

A RESPONSABILIDADE CIVIL REDESENHADA NA SOCIEDADE DO SÉCULO XXI

CIVIL LIABILITY REDESIGNED IN 21ST CENTURY SOCIETY

Angela Alves de Sousa¹

Gabriel Alves de Sousa²

Arthur Alves de Sousa³

RESUMO:

Inegável que as condutas humanas produzem uma ação e, por consequência, uma reação. Neste tocante, a responsabilidade civil se afigura como instrumento habil promover a reparação de dano sofrido em razão de uma determinada conduta danosa. Entretanto, as pessoas jurídicas também praticam condutas, representadas por seus agentes, as quais podem vir a causar dano e, por consequência, há que ser aplicado instituto da responsabilização civil. Grandes corporações, visando primordialmente o lucro, adotam condutas lesivas, em especial ao meio ambiente, ao extrair matéria-prima e, também, ao despejar resíduos decorrentes de seu sistema produtivo. Visando identificar a problemática, o presente trabalho irá expor temas pertinentes, tais como a complexidade da sociedade atual e a violação de direitos de personalidade e ao meio ambiente, assim como o processo de reabertura da responsabilidade civil. Em se tratando de reparação, imperioso destacar o instituto do Disgorgement, o qual consiste em instrumento pouco utilizado no Brasil, mas eficaz para penalizar o causador do dano.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil; Responsabilidade Empresarial; Disgorgement.

ABSTRACT:

It is undeniable that human behavior produces action and, consequently, a reaction. In this regard, civil liability appears as an instrument capable of promoting the repair of damage suffered as a result of certain harmful conduct. However, legal entities also practice conduct, represented by their agents, which may cause damage, and, consequently, the institute of civil liability must be applied. Large corporations, primarily seeking profit, adopt harmful conducts, especially to the environment, when extracting raw material and also when dumping waste resulting from their production system. To identify the problem, the present work will expose relevant topics, such as the complexity of today's society and the violation of personality and environmental rights, as well as the process of reopening civil liability. When it comes to reparation, it is imperative to highlight the Disgorgement institute, which is an instrument that is little used in Brazil, but effective in penalizing the person causing the damage.

¹ Doutoranda em Direito Empresarial e Cidadania (Unicuritiba), Mestre em Direito Empresarial e Cidadania (Unicuritiba), Bacharel em Direito (Cesur). artigo.anga@gmail.com.

² Graduando em Medicina (Uninove), graduando em Administração (Uninove). artigo.anga@gmail.com.

³ Graduando em Medicina (Uninove). artigo.anga@gmail.com



Keywords: Civil responsibility; Corporate Responsibility; Disgorgement.

1 INTRODUÇÃO

A sociedade contemporânea tem demandado novos contornos à responsabilidade civil, diante da atual limitação do alcance das leis de proteção a direitos fundamentais, relacionados à personalidade e ao meio ambiente, e das recorrentes violações a esses direitos praticadas por grandes corporações. Por isso torna-se importante a compreensão do processo histórico social que ocasionou essas constantes violações, tanto no âmbito nacional quanto internacional.

Ante a constatação da evolução científica e tecnológica que marcaram o século anterior e tem sido continuado à luz do século XXI, o empresariado da contemporaneidade não pode mais isolar-se, acreditando-se ser a única “mola propulsora” do desenvolvimento econômico. Ao contrário, se a empresa deseja perseguir a lucratividade como meta principal de suas atividades, deve refletir a respeito de suas responsabilidades, sejam elas ambientais, sociais e/ou humanitárias, pensando numa economia global possível a médio e longo prazos. O “isolamento” não é mais possível levando-se em conta o agravamento da distância entre a empresa, seus comandados, seus consumidores e o mercado global com suas normas que regulam os negócios e seus desenvolvimentos.

Outro aspecto, não menos importante, é a voz da comunidade civil internacional a agir e exigir atitudes, em prol da defesa de interesses que defendem a vida humana, acima de quaisquer atividades. Esse grupo movimenta uma série de entidades mundo afora e tem certo poder de influenciar o fechamento de acordos comerciais, ou não, e a eles se devem estar atentos, principalmente se o desejo é de expansão além-fronteiras.

Em um mundo que se pretende globalizado, essas questões não são apenas diletantismos, mas essenciais para o desenvolvimento e crescimento de toda a humanidade, buscando, inclusive, soluções heterodoxas para resolvê-las e apontar caminhos para uma nova economia em face de novas demandas que possam evitar um novo tumulto.

Chamada de “pós-moderna”, termo contestado pelo sociólogo Bruno Latour¹, que afirma que “jamais fomos modernos”, a sociedade contemporânea traz consigo muitas questões do passado que não foram resolvidas a contento. Ao englobar tamanho patrimônio doutrinário, é

possível perceber o quanto o instituto de responsabilidade civil tem sido objeto de transformação através dos tempos e como na atualidade o mesmo ganha novas funções, que remetem a reflexões e a uma maneira nova de se pensar esses institutos e sua eficácia.

Em constante modificação, o instituto da responsabilidade civil, no ordenamento jurídico brasileiro, merece sempre especial atenção e a observância de suas alterações e questões que permeiam esses mecanismos. Além disso, a pouca literatura jurídica ainda é tímida na análise do assunto, muitas vezes limitando-se a reproduzir conceitos alienígenas que não raro entram em confronto com o ordenamento jurídico pátrio.

A demanda social é crescente sob a luz de uma contemporaneidade recheada de incertezas, em meio a necessidade de atender às exigências da classe empresarial ciente de seu poder na movimentação do que chama de “evolução” e de “crescimento econômico”.

Em outra ponta da corrente, uma população que não tem alternativa a não ser se submeter, não somente ao emprego ofertado no mercado por essas empresas, acabando por se sujeitar a violações de seus direitos para manter seus postos de trabalho. Conciliar esses dois pólos da produção do país, a empresa e a massa de trabalhadores, é a função do Direito, que tem o propósito de mediar conflitos e manter a paz social. Esses são alguns dos assuntos a justificar essa pesquisa. Em primeiro lugar, um levantamento contextualizado da sociedade em que se vive, fundamental para entender os processos pelos quais ela passa, suas demandas crescentes, seus anseios por transformações.

Se as razões acima ainda forem insuficientes, tem-se a acrescentar o papel do Direito na sociedade do século XXI, multifacetada, com a urgência inegável de que o ordenamento jurídico se adapte aos novos tempos com revisão de seus pressupostos para que possa acompanhar tais transformações.⁴

2 A COMPLEXIDADE DA SOCIEDADE ATUAL E A RECORRENTE VIOLAÇÃO AOS DIREITOS DE PERSONALIDADE E AO MEIO AMBIENTE POR GRANDES CORPORAÇÕES

⁴ LATOUR, Bruno L- 383; *Jamais Fomos Modernos: Ensaio de Antropologia Simétrica* / Bruno Latour; Tradução de Carlos Irineu da Costa. – Rio de Janeiro; Ed. 34, 1994 – 152p. (coleção Trans). Tradução de: *Nous n'avons jamais été modernes* bibliografia. ISBN 85-85490-38-1; 1. Filosofia Francesa. 2. Filosofia moderna. I. Título; II. Série



Diante do processo de globalização, novas fronteiras e paradigmas foram criadas em relação à defesa dos direitos humanos fundamentais. É um tema que vem sendo amplamente debatido, desde o final da Segunda Guerra Mundial, por organismos internacionais como a Organização das Nações Unidas (ONU), Organizações Não-Governamentais Internacionais (ONGs Internacionais) e a sociedade civil internacional de modo geral. Também a discussão influenciou o ordenamento jurídico pátrio, tendo como foco principal a Constituição Federal de 1988, inaugurando, no plano da dogmática jurídica, o paradigma do Estado Social, o que mais tarde veio a influenciar, inclusive, a disciplina dos Direitos de Personalidade no Código Civil de 2002.

Mesmo com a positivação da proteção desses direitos, uma visão panorâmica da sociedade brasileira mostra frequentes violações de direitos fundamentais praticadas por empresas, o que nos faz indagar sobre qual deve ser o papel do Direito diante da dinamicidade das estruturas sociais e qual papel/função a responsabilidade civil deve ocupar para melhor proteção das novas demandas sociais.

As empresas, muitas vezes, alegam o não cumprimento das normas jurídicas que impactam sobre os direitos de personalidade e do meio ambiente, ao argumento da dificuldade econômica em atender a todas as exigências governamentais e legislativas. Porém, tais argumentos caem por terra, especialmente quando se trata do uso do bem comum, ou seja, rios, lagos e ecossistemas, dos quais depende a sobrevivência de toda a humanidade, inclusive da pessoa jurídica.

A questão ambiental, enquanto ponto crucial para a evolução econômica e desenvolvimento geral da sociedade, possui grande relevância e preocupação, motivo pelo qual faz-se necessário delinear de que forma é possível conduzir o debate às lideranças das grandes corporações. O debate possui a finalidade de contribuir para alterar o modo de pensar e agir, senão por questões humanitárias, que seja ao menos visualizando um futuro sustentável em curto espaço temporal, sob pena de perder o objeto central de sua existência, que é a lucratividade.

A partir de uma contextualização histórica e sociológica, pode-se traçar um perfil da sociedade atual, com análise de alguns institutos que a compõem, incluindo uma visão econômica inovadora. Mesmo constatando a evolução do ordenamento jurídico na tentativa de

equilibrar interesses tão diversos, pode-se perceber a recorrente violação de direitos, em especial dos direitos de personalidade por parte das grandes empresas.

Nesse contexto de mudanças, absorver as transformações, reconhecer um novo tipo de demanda próxima do “instantâneo”, abala não apenas as relações sociais como um todo, mas também os alicerces que as regulam, aumentando a necessidade de adequar as normas às novas demandas que surgem. Essa adequação tem o intuito preventivo de antecipar e evitar conflitos. Compreender essa dinâmica sujeita às transformações cada vez mais velozes é uma tarefa árdua dada à fragilidade dos sistemas sociais e de seus, até então, imutáveis ordenamentos jurídicos.

O controle social parece ser exercido com maior eficácia pelos provedores de domínios da internet, do que propriamente pelo ordenamento jurídico convencional. Tamanha multiplicidade, torna imperioso definir aspectos fundamentais de ordenamentos jurídicos e acordos internacionais no tocante a direitos humanos e direitos de personalidade. Direitos estes, consolidados no século XX, mais precisamente a partir da Segunda Guerra Mundial, quando de acordo com os teóricos, deu-se início às mudanças sