XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO

CÉSAR AUGUSTO DE CASTRO FIUZA

MARIA CREUSA DE ARAÚJO BORGES

ANDRÉ FELIPE SOARES DE ARRUDA

Copyright © 2019 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro Prof. Dr.
Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul) Prof. Dr.
José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof. Dr. Caio
Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direito civil contemporâneo [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFG / PPGDP

Coordenadores: César Augusto de Castro Fiuza

Maria Creusa De Araújo Borges

André Felipe Soares de Arruda – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-780-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Goiânia, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
Univeridade Ferderal de Goiás e Programa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis

Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br





de Pós Graduação em Direito e Políticas Públicas
Goiânia - Goiás
https://www.ufg.br/

XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO

Apresentação

O campo da pesquisa jurídica em Direito Civil tem sido marcado pelas transformações econômicas, sociais e tecnológicas com impactos na elaboração de projetos de investigação científica. Independentemente da abordagem e dos métodos utilizados, são verificadas mudanças paradigmáticas nessa seara do Direito. Mudanças que lançam um novo olhar sobre temáticas tradicionais e novos temas são alçados a centrais na agenda contemporânea. O campo de investigação em Direito Civil presenciou uma mudança paradigmática com a assunção da Constituição como um eixo interpretativo do Direito Privado, com impactos no Direito do Trabalho, Direito Empresarial, entre outros. No Direito Civil, significou que princípios e normas de fundamento constitucional passam a incidir na aplicação das regras privatistas, tais como o princípio da dignidade da pessoa humana, função social da propriedade, da empresa, dos contratos. Não obstante a contribuição da abordagem do Direito Civil Constitucional, o que se presencia, atualmente, constitui uma mudança sem precedentes. Análise econômica do Direito e Direito Digital, com suas nuances, impactam no tratamento jurídico nessa seara. O significado e os impactos teóricos, metodológicos e jurisprudenciais começam a ser sentidos, inaugurando uma agenda contemporânea de pesquisa que, partindo da Constituição de 1988, de seus princípios e normas, agrega contribuições interdisciplinares advindas da economia, das ciências tecnológicas, das ciências sociais e políticas.

Os artigos aqui reunidos simbolizam a assunção dessa nova agenda contemporânea no Direito Civil que, partindo do Direito, agrega as contribuições das ciências econômicas, sociais e políticas. O debate foi lançado no CONPEDI, no GT Direito Civil Contemporâneo, levando a inquietações de ordem teórica e metodológica. Os resultados dessa discussão não se esgotam na apresentação desses artigos. Eles constituem um ponto de partida para o re-pensar do Direito Civil no contexto societário vigente.

Prof. Dr. Cesar Augusto de Castro Fiúza - PUC/Minas

Prof. Dr. André Felipe Soares de Arruda - PUC/SP

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

APLICAÇÃO DO DISGORGEMENT OF PROFITS FACE AO LUCRO POR INTERVENÇÃO NOS DIREITOS DA PERSONALIDADE: UMA POSSIBILIDADE NA RESPONSABILIDADE POR DANOS

APPLICATION OF DISGORGEMENT OF PROFITS AGAINST GAINS BY INTERVENTION IN PERSONALITY RIGHTS: A POSSIBILITY IN TORT LAW

Vitor Ottoboni Pavan [1]

Resumo

A partir das premissas fixadas com a análise histórico-jurídica da constitucionalização do Direito Civil e da formação da responsabilidade por danos no Estado Democrático de Direito, no presente trabalho buscou-se encontrar uma hipótese para responder ao lucro por intervenção nos direitos da personalidade, problema que, aparentemente, não tem encontrado remédio satisfatório na tradição jurídica brasileira. Utilizando-se do raciocínio hipotético-dedutivo e também da metodologia teórico-jurídica verificou-se a hipótese de apliação da disgorgement of profits como remédio viável no ordenamento jurídico brasileiro inserido na responsabilidade por danos.

Palavras-chave: Direito civil-constitucional, Responsabilidade civil, Lucro ilícito, Restituição

Abstract/Resumen/Résumé

Based on the premises established through the historical-legal analyzes of the constitutionalization of the Civil Law and the formation of tort law in the Democratic State of Law, it has been searched a hypothesis to face gains by intervention in personality rights, a problem that, apparently, finds no satisfactory remedy in Brazilian legal tradition. Using hypothetical-deductive reasoning and also the legal-theoretical methodology, the hypothesis of applying disgorgement of profits as a viable remedy in the Brazilian legal system included in liability for damages was confirmed.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Constitutional civil law, Torts, Gain-based damages, Restitution

[1] Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná

INTRODUÇÃO

O Direito deve ser visto como fato social, não como arcabouço normativo frio e isolado das influências externas que vem daqueles a quem se destina. Os fatores de transformação históricos e sociais influenciam o Direito a remodelar-se, flexibilizar-se de forma a atender às demandas da sociedade no tempo e espaço em que estiver inserido. Não se deve falar em evolução, mas em adaptação e transformação. O Direito de cada época mostra-se adequado àquele determinado momento. O passar desse momento, contudo, pode levar a anacronismos que devem ser sanados pela ciência jurídica.

No caso do Direito Civil, os postulados pensados e estabelecidos em uma sociedade individualista, liberalista, oligárquica e patrimonialista dos oitocentos, encontram-se em descompasso com a sociedade pós-moderna, líquida ou de risco. Nesse ínterim, desenvolve-se uma nova metodologia de estudo e interpretação do Direito Civil, denominada de Direito Civil Constitucional ou de constitucionalização do Direito Civil. Traz a pessoa para o centro e propõe a repersonalização dos seus institutos. Na responsabilidade civil, reverbera substituindo o a justiça corretiva e a proteção do patrimônio do lesante pela justiça social e pelo foco irrestrito na vítima, erigindo como proposta a responsabilidade por danos.

Os desafios impostos pela sociedade de risco e pela pragmatização dos danos, inseridos em um contexto de necessariedade através de cálculos de utilidade praticados pelos detentores do capital, em um viés focado unicamente no crescimento econômico ilimitado, justificam a pesquisa de soluções jurídicas capazes de obrigar os agentes a atuarem como se efetivamente respeitassem o princípio da solidariedade.

O objetivo do presente artigo é analisar a viabilidade de apliação da teoria do *disgorgement of profits* como resposta ao lucro da intervenção em direitos da personalidade dentro do espectro da responsabilidade por danos a partir do direito civil-constitucional. Decorrente do direito anglo-saxão, a teoria do *disgorgement of profits* atua retirando do agente os lucros decorrentes do ato ilícito, tanto aquilo que se ganha, quanto aquilo que se deixou de gastar na prática antijurídica.

Pautou-se nos postulados interpretativos do Direito Civil-Constitucional, com esteio na legislação vigente para por meio da vertente metodológica jurídico-teórica e do raciocínio hipotético-dedutivo (DIAS, M.; GUSTIN, 2002) desenvolver a pesquisa. Concluiu-se pela possibilidade de alocação da teoria do *disgorgement of profits* na responsabilidade por danos e pela sua aplicação no Direito brasileiro como forma de resposta ao lucro de intervenção nos direito da personalidade e como efetivação da reparação integral, prevenção e precaução dos danos.

1 A VISÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO CIVIL E DA RESPONSABILIDADE

Desde a edição da primeira codificação civil moderna relevante a sociedade sofreu profundas e velozes transformações, passando de um caráter eminentemente agrário e dual (burguesia - nobreza/clero) a outro cosmopolita, virtual e plural, isso em pouco mais de duzentos anos, tempo quem, na perspetiva milenar da humanidade, para fins de estudo histórico pode ser comparado ao bater de asas de um beija-flor.

Diz Celso Antônio Pinheiro de Castro (1985, p. 206) "O direito é um fenômeno social, configurado temporal e espacialmente, que sofre mudanças e que apresenta manifestação morfológica e significação funcional, patente e latente", dessa forma se a sociedade se transformou sobremaneira, também o Direito da era moderna já não responde aos anseios e conflitos da sociedade contemporânea. É preciso considerar os aspectos sociais de cada época para que a formação do pensamento jurídico não seja anacrônica, e não só as mudanças legislativas do direito positivado.

Não se trata de descuidar dos aspectos históricos, tampouco de desprezar o direito oficial, positivo, que se aplicou durante os séculos passados, mas estudar o fenômeno jurídico e sua transformação sob uma perspectiva mais ampla e complexa. Como alerta Paolo Grossi (2006, p. 140), a ciência jurídica desvinculada do direito oficial revela o significado mais intenso do termo "direito", como mediadora entre as exigências sociais e culturais gerais e a cultura jurídica, esta a força viva e criativa da história. Somente com a aliança entre a contextualização histórica, política e social e o direito legislado (ou não legislado) é que se poderá falar efetivamente em pensamento jurídico.

Com base nesse olhar crítico é que se deve analisar o estado da arte do Direito Civil na contemporaneidade.

De forma a adotar um caminho mais adequado ao Estado Democrático de Direito sob o qual se organiza a sociedade brasileira e tomando por guia hermenêutico o texto constitucional parte da doutrina civilista pátria, capitaneada por Paulo Luiz Netto Lôbo e Gustavo Tepedino, passaram a desenvolver seus estudos sob uma proposta metodológica denominada de Direito Civil-Constitucional.

Para o Direito Civil tal corrente apresenta-se como reflexo do pós-positivismo jurídico, o marco filosófico do neoconstitucionalismo (BARROSO, 2007, p. 132). Dentre os efeitos do pós-positivismo encontra-se a constitucionalização do direito. Em razão da força normativa adquirida pelos preceitos constitucionais, agora com reconhecida eficácia imediata "[o]s valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito

infraconstitucional" (BARROSO, 2007, p. 138). É a constitucionalização do Direito Civil, a leitura dos institutos privados e dos dogmas civilistos à luz dos princípios e objetivos constitucionais, que guia o presente trabalho.

Nos dias atuais o Direito Civil-Constitucional tem por objeto "a pessoa como foco central da investigação, da aprendizagem e da aplicação do Direito Civil" (LÔBO, 2014, p. 19). O histórico do Direito Civil no Brasil, contudo, não revela uma centralidade da pessoa em sua dogmática. Na verdade as faculdades de Direito aqui criadas, em especial a paulista, voltaram-se à continuação da formação de um bacharelismo, antes provindo de Coimbra, que aliado ao liberalismo da Europa ocidental "reforçava o interesse pela supremacia da ordem legal constituída (...) e pela defesa dos direitos individuais dos sujeitos habilitados à cidadania sem prejuízo do Direito à propriedade privada" (WOLKMER, 2015, p. 116).

A responsabilidade civil foi construída no Brasil sob a ótica do pensamento moderno, liberal e individualista, centrado no patrimônio. O legislador brasileiro optou pela adoção de um modelo de responsabilidade civil subjetiva, fundada na culpa, quando a revolução industrial já apontava para o risco como elemento de imputação na Europa, em especial em França. A eleição da culpa como elemento principal de imputação atendia aos anseios deste ultrapassado individualismo, inadequado às relações sociais que permeavam o já amplo comércio jurídico do início do século XX (GOMES, O., 2017, p. 349-350). A culpa como critério de imputação fazia recair sobre os ombros da vítima um fardo pesado, qual seja o de enfrentar o tortuoso caminho da prova do ato culposo para atingir o protegido patrimônio do ofensor.

No Estado Democrático de Direito abandona-se o individualismo em prol da solidariedade. Esta característica passa a exercer uma função muito mais relevante na sociedade contemporânea, é ela que "funda o dever de reparar" (CATALAN, 2013, p. 49). No desenvolvimento contemporâneo da responsabilidade civil, sob a ótica da constituição, deve-se primar pela proteção da vítima, pela maximização da pessoa e não pela proteção do patrimônio. Os danos devem ser reparados, e "[a] exigência de uma conduta culposa como pressuposto da responsabilidade não se coaduna com a aspiração social no sentido da reparação de todos os danos causados por outrem" (NORONHA, 1999, p. 33).

Há uma mudança na base filosófica para atender à premente necessidade de não deixar qualquer tipo de dano sem resposta. Não é mais a justiça corretiva, mas o contínuo desenvolvimento da pessoa humana a partir da tutela dos valores existenciais que motiva a responsabilidade, "A justiça social [...] torna imprescindível uma redistribuição dos ônus e bônus da vida em sociedade para engrenar o mecanismo de transformação do real em busca

do ideal" (ANDRADE NETO, 2003, p. 99). Apresenta-se a responsabilidade por danos, ou direito de danos, como uma nova visão da responsabilidade civil, uma transformação que demanda muito mais que mudanças legislativas, uma mudança de cultura jurídica (FROTA, 2014, p. 229) na direção de realizar o programa constitucional e alcançar os ideais ali traçados.

Os pressupostos clássicos da responsabilidade civil passam a ser revistos. A noção de culpa e dolo é abandonada como critério de imputação (CATALAN, 2013), revisita-se o nexo causal propondo-se novas vertentes de conexão entre o imputado e o dano provocado à vítima (FROTA, 2014). A própria noção de dano é revista, passando a responsabilidade também a um papel focado na prevenção e na precaução destes danos.

Segundo Pablo Malheiros da Cunha Frota (2014, p 228-229) a responsabilidade por danos, ou direito de danos tem por características:

> (i) foco na vítima; (ii) pressuposto ético na alteridade; (iii) rompimento com a ideia de culpa e de dolo; (iv) substituição do nexo de causalidade pela ideia de formação da circunstância danosa; (v) prioridade na precaução e na prevenção, sempre em um viés prospectivo, e a tutela dos hipervulneráveis, dos vulneráveis e dos hipossuficientes: pela resposta proporcional ao agravo e concretizadora da justiça social; (vi) mitigação das excludentes do dever de reparar.

Destacam-se aqui a resposta concretizadora da justiça social, o pressuposto ético na alteridade, o foco na vítima e o rompimento com a culpa e o dolo como elementos de imputação. Na ótica constitucional, a solidariedade e a dignidade da pessoa humana, enquanto princípios constitucionais somam-se à base que fundamenta a Responsabilidade por Danos na missão de superar o modelo tradicional individualista e protetor do patrimônio, a fim de promover a efetiva tutela da pessoa em todas as suas dimensões, de forma ampla e voltada à construção de uma sociedade condizente com os objetivos constitucionais. Os valores busados são "primazia do interesse da vítima, a máxima reparação do dano e a solidariedade social" (LÔBO, 2011, p. 23).

2 O LUCRO POR INTERVENÇÃO NOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Vivemos de fato em uma sociedade de risco. A lógia do mercado desenvolve-se no cálculo utilitário entre riscos e dividendos. Os riscos sempre estiveram presentes, contudo, na sociedade dos dais atuais potencializam-se e são absorvidos pelo merado como fatores previsíveis, calculáveis e necessários para sustentar a ideia de crescimento econômico ilimitado "na sociedade industrial capitalista, as decisões são racionais e orientadas por

critérios econômicos, buscando sempre maior eficiência" (TIMM, 2011, p. 295). E mais, no estado atual da sociedade este caráter previsível dos danos acentuou-se:

> No contexto pós-industrial os acidentes tornaram-se de tal modo frequentes que são descritos não mais como fatalidades, mas como acontecimentos estatisticamente previsíveis e regulares, causando danos, portanto, inevitáveis. Na medida em que estes danos anônimos são algo esperado pelo próprio desempenho da atividade, a imposição do dever de repará-los há de decorrer da mera assunção deste risco (MORAES, 2008, p. 34)

A forma de ver nos danos um fator de mercado, absorvível, previsível e inevitável não coaduna com os objetivos constitucionais, tampouco com o horizonte hermenêutico traçado pelo direito civil constitucional focado na repersonalização das relações civis. O dano, a lesão a um ser humano, é visto como custo para a produção e a obtenção de lucro.

A pessoa como fim em si mesmo não pode ser objetificada como meio para realização dos desejos lucrativos de empresas ou de outras pessoas, é indubitável que tal atitude, em ferindo direitos da personalidade, levará a ocorrência de danos. No estado atual a responsabilidade por danos, sob a ótica do direito civil constitucional, apresenta-se como "um instrumento de proteção dos direitos da personalidade" (VINEY, 2008, p. 50).

Já se negou a possibilidade de existirem direitos da personalidade, contudo, atualmente reconhecem-se concretamente esses direitos, que podem ser assim definidos:

> Consideram-se da personalidade os direitos reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções na soceidade, previstos no ordenamento jurídico exatamento para a defesa de valores inatos no homem, como a vida, a higidez físcia, a intimidade, o segredo, o respeito, a honra, a intelectualidade e outros tantos. (BITTAR, 2015, p. 29)

Bittar (2015, p. 49) entende que os direitos da personalidade se classificam em três categorias: direitos físicos, direitos psíquicos e direitos morais. A classificação adotada por Bittar é amplamente aceita (MORATO, 2011), devendo-se apenas apontar a relevante posição de Silmara Chinellato e Almeida (2000, p. 292-293) que justifica a colocação do direito à vida a par do direito à integridade física, como categoria autonoma, "por ser um direito condicionante, do qual dependem todos os demais". A melhor doutrina é conteste da assertiva de que qualquer atitude que despreze a condição humana da pessoa, tratando-a como objeto, viola a personalidade e ausa dano moral merecedor da devida indenização. (MORAES, 2003, p. 188).

O primeiro reflexo do estudioso do direito ao se deparar com uma lesão a um direito da personalidade é remeter tal anomalia no tecido social ao remédio da indenização por danos morais, de forma a compensar o dano causado à pessoa. O valor da indenização fica ao

arbítrio do juiz, sendo que só recentemente o Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2018) firmou o método bifásico como uma metodologia de arbitramento da indenização por danos morais, contudo sem efeito vinculativo. Em regra, a solução da responsabilidade civil para ofensas a danos causados por alguém à personalidade de outrem, é a indenização em dinheiro (MARTINS-COSTA, 2015, p. 881). Este primeiro reflexo, contudo, é o único? Não parece ser o caso:

> 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. (EHRHARDT JUNIOR., 2011, p. 48-49)

É preciso, assim pensar fora das hipóteses tradicionais de danos e de responsabilidade do direito. Para além do dano por lesão direta à personalidade, parece ser possível identificar uma segunda consequência danosa advinda de uma hipótese de conduta do ofensor centrada na objetificação da pessoa de forma a transformá-la em meio para o alcance de fins econômicos.

Suponha-se que uma empresa precise escolher o material com o qual construirá uma barragem que contém rejeitos de mineração. Abaixo dessa barragem há centenas de pessoas na área de risco, deixando ao alvedrio da direção da empresa sua segurança e, em última análise, sua integridade física e sua vida. A empresa tem duas opções: uma com elevado risco de potenciais danos, contudo que é consideravelmente mais barata; e outra mais cara, contudo com diminuto risco de danos às pessoas na área de risco.

Em um cálculo de utilidade, computando como custos eventuais indenizações a todas as pessoas atingidas conforme as regras de experiência jurisprudencial e o sistema legal vigente conclui que a opção do material que traz riscos mais acentuados lhe proporcionará lucros exponencialmente mais vantajosos, ainda que em sacrifício de centenas de vidas, no caso de o risco vir a se concretizar.

Para Ehrhardt Junior (2011, p. 22) "O que é essencial à estruturação do ilícito civil é a configuração da *contrariedade ao direito*, ou seja, do juízo de valor negativo que o sistema jurídico faz relativamente a determinada ação ou omissão". Provar esse cálculo racional - isto é, provar a culpa ou o dolo da empresa - é nitidamente uma tarefa difícil, e por isso é que o

aspecto volitivo desse elemento não deve condicionar a caraterização do lucro por intervenção nos direitos da personalidade no caso. Demonstrando-se que a empresa optou por economizar custos e ampliar lucros com uma alternativa menos segura ao invés de adotar as medidas preventivas e de precaução adequadas à proteção das vidas ali envolvidas, ainda que mais custosas, restará configurada a *fattispecie*.

Toda a construção teórica até aqui desenvolvida aponta para o sentido de que o Direito Civil sob a ótica constitucional e a responsabilidade por danos são comprometidas com a realização e a promoção da dignidade da pessoa humana, de forma que qualquer conduta que venha a objetificar a pessoa transformando-a em um meio para fins patrimoniais consistirá em uma conduta violadora da personalidade, principalmente de forma racional. Assim, claramente, a conduta descrita é antijurídica, pois ainda que se proteja a livre iniciativa a Constituição reclama do agente uma atividade comprometida com os valores e objetivos constitucionais (art. 170 da Constituição Federal). Como já mencionado, não se espera que o mercado inverta sua lógica volutariamente em um exemplo de atitude benevolente para com aqueles atingidos pelos riscos da produção, mas espera-se que os remédios jurídicos propostos possam impor tal mudança de consciência - da reparação à prevenção e precaução. O simples fato de existir uma opção em que

Deixar casos como o acima hipotetizado legados somente à resposta tradicional da responsabilidade civil é reafirmar a ideia de que "casos como esse, transmitem o sinal econômico que o ilícito não só se paga, mas remunera bem" (ROSENVALD; KUPERMAN, 2017, p. 12).

Segundo Hondius e Janssen (2015, p. 4) a partir de uma perspectiva do direito privado, esta é uma das razões pela qual o ilícito é lucrativo:

> Another possible reason is that the wrongdoers' expected profits are higher than the legal sanctions (especially damages) for the infringement. In these cases the calculated breach of law remains profitable despite all sanctions (efficient or profitable breach of law).

Identifica-se na hipótese um cálculo utilitário, onde a pessoa sofre uma invasão de sua esfera da personalidade e torna-se objeto do agente que, para além da lesão direta, aufere ganhos - lucros - decorrentes dessa intervenção. Segundo Sérgio Savi (2017, p. 273) "Lucro da intervenção significa a vantagem obtida por aquele que, sem autorização, interfere nos direitos ou bens jurídicos de outra pessoa e que decorre justamente dessa intervenção". Este ato de intervenção na esfera jurídica alheia pode gerar múltiplas consequências, dentre elas relações típicas da responsabilidade:

> O ato de intervenção na esfera jurídica alheia pode ou não gerar uma obrigação de indenizar fundada na responsabilidade civil, pode ou não causar um dano ao titular do direito e, ainda, causando um dano, este pode ser igual, superior ou inferior ao enriquecimento resultante da intervenção, se é que este enriquecimento se verificou. (KROETZ, 2005, p. 148)

O lucro da intervenção não é totalmente estranho ao ordenamento jurídico brasileiro, nota-se, ao menos, a positivação de figura aproximada, se não ela própria, no regime de proteção da propriedade industrial e jurisprudencialmente na tutela ao direito do autor (SCHREIBER; SILVA, 2018, p. 182).

Na doutrina estrangeira tal situação também é identificada:

> Unfortunately, the legal reality looks very different from the rhetoric. Infringements of e.g. competition law, unfair commercial practices law, capital market law, intellectual property rights or personal rights by mass media or the breach of fiduciary duties are generally highly profitable for the wrongdoer. (HONDIUS; JANSSEN, 2015, p. 4)

Quanto à possibilidade de sua caracterização nas lesões aos direitos da personalidade, inicialmente o reconhecimento se deu quando da intervenção em direitos da personalidade cuja restrição ao comércio jurídico é mitigada, permitida a exploração econômica pelo seu titular, como ocorre no direito do autor, no direito à imagem, no direito à voz e no direito ao nome, por exemplo (KROETZ, 2005, p. 160).

Há de se ampliar tal visão, contudo. Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk (2002, p. 135) aduz que a proteção da dignidade ocorre em uma dimensão intersubjetiva, de forma que ao Direito através da responsabilidade cabe impor limites à ação dos agentes a fim de evitar os danos ao bem protegido. A vítima deve ser tutelada em sua integridade.

A adoção da proposta limitativa aos direitos da personalidade que o ordenamento considera passíveis de ingresso no comércio jurídico aparentemente restringe a possibilidade de a vítima buscar o reequilíbrio integral da harmonia social que se quebrou com o dano (MIRANDA *apud* DIAS, J., 2006, p. 11) com a restituição dos lucros obtidos através de intromissões em seus direitos da personalidade, ainda que não passíveis de comércio jurídico, como a vida.

Segundo Pietro Perlingieri (2008, p. 768):

> A Tutela da pessoa nem mesmo pode se esgotar no tradicional perfil do ressarcimento do dano. Assume consistência a oportunidade de uma tutela preventiva: o ordenamento deve fazer de tudo para que o dano não se verifique e seja possível a realização efetiva das situações existenciais

Se o objetivo é a tutela integral da pessoa e a criação de mecanismos que imponham uma conduta preventiva, o reconhecimento da possibilidade de se identificar o lucro da intervenção por intromissão em direitos da personalidade, ainda que não passíevis de tráfico no comércio jurídico mostra-se desejável.

Enquanto o mercado objetifica o ser humano, fazendo dele meio para a realização de seus fins lucrativos, em vias de um crescimento econômico ilimitado, a responsabilidade civil deve realizar importante tarefa no sentido de promover uma cultura de prevenção de danos, tornando inócuo ao mercado a racionalidade utilitária lucrativa, afastando das cartas à mesa aquelas que representem possibilidades calçadas em violações ao princípio constitucional da dignidade humana, que fundamenta os direitos da personalidade (RUZYK, 2002, p. 144).

3 A POSSIBILIDADE DE REIVINDICAÇÃO DOS LUCROS ILÍCITOS NA ESFERA DA RESPONSABILIDADE

A sociedade contemporânea reclama por um Direito solidário, atento aos princípios constitucionais e comprometido com a promoção da pessoa no contexto social. A alteridade, a solidariedade e a boa-fé são princípios, ou comportamentos, desejados daquele que se aventura na sociedade e, especialmente, no mercado.

Não se quer, entretanto, fantasiar que o Direito por si só será capaz de uma revolução de boas intenções, transformando a lógica predatória do mercado capitalista em uma lógica social realmente preocupada com o desenvolvimento da coletividade. Não se pode entender o princípio da solidariedade previsto na Constituição em seu caráter essencialmente beneficente, de forma que não se deve buscar exigir que alguém sinta algo de bom pelo outro, mas que se comporte como se o sentisse (NEVARES, 2006, p. 538), o que pode o direito é "condicionar o comportamento externo dos agentes, vinculando-os a obrigações jurídicas" (SARMENTO, 2004, p. 339). Nesta senda, a responsabilidade civil deve adaptar-se aos novos tempos e às novas demandas sociais oferecendo respostas viáveis a condicionar o comportamento dos agentes, em uma flexibilidade há muito denunciada no direito brasileiro:

> O instituto da responsabilidade civil tem de adaptar-se, transformar-se na mesma proporção em que envolve a civilização, há de ser dotado de flexibilidade suficiente para oferecer, em qualquer época, o meio ou o processo pelo qual, em face de nova técnica, de novas conquistas, de novos gêneros de atividade, assegure a finalidade de restabelecer o desequilíbrio desfeito por ocasião do dano, considerado, em cada tempo, em função das condições sociais então vigentes (DIAS, J., 2006, p. 25)

O equilíbrio rompido não é somente em relação ao indivíduo, mas à pessoa em contexto social. A possibilidade de permitir que uma pessoa seja objetificada como meio à

persecução do crescimento econômico ilimitado rompe com o equilíbrio constitucional da promoção da dignidade da pessoa humana e do princípio da solidariedade. É tarefa, portanto, da responsabilidade por danos, oferecer o instrumento apto a conduzir o processo em direção à conquista do equilíbrio perdido. Para Maria Celina Bodin de Moraes (2008, p. 33) "A tendencia central é que sirva então de instrumento para a proteção dos direitos fundamentais da pessoa". Nesse aspecto busca-se compreender se há resposta ao lucro da intervenção na responsabilidade por danos. O primeiro aspecto a se investigar é sua localização dogmática noa topografia do Direito Civil.

A intervenção, segundo se descute, poderia ser inserida no enriquecimento sem causa, na responsabilidade civil e até na gestão de negócios (TEFFÉ, 2014, p. 42-43).

Para Rosenvald e Kuperman (2017, p. 13) é possível pensar na restituição como integrante da realização do princípio da reparação integral na forma de pretensão de resgate do lucro ilícito e com a alteração na fisionomia sistemática da responsabilidade civil em vias de se realizar um escopo preventivo-punitivo, pontuando que a "função preventiva da responsabilidade civil pode materializar-se tanto por penas civis quanto por pretensões restituitórias, como regra de incentivo à reação aos ilícitos" (ROSENVALD; KUPERMAN, 2017, p. 29). Ainda que no direito brasileiro tradicionalmente o instituto, quando parcamente estudado, foi enquadrado no enriquecimento sem causa, a doutrina contemporânea tem se voltado à sua classificação na responsabilidade por danos:

> [...] sustenta-se que a restituição do lucro da intervenção nos casos de lesão aos direitos da personalidade deveria ocorrer, prioritariamente, através dos mecanismos presentes na responsabilidade civil, por ser este o meio mais direto e eficaz para resgatar o valor auferido indevidamente, sendo desnecessário ao intérprete desenvolver propostas demasiadamente elaboradas em outros institutos. (TEFFÉ, 2014, p. 50)

A posição que insere a restituição do lucro da intervenção na responsabilidade civil segue tendência de ordenamentos jurídicos semelhantes ao nosso, como no Direito português, onde importante monografia do tema defende a mesma posição:

> É ainda aqui que se enquadra a doutrina recentemente defendida por Sacco, o qual julga descobrir no sistema jurídico italiano um princípio geral de responsabilidade civil extracontratual que obrigaria o interventor a entregar ao titular do direito todo o lucro obtido. E tal obrigação seria independente da culpa do devedor, do enriquecido. (COELHO, p. 34).

Observa-se aqui, que o lucro da intervenção diferencia-se do enriquecimento sem causa. O critério diferenciador primeiro é a linguagem. Segundo Júlio Manuel Vieira Gomes (1998, p. 77) enquanto nos países de tradição *Civil Law* adota-se a denominação de

enriquecimento sem causa, nos países da *Common Law* o instituto é ligado à noção de *unjust enrichment*, ou, enriquecimento injusto e *restitution*, ou restituição. Aduz o jurista português que se deve entender como "sem causa" o enriquecimento desprovido de "qualquer razão tida como válida pela ordem jurídica para se conservar o que se adquiriu" (GOMES, J., 1998, p. 79). Já no *Common Law* as noções de enriquecimento e a de restituição são diferenciadas por Júlio Manuel Vieira Gomes (1998, p. 84), valendo-se das lições de Peter Birks, apontando ser a "um evento susceptível de desencadear uma determinada resposta legal, a segunda representa, precisamente, uma resposta da ordem jurídica, a determinados acontecimentos".

A restituição integra-se à noção de reparação integral. A par da composição das perdas (*loss-based recovery*) admite-se "a restituição como um modo diverso de obter uma resposta pecuniária a um dano, retirando o foco das perdas da vítima e redirecionando-o aos ganhos indevidamente obtidos pelo demandado (*gain-based recovery*)" (ROSENVALD; KUPERMAN, 2017, p. 16). A possibilidade de retirar do ofensor os ganhos que auferiu injustamente, isto é, a partir de uma injusta intromissão na esfera de direitos alheios, insere-se, portanto, no âmbito da reparação integral do dano injusto.

A doutrina internacional atenta-se também para este fato, de impedir que uma pessoa faça riqueza a partir de um ato antijurídico, nesse sentido Edward Hondius e André Janssen (2015, p. 3), sendo o primeiro professor holandês e o segundo alemão, atestam, com base na famosa frase proferida por Lord Heatherly no julgamento *Jegon v Vivian* - "*This* Court never allows a man to make profit by a wrong" - afirmam que tal pensamento, mesmo proferido há cento e quarenta anos atrás, é perfeitamente aplicável aos dias atuais, e mais hoje que naquele tempo: "there is a worldwide ideal that unlawful conduct (or more specific tort) should not pay and that for this reason the wrongdoer's illegal profits must be disgorged".

Na tentativa de impedir que o antijurídico seja lucrativo, a doutrina internacional apresenta três remédios aplicáveis: *disgorgement*, *restitutionary* ou *gain-based damages*. Os três instrumentos vão além da compensação do dano, isto é, da perda, mas buscam retirar do ofensor aquilo que ele ganhou com o ato ilícito: "In strong contrast to compensatory damages they are measured according to the defendant's gain based on the infringement of a right rather than the plaintiff's losses." (HONDIUS; JANSSEN, 2015, p. 5).

A ideia do *disgorgement* reside na afirmação de que "If you make a profit by infringing somebody else's rights the plaintiff might ask for restitution of this gain." (HONDIUS; JANSSEN, 2015, p. 9). Segundo Edelman (2002, p. 72) "the measure of the gain ignores whether or not any transfer has occurred and is measured by the actual profit accruing to the defendant from the wrong", isto é, no caso do *disgorgement* não se avalia a perda da

vítima, mas o ganho que o ofensor teve com a prática do ilícito. Não que a compensação do dano representado pela perda efetiva deva ser deixada de lado, ao contrário, a proposta é que as duas frentes atuem juntas no sentido de dar efetividade à prevenção e à precaução dos danos e, principalmente, à tutela da vítima.

Os *restitutionary damages* correspondem à restituição de um valor que foi transferido do patrimônio de uma pessoa à outra, provocando uma diminuição patrimonial na primeira e um acréscimo na segunda, contudo, decorrente de um ilícito, diferenciam-se, assim, do *disgorgment of profits* no fato de que este retira o que o ofensor ganhou independentemente da situação patrimonial do ofendido ter sofrido uma perda ou não (EDELMAN, 2002, p. 66).

Para fins de resposta ao lucro da intervenção, isto é, os ganhos decorrentes da invasão de alguém na esfera dos direitos de outrem, no caso dos direitos da personalidade, o remédio que se mostra mais adequado é o *disgorgement*.

Em sua aplicação o julgador pode avaliar o lucro por duas perspectivas: dos custos que o ofensor economizou com o ilícito ou dos ganhos que efetivamente fez com o ato antijurídico. Se não houver economias, mas o ofensor apenas realizar lucros, não há conflitos entre os parâmetros. Há, contudo, certa relutância das cortes inglesas, onde o *disgorgement* melhor se desenvolveu, em aplicá-lo quando há apenas a economia de custos sem um lucro real. Tal situação, poderia, entretanto, ser interpretada de forma diversa. Se uma empresa deixa de gastar valores com medidas preventivas necessárias, por exemplo, tal montante integra o patrimônio da companhia e é utilizado para atividades lucrativas. Assim, o lucro daí advindo, ainda que indiretamente, seria decorrente do ilícito. Por fim, as cortes inglesas tendem a utilizar o critério dos lucros obtidos para fixação do *disgorgement* (EDELMAN, 2002, p. 73).

O raciocínio de colusão entre *savings* e *profit* traz maior efetividade ao instituto, de forma que Rosenvald e Kuperman (2017, p. 17) defendem que "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".

Vale ressaltar que o *disgorgement of profits* não tem natureza punitiva, assim, não contraria a vedação à punição sem lei anterior que a defina prevista na constituição. Segundo Kroetz (2005, p. 144) "a pretensão dirigida contra o enriquecido visará sempre à recuperação da vantagem patrimonial obtida pelo interventor, sem qualquer preocupação em puní-lo pela ilicitude de sua intromissão na esfera jurídica alheia". Igualmente Rosenvald e Kuperman (2017, p. 18) explicam que "ao contrário dos *punitive damages*, os institutos restituitórios dos

EUA e da Inglaterra prescindem de prova de dolo ou culpa negligente, bastando apenas seja comprovada a prática do ato ilícito acoplada ao princípio 'tort must not pay'".

O *disgorgement of profit*, portanto, cumpriria uma função de restituição através da retirada do patrimônio do ofensor dos lucros que este obteve através de um ato ilícito lesando os direitos da personalidade de outra pessoa. Pode-se afirmar que tal solução encontra guarida no princípio da reparação integral (*restitutio in integro*) que fundamenta o sistema indenizatório brasileiro calçado no art. 944 do Código Civil.

A responsabilidade por danos contemporânea ofereceria, assim, uma terceira via pela qual:

> O retomante do bem receberá também um montante relacionado aos ganhos indevidamente obtidos pelo possuidor de má-fé, sejam eles naturais, civis ou industriais, surgindo um remédio restituitório como efeito da responsabilidade civil para além da clássica reparação dos danos sofridos. (KUPERMAN; ROSENVALD, 2017, p. 21).

A proposta é coerente com os postulados da responsabilidade por danos: prescinde de análise da culpa, não tem caráter punitivo, objetiva a efetivação da tutela da vítima e a promoção da dignidade da pessoa humana e, por fim, busca, para além da reparação integral, inverter a lógica do mercado de forma que a prevenção e a precaução sejam preferíveis ao ilícito.

Tal possibilidade efetivamente causa um efeito dissuasório. Se há a consciência que todo lucro advindo de um ilícito será retirado do ofensor (*give-up of profits*), a lógica econômica se inverte. É mais custoso agir ilicitamente que licitamente, de forma que o ato ilícito não mais paga lucros ao ofensor.

Para análise do cabimento da medida pode-se aplicar o entendimento de Teffé (2014, p. 56) de que "é mais importante verificar se o réu tomou medidas de prevenção suficientes para evitar o dano do que julgar a carga moral de sua conduta naquele aso particular, por ser um critério por demais subjetivo", não se recorre, assim, à culpa, mas o critério de imputação revela-se na análise do risco evitável.

Incitar no setor produtivo, especialmente, a preferência pela prevenção e pela precaução atende à ética da alteridade, interpretando o Direito como comunidade em vista da noção do outro e da realização da justiça social. Cabem aqui as palavras de Pablo Malheiros da Cunha Frota (2014, p. 228):

> À vista do exposto, defende-se que o pressuposto valorativo e principiológico que deve permear a precaução, a prevenção e a reparação dos danos potenciais e concretos, extramateriais e materiais, é a ética da

> alteridade. E com esta, a efetivação dos princípios da primazia do interesse da vítima, da máxima reparação do dano e da solidariedade social, a promover a justiça social densificada pela concretização dos mencionados princípios em cada caso concreto.

O Direito precisa ser um pouco rígido e um pouco flexível, a rigidez confere a segurança necessária e a flexibilidade a adaptabilidade das normas às transformações sociais que sempre estão à frente das transformações normativas. Assim, a responsabilidade por danos se adapta aos problemas contemporâneos, contudo, com coerência teórica e conforme a legalidade, conferindo a segurança e a adaptabilidade reclamadas.

CONCLUSÃO

A pesquisa em um primeiro momento demonstra que sob o marco filosófico do pós-positivismo e como consequência do neoconstitucionalismo o Direito Civil passa a ser revisto sob a égide das normas e princípios constitucionais, em vias de conferir uma interpretação conforme o ordenamento que é uno e complexo. O Direito Civil-Constitucional ata-se ao Estado Democrático de Direito pautado na ética da alteridade, na solidariedade social e na dignidade da pessoa humana. O patrimônio e o indvidualismo dão lugar à pessoa e à solidariedade. O Direito Civil-Constitucional coloca a pessoa e sua dignidade em posição de centralidade.

Da mesma forma, analisando o instituto da responsabilidade civil sob o viés histórico-jurídico, nota-se que sua construção acompanhou os modelos de sociedade em que estava inserido, atendendo aos reclamos de cada período de tempo e adaptando-se às transformações sociais. Vê-se, assim, que a responsabilidade civil clássica transforma-se para atender às demandas de uma sociedade hipercomplexa e adequar-se aos pressupostos do Estado Democrático de Direito, abandonando conceitos oiticentistas pautados no individualismo, no liberalismo e no patrimonialismo.

A responsabilidade por danos funda-se na alteridade, na solidariedade e na dignidade do ser humano, abandona a noção de culpa para focar-se na vítima e em sua tutela. A nova visão da responsabilidade visa à promoção da pessoa, com revisão do nexo de causalidade, mitigação das excludentes e efetividade da prevenção e da precaução.

Na lógica de mercado o dano é pragmatizado e absorvido como custo, de forma que o ofensor, através de cálculos utilitários objetifica a pessoa transformando-a em meio para consecução do fim lucrativo. O lucro daí advindo forma-se da violação a direitos da personalidade, carcterizando-se como lucro da intervenção.

A pesquisa comprova a hipótese proposta de eleição da *disgorgement of profits* como terceira via na responsabilidade, respeitando os pressupostos teóricos deduzidos da responsabilidade por danos construída pela transformação social e filosófica sob a ótica do Direito Civil-Constitucional. A teoria do *disgorgement of profits* integra-se ao princípio da reparação integral do dano, amplia a tutela da vítima e atende aos princípios da precaução e prevenção, removendo do ofensor o lucro decorrente do ilícito. Está localizada na responsabilidade por danos - ainda que guarde relações com o enriquecimento sem causa - e independe da caracterização de culpa, bastando objetivamente não ter o agente prevenido o dano e, após, auferido lucros da ilicitude de seus atos.

A *disgorgement of profits* afasta a vantagem lucrativa do ilícito, anula a opção racional decorrente da lógica de mercado e, se não provoca uma mudança de atitude da racionalidade do lucro para a benevolência, mostra-se um mecanismo jurídico apto a impor aos agentes a necessidade de atender à responsabilidade com prevenção e precaução dos danos, garantido à pessoa, assim, sua centralidade no Direito e na sociedade e a efetivação de sua dignidade.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu Chinellato. **Tutela civil do direito nascituro**. São Paulo: Saraiva 2000.

ANDRADE NETO, Carlos Gonçalves de. **Responsabilidade civil e justiça distributiva**. 2003. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2003. Disponível em: https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/4444. Acesso em 22 mar. 2019.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. **Revista Trimestral de Direito Civil**, São Paulo, v. 5, n. 19, p. 211-218. jul./set. 2004.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo, v. 58, p. 129-173, jan.-mar. 2007.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade.** 8. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). Recurso Especial 1473393/SP. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. PROGRAMA TELEVISIVO. TRANSMISSÃO DE REPORTAGEM INVERÍDICA (CONHECIDA COMO "A FARSA DO PCC"). AMEAÇA DE MORTE POR FALSOS INTEGRANTES DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. EFETIVO TEMOR CAUSADO NAS VÍTIMAS E NA POPULAÇÃO. ABUSO DO DIREITO DE INFORMAR. ACTUAL MALICE. QUANTUM INDENIZATÓRIO. CRITÉRIOS DE ARBITRAMENTO EQUITATIVO PELO JUIZ.

MÉTODO BIFÁSICO. VALORIZAÇÃO DO INTERESSE JURÍDICO LESADO E CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO. [...] 8. O método bifásico, como parâmetro para a aferição da indenização por danos morais, atende às exigências de um arbitramento equitativo, pois, além de minimizar eventuais arbitrariedades, evitando a adoção de critérios unicamente subjetivos pelo julgador, afasta a tarifação do dano, trazendo um ponto de equilíbrio pelo qual se consegue alcançar razoável correspondência entre o valor da indenização e o interesse jurídico lesado, bem como estabelecer montante que melhor corresponda às peculiaridades do caso. 9. Na primeira fase, o valor básico ou inicial da indenização é arbitrado tendo-se em conta o interesse jurídico lesado, em conformidade com os precedentes jurisprudenciais acerca da matéria (grupo de casos). 10. Na segunda fase, ajusta-se o valor às peculiaridades do caso com base nas suas circunstâncias (gravidade do fato em si, culpabilidade do agente, culpa concorrente da vítima, condição econômica das partes), procedendo-se à fixação definitiva da indenização, por meio de arbitramento equitativo pelo juiz.11. Recurso especial não provido. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 04 de outubro de 2016. **Diário da Justiça Eletrônico**. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=66966261&num_registro=201303568064&data=20161123&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 03 abr. 2019.

CASTRO, Celso Antônio Pinheiro de. **Sociologia do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1985.

CATALAN, Marcos Jorge. **A morte da culpa na responsabilidade contratual**. São Paulo: RT, 2013.

COELHO, Francisco Manuel Pereira. **O enriquecimento e o dano**. Coimbra: Almedina, 1970.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DIAS, Maria Tereza Fonseca Dias; GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. **(Re)pensando a pesquisa jurídica**: teoria e prática. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

EDELMAN, James. **Gain-based damages**: contract, tort, equity and intellectual property. Portland: Hart Publishing, 2002.

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 22 mar. 2019.

FREIRE, Paula Vaz. Sociedade de risco e direito do consumidor. *In*: LEMOS, Patrícia Fraga Iglecias; LOPEZ, Teresa Ancona; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (coord.). **Sociedade de risco e direito privado**: desafios normativos, consumeristas e ambientais. São Paulo: Atlas, 2013.

FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. **Responsabilidade por danos**: nexo de causalidade e imputação. Curitiba: Juruá, 2014.

GOMES, Orlando. Culpa x risco. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, v. 11, p. 349-358, abr. 2017.

GROSSI, Paolo. Pensamento jurídico. *In*: GROSSI, Paolo. **História da propriedade e outros ensaios**. Tradução de Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

HONDIUS, Ewoud; JANSSEN, André. Original Questionnaire: Disgorgement of Profits. In: HONDIUS, Ewoud; JANSSEN, André (ed.). **Disgorgement of profits**: gain-based remedies throughout the world. Heidelberg: Springer, 2015.

KROETZ, Maria Candida do Amaral. **Enriquecimento sem causa no direito civil brasileiro contemporâneo e recomposição patrimonial**. 2005. Tese (Doutorado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciençias Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, 2005.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Metodologia do direito civil constitucional. In: EHRHARDT JUNIOR, Marcos; MENEZES, Joyceane Bezerra de; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski; SOUZA, Eduardo Nunes de (org.). **Direito civil constitucional**: a ressignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil**: obrigações. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARTINS-COSTA, Judith. Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza da sua reparação. **Doutrinas Essenciais de Dano Moral**, São Paulo, v. 1, p. 867-901, jul. 2015.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Perspectivas a partir do direito civil-constitucional. *In*: TEPEDINO, Gustavo (org.). **Direito civil contemporâneo**: novos problemas à luz da legalidade constitucional (Anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da cidade do Rio de Janeiro). São Paulo: Atlas, 2008.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MORATO, Antonio Carlos. Quadro geral dos direitos da personalidade. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 106/107, p. 121-158, jan./dez. 2011/2012.

NEVARES, Ana Luiza Maia. O princípio da intangibilidade da legítima. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NORONHA, Fernando. Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 761, n. 1, p.31-44, mar. 1999.

PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Tradução Maria Cristina de Cicco. Rio De Janeiro: Renovar, 2008.

ROSENVALD, Nelson; KUPERMAN, Korman Bernard. Restituição de ganhos ilícitos: há espaço no Brasil para o disgorgement?. **Revista Fórum de Direito Civil**, Belo Horizonte, ano 6, n. 15, p. 11-31, jan./abr. 2017.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. A responsabilidade civil por danos produzidos no curso de atividade econômica e a tutela da dignidade da pessoa humana: o critério do dano ineficiente. *In*: BODIN, Maria Celina Bodin; et al. (Org). **Diálogos sobre direito civil**: construindo uma racionalidade contemporânea. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SAVI, Sérgio. Lucro da intervenção. *In*: MILAGRES, Marcelo; ROSENVALD, Nelson (Org.). **Responsabilidade Civil**: novas tendências. Indaiatuba: Foco, 2017. p. 273-286

SCHREIBER, Anderson; SILVA, Rodrigo da Guia. Lucro da intervenção: perspectivas de qualifiação e quantificação. *In*: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; SANTOS, Romualdo Baptista dos (coord.). **Direito Civil**: estudos - coletânea do XV Encontro dos Grupos de Pesquisa - IBDCivil. São Paulo: Blucher, 2018 (Série Direito Civil).

TEFFÉ, Chiara Antonia Spadaccini de. A restituição do lucro da intervenção nos casos de violação aos direitos da personalidade: uma questão entre o enriquecimento sem causa e a responsabilidade civil. *In*: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. **Direito das relações patrimoniais**: estrutura e função na contemporaneidade. Curitiba: Juruá, 2014.

TIMM, Luciano Benetti. Os grandes modelos de responsabilidade civil no direito privado: da culpa ao risco. **Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil**. São Paulo, v. 1, p. 289-310, out. 2011.

USTÁRROZ, Daniel. Responsabilidade civil: questões atuais. *In*: MILAGRES, Marcelo; ROSENVALD, Nelson (Org.). **Responsabilidade Civil**: novas tendências. Indaiatuba: Foco, 2017. p. 27-34.

VINEY, Geneviève. As tendências atuais da responsabilidade civil. *In*: TEPEDINO, Gustavo (org.). **Direito civil contemporâneo**: novos problemas à luz da legalidade constitucional (Anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da cidade do Rio de Janeiro). São Paulo: Atlas, 2008.

WOLKMER, Antonio Carlos. **História do direito no Brasil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.