmo aqueles que acolhem a sua possibilidade de aplicação concordam que existem, ainda, obstáculos à aplicabilidade do modelo jurídico, os quais devem ser superados com o passar do tempo, a partir da sistematização de novos estudos doutrinários e jurisprudenciais, para que o *disgorgement* alcance o máximo de eficácia possível na contenção de novos ilícitos.

49 DONINNI, Rogério. Fundamento legal da função punitiva na responsabilidade civil. In: DONINNI, Rogério; ZANETTI, Andrea Cristina (Org.). *Risco, dano e responsabilidade civil*. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 22.

50 FORTES, Pedro Rubim Borges. O fenômeno da ilicitude lucrativa. *Revista de Estudos Internacionais*. vol. 5. n. 1. p. 104-132. Disponível em: <<https://estudosinstitucionais.emnuvens.com.br/REI/article/view/361/355>>. Acesso em: 19 mai. 2019.

4 A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO DISGORGEMENT OF PROFITS NO BRASIL

A importação do *disgorgement of profits* para o ordenamento jurídico brasileiro impõe a necessária análise lógico-sistemática da teoria da análise econômica do direito, da tese do enriquecimento sem causa do sujeito que pratica o ilícito e em eventual reparação, o enriquecimento sem causa do lesado com a conduta daquele que pratica o ilícito.

A teoria da análise econômica do direito, ou *law and economics*, encontra-se intimamente conectada com o *disgorgement of profits*, uma vez que, por intermédio de dispositivos atinentes à economia e as ciências correlatas, busca empregar o Direito sob um novo viés interpretativo de eficiência para averiguar os resultados de cada norma jurídica. Deste modo, a análise econômica do direito busca interpretar o Direito com base no fundamento econômico das normas jurídicas.

É preciso que se tenha consciência de que, quando os economistas estudam o funcionamento do sistema econômico, estão tratando dos efeitos das ações de indivíduos ou organizações sobre outros que operam no mesmo sistema. [...] Se tais efeitos não existissem, não haveria sistema econômico a ser estudado. Indivíduos e organizações, ao atenderem a seus próprios interesses, serão responsáveis por ações que facilitam ou prejudicam o que os outros desejam fazer. Podem fornecer ou retirar serviços trabalhistas, fornecer equipamento capital, ou recusar-se a fazê-lo, emitir fumaça ou impedi-la, e assim por diante. O objetivo da política econômica é assegurar que as pessoas, quando decidem que rumo dar as suas ações, façam aquilo que trará o melhor resultado para o sistema como um todo.⁵¹

A teoria afirma, portanto, que o agente econômico realiza atos de modo a obter a maior vantagem econômica possível em uma lógica de perdas e ganhos objetivando sempre um resultado positivo. Nessa conjuntura, muitas vezes, os cálculos realizados revelam que a prática de determinado ilícito, quando sopesados os lucros obtidos pela prática do mesmo, compensa mesmo com as sanções legais impostas em razão do ilícito realizado.

Para a análise econômica do direito todo acontecimento apresenta repercussões econômicas e, portanto, o Direito é mais uma variável a ser contabilizada na busca pelo lucro.

51 COASE, Ronald Harry. *A firma, o Mercado e o direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2017, p.28-29.

Logo, por meio de dados estatísticos, pretende-se modelar o Direito para obter a maior efetividade possível, visto que os recursos humanos, econômicos e temporais são escassos.

Sobre o assunto, assevera Eugênio Battesini que:

A aplicação de modelos de escolha racional além das tradicionais fronteiras da economia constitui a tônica do trabalho de outro consagrado economista, Gary Becker, que, partindo do pressuposto de que os indivíduos maximizam seu bem estar da forma como o concebem (egoísta, altruísta, leal, masoquista...), analisa questões como a discriminação contra minorias, as relações familiares (casamento, divórcio, fertilidade, assistência mútua entre familiares), as decisões pessoais sobre educação, saúde, mudança de endereço, atividade profissional (teoria do capital humano) e, em especial, a criminalidade, fenômeno cuja racionalidade está associada ao *retorno esperado com a atividade ilícita vis a vis os riscos envolvidos, incluindo a probabilidade de captura e a severidade da pena*. (grifo nosso)⁵²

Nesse segmento, os pontos tangenciais entre a análise econômica do direito e o *disgorgement of profits* demonstram-se aparentes, dado que um dos aspectos observados pela *Law and Economics* refere-se ao cálculo de custo-benefício realizado para decidir acerca da prática, ou não, de ilícitos.

O segundo ponto atinente à aplicação do *disgorgement of profits* no Brasil diz respeito ao enriquecimento sem causa. É importante destacar que enriquecimento sem causa não se confunde com a máxima *suum cuique tribuere* (dar a cada um o que lhe é de direito). A máxima do Direito Romano busca equalizar os sujeitos na relação jurídica, e a vedação ao enriquecimento sem causa, diferentemente, pretende desfazer um injusto e coibir o locupletamento sem causa.

A vedação do enriquecimento sem causa manifesta dupla conotação no Direito Brasileiro, apresentando caráter de princípio e caráter de fonte de obrigações, sendo disciplinado na legislação brasileira por intermédio do artigo 884 a 886 Código Civil.

O artigo 884 do Código Civil⁵³, em especial, apresenta o conteúdo da vedação ao enriquecimento sem causa, determinando que aquele que se enriqueça às custas de outro deverá devolver o que indevidamente obteve, inclusive, atualizando monetariamente a quantia.

52 BATTESINI, Eugênio. *Direito e economia: novos horizontes no estudo da Responsabilidade Civil no Brasil*. 450 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, Rio Grande do Sul, 2010, p.57-58.

53 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. (BRASIL. *Código Civil*. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm> Acesso em: 26 fev. 2019).

Nessa linha de intelecção, o *disgorgement of profits* manifesta-se compatível com o conteúdo previsto na norma, primando pela restituição de ganhos ilicitamente obtidos.

A *ratio* deste instituto não é a de apenas combater a execução de lucros através de um comportamento antijurídico, como também o de evitar que outros sujeitos sejam incentivados a perseguir comportamentos análogos. Ademais, no *disgorgement* não apenas se quer privar o agente dos ganhos realizados, como também pelas despesas economizadas (*expense saved*), com a reversão completa dos valores indevidamente obtidos a expensas da vítima.⁵⁴

Nelson Rosenvald preleciona, ainda, que, por meio do *disgorgement*,

[...] concede-se a vítima um forte instrumento para golpear o ofensor naquela zona sombria em que se achava imune, por projetar uma melhor alocação de bens ao receber de um terceiro valores mais altos do que teria em internalizar os custos decorrentes do ilícito.⁵⁵

Apesar da ferrenha e massiva construção jurisprudencial acerca do *disgorgement of profits* no sistema norte-americano de Responsabilidade Civil, o modelo jurídico não encontra previsão legal que o fundamente. Ainda assim, se apresenta extremamente compatível com os princípios da *Common Law*, motivo este pelo qual é aplicado jurisprudencialmente e encontra suporte doutrinário no sistema norte-americano.

Sobre o assunto, asseveram Miguel Kfourri Neto e Rafaella Nogaroli:

Nos Estados Unidos, há previsão do *disgorgement of profits* no chamado *US Restatement of Restitution and Unjust Enrichment* (2011), um tratado organizado pelo *American Law Institute*, que tem como escopo informar os juízes americanos sobre princípios gerais da *common law*, apresentando alguns julgados, a fim de auxiliá-los no embasamento de suas decisões.⁵⁶

No Brasil, a aplicação de modelos que permeiem novas tendências da Responsabilidade Civil é rejeitada pelo sistema legal, tanto pela falta de permissões legislativas, quanto por grande parte do Poder Judiciário que crê na desnecessidade de remédios para tais lesões. Contudo, em menor escala, existem esparsas e remotas aplicações jurisprudenciais que avançam no sentido da aplicação de alguns dos novos modelos jurídicos.

54 ROSENVALD, Nelson. *As funções da Responsabilidade Civil: a reparação e a pena civil*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.153.

55 ROSENVALD, Nelson. *As funções da Responsabilidade Civil: a reparação e a pena civil*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.152.

56 KFOURI NETO, Miguel; NOGAROLI, Rafaella. A aplicação do lucro da intervenção (*disgorgement of profits*) no Direito Civil brasileiro: um novo campo da Responsabilidade Civil ou uma categoria do enriquecimento sem causa? In: MENEZES, Joyceane Bezerra de; TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p.561.

No contexto exposto, o “lucro da intervenção” surge no Direito Brasileiro com proposta semelhante ao do instituto norte-americano, em que “qualquer ato de exploração ou aproveitamento, intencional ou não, de forma não autorizada, pode, em alguma medida, ser reconduzido à figura do lucro da intervenção”⁵⁷.

Ainda que similar ao *disgorgement of profits*, com respaldo nos remédios decorrentes dos restitutionary damages ⁵⁸ (salienta apontar que tal remédio restitutivo advindo do sistema da *Common Law* se distingue do *disgorgement* pois naquele haveria reversão da transferência patrimonial entre as partes, conforme expõem Nelson Rosenvald e Bernardo Kuperman)⁵⁹, a figura do *lucro da intervenção* encontra revés quanto ao patente aspecto punitivo de sua aplicação, mesmo diante dos avanços da temática. De tal forma, o lucro da intervenção não se traduziria de forma literal no *disgorgement*, mas abarcaria um novo instituto pátrio, com suas próprias peculiaridades⁶⁰.

Ainda assim, a base do lucro da intervenção seria a mesma do *disgorgement*, traduzindo-se na real vontade doutrinária e jurisprudencial em ver efetivamente aplicado um instituto que desincentive o interventor de se beneficiar de seu comportamento antijurídico, conforme apontado por Sérgio Savi:

Ao permitir que o lucro da intervenção permaneça no patrimônio do interventor, esse acabaria se beneficiando da própria torpeza, o que é vedado pelo princípio geral de direito há muito consagrado na ordem jurídica brasileira, sendo que impedir o enriquecimento injusto constitui uma das finalidades gerais do direito das obrigações. (SAVI, Sérgio. P. 290)

A figura do lucro da intervenção foi objeto de recente decisão do Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial nº 1.698.701/RJ (2017/0155688-5), em caso envolvendo a atriz Giovanna Antonelli:

Recurso Especial. Direito Civil. Uso Indevido de Imagem. Fins Comerciais. Enriquecimento Sem Causa. Art. 884 do Código Civil. Justa Causa. Ausência. Dever De Restituição. *Lucro Da Intervenção*. Forma De Quantificação. 1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos nº 2 e 3 do STJ). 2. Ação de

57 KONDER, Carlos Nelson. Dificuldades de uma abordagem unitária do lucro da intervenção. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 13. ano 4, p.231-248. São Paulo: Revista dos Tribunais, out-dez. 2017, p.233.

58 ROSENVALD, Nelson; KUPERMAN, Bernard Korman. Restituição de ganhos ilícitos: há espaço no Brasil para o disgorgement? *Revista Fórum de Direito Civil*, Belo Horizonte, ano 6, n.14, p.11-31, jan./abr. 2017.

59 ROSENVALD, Nelson; KUPERMAN, Bernard Korman. Restituição de ganhos ilícitos: há espaço no Brasil para o disgorgement? *Revista Fórum de Direito Civil*, Belo Horizonte, ano 6, n.14, p.17, jan./abr. 2017.

60 Para maiores informações sobre a figura do “lucro da intervenção” remete-se a leitura de: FERREIRA, Sérgio Ricardo Savi. *Responsabilidade Civil e enriquecimento sem causa: o lucro da intervenção*. Rio de Janeiro: Atlas, 2012; FERREIRA, Sérgio Ricardo Savi. Quando o ilícito não compensa: a solução dogmática para o lucro da Intervenção. In: ROSENVALD, Nelson; MILAGRES, Marcelo (Coords.). *Responsabilidade Civil: novas tendências*. 2. ed. São Paulo: Editora Foco, 2018, p.287-299.

indenização proposta por atriz em virtude do uso não autorizado de seu nome e da sua imagem em campanha publicitária. Pedido de reparação dos danos morais e patrimoniais, *além da restituição de todos os benefícios econômicos que a ré obteve na venda de seus produtos*. 3. Além do dever de reparação dos danos morais e materiais causados pela utilização não autorizada da imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais, nos termos da Súmula nº 403/STJ, tem o titular do bem jurídico violado o *direito de exigir do violador a restituição do lucro que este obteve às custas daquele*. 4. De acordo com a maioria da doutrina, o dever de restituição do denominado lucro da intervenção encontra fundamento no instituto do enriquecimento sem causa, atualmente positivado no art. 884 do Código Civil. 5. *O dever de restituição daquilo que é auferido mediante indevida interferência nos direitos ou bens jurídicos de outra pessoa tem a função de preservar a livre disposição de direitos, nos quais estão inseridos os direitos da personalidade, e de inibir a prática de atos contrários ao ordenamento jurídico*. 6. A subsidiariedade da ação de enriquecimento sem causa não impede que se promova a cumulação de ações, cada qual disciplinada por um instituto específico do Direito Civil, sendo perfeitamente plausível a formulação de pedido de reparação dos danos mediante a aplicação das regras próprias da Responsabilidade Civil, limitado ao efetivo prejuízo suportado pela vítima, cumulado com o pleito de restituição do indevidamente auferido, sem justa causa, às custas do demandante. 7. Para a configuração do enriquecimento sem causa por intervenção, não se faz imprescindível a existência de deslocamento patrimonial, com o empobrecimento do titular do direito violado, *bastando a demonstração de que houve enriquecimento do interventor*. 8. Necessidade, na hipótese, de remessa do feito à fase de liquidação de sentença para fins de quantificação do lucro da intervenção, observados os seguintes critérios: a) apuração do *quantum debeat* com base no denominado lucro patrimonial; b) delimitação do cálculo ao período no qual se verificou a indevida intervenção no direito de imagem da autora; c) aferição do grau de contribuição de cada uma das partes e d) distribuição do lucro obtido com a intervenção proporcionalmente à contribuição de cada partícipe da relação jurídica. 9. Recurso especial provido.⁶¹

Deste modo, com a aplicação do similar instituto pelo egrégio Superior Tribunal de Justiça, e as pontuais e progressivas aplicações do fator punitivo-pedagógico pelas cortes do país, a possibilidade de se aplicar o *disgorgement of profits* no Brasil seria compatível e viável.

As recentes dissertações doutrinárias acerca da temática exposta parecem apontar também para outras vias, como salienta Nelson Rosenvald que:

[...] poderemos enfrentar os fenômenos da ilicitude lucrativa por três vias: a) restituição do demandante a situação anterior ao dano injusto pelo remédio compensatório; b) restituição de ambas as partes à situação anterior ao ilícito por meio de remédio da fixação de um preço razoável pela intervenção inconstitida no bem do demandante; c) restituição do demandado à situação anterior ao ganho ilícito por meio da remoção dos lucros decorrentes da violação de interesses protegidos do demandante.

Essas orientações foram concretizadas com a formulação da seguinte proposta legislativa:

Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

61 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.698.701/RJ, 3ª Turma, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julg. 02 out. 2018, *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 08 out. 2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1758470&num_registro=201701556885&data=20181008&formato=PDF>. Acesso em: 20 mar. 2019.

§1º Em alternativa à reparação de danos patrimoniais, a indenização compreenderá uma 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.⁶²

Em síntese, não excluindo outras possíveis vias para solucionar a temática, acredita-se como plenamente compatível a aplicação da figura do *disgorgement* com os ditames contemporâneos da Responsabilidade Civil, se traduzindo em outra via para a reparação de danos e a contenção de ilícitos no país, que, com o tempo e com as devidas e necessárias modificações e avanços, se apresentaria como relevante instrumento de vedação de ganhos ilícitos no Brasil.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo buscou examinar a (im)possibilidade de aplicação do *disgorgement of profits* no Brasil, especialmente no que se refere à importação do instituto para o sistema de Responsabilidade Civil brasileiro, sob o prisma do Direito dos Danos. A temática proposta centrou-se em um complexo cenário doutrinário e jurisprudencial, excepcionalmente controverso, haja vista que o modelo jurídico se relaciona à função punitiva da Responsabilidade Civil, a qual é recebida com duras críticas que afirmam gerar ofensas ao princípio da reserva legal.

Destarte, pretendeu-se investigar e analisar as funções da Responsabilidade Civil na contemporaneidade, a partir da teoria tripartida das funções da Responsabilidade Civil, quais sejam, a reparatória, punitiva e precaucional.

A função reparatória, clássica e elementar da Responsabilidade Civil tem por finalidade o retorno *status quo ante*, de modo que a reparação ou a compensação possam fazer com que o sujeito lesado retorne ao estado que se encontrava se não tivesse sofrido a lesão nos seus direitos, compelindo o lesante a, via de regra, reparar a lesão realizada.

No que tange à função punitiva da Responsabilidade Civil, importa ressaltar que sua aplicação não é pacífica no cenário doutrinário e jurisprudencial brasileiro, pendendo controvérsias acerca de seu *modus* de efetivação. Contudo, alinhando a uma doutrina prospectiva e fundada em critérios mais democráticos, a pesquisa coaduna a tese de possibilidade de aplicação da função punitiva, desde que sejam seguidos os parâmetros

62 ROSENVALD, Nelson. *A responsabilidade civil pelo ilícito lucrativo*. Salvador: Editora JusPodivm, 2019. p. 532-533.

civis e constitucionais vigentes. Nenhum mal faria à legislação civil nacional a implementação do fator pedagógico (ou de desestímulo) para melhores reflexões sobre o exposto.

A terceira função da Responsabilidade Civil, a precaucional, se apresenta com o objetivo de reduzir ou mitigar as incertezas acerca da ocorrência de danos, se estabelecendo na sistemática da Responsabilidade Civil, portanto, previamente ao dano.

Adicionalmente às mencionadas funções, o *elemento preventivo* se exterioriza na sistemática da Responsabilidade Civil permeando todo o sistema. Se apresentando, portanto, em momento anterior à produção do dano, até o momento posterior à reparação. O elemento preventivo ostenta caráter fluído e dinâmico, se inserindo em todas as funções da Responsabilidade Civil e acrescentando a elas o caráter inibitório à ocorrência de futuros danos, e, portanto, ampliando, assim, seu escopo.

Propôs-se investigar criticamente os pontos tangencias entre o *disgorgement of profits* e as funções da Responsabilidade Civil. Nesse sentido, tem-se que o modelo jurídico em análise revela, fundamentalmente, a *função preventivo-punitiva*. Uma vez que busca, por intermédio de uma punição exemplar, qual seja, *a completa restituição dos ganhos indevidamente obtidos*, desestimular a prática de condutas lesivas a direitos que se amoldem à sistemática do *disgorgement of profits*.

Mostrou-se necessário, ainda, examinar os pontos convergentes entre a teoria do *law and economics* (análise econômica do direito) e o *disgorgement of profits*. Nesse giro, constatou-se que determinados sujeitos realizam atos ilícitos com base em funções matemáticas, nas quais contabilizam o valor das sanções e dos riscos e em um critério de custo-benefício decidem pela prática ou não de determinados ilícitos. Nesse cenário, o *disgorgement of profits* apresenta-se, contemporaneamente, como relevante instrumento que busca desestimular a prática dos ganhos indevidamente obtidos (*ill-gotten gains*).

Por fim, analisou-se o *disgorgement of profits* e sua correlação com a vedação ao enriquecimento sem causa. Nesse segmento, o modelo jurídico demonstrou-se, também, compatível com o conteúdo previsto na norma de vedação ao enriquecimento sem causa, primando pela restituição de ganhos ilicitamente obtidos.

Ante a todos os aspectos vislumbrados no decorrer da pesquisa, constatou-se que o *disgorgement of profits* tem-se como compatível com a sistemática de Responsabilidade Civil brasileira, principalmente, se considerada a atual conjuntura que tende a um Direito

dos Danos em detrimento de uma Responsabilidade Civil meramente acessória ao Direito Civil.

Nessa mesma linha de intelecção, o Superior Tribunal de Justiça já se posicionou favoravelmente pela possibilidade de aplicação da teoria do “lucro da intervenção”, a qual, com as devidas ressalvas, é o instituto brasileiro que mais se aproxima do *disgorgement of profits*.

Contudo, a Responsabilidade Civil brasileira ainda deve percorrer um longo caminho para que esteja alinhada com as tendências da temática em âmbito mundial, buscando sempre a harmonização de suas funções, objetivando o alcance e eficácia de uma Responsabilidade Civil que seja de fato contemporânea.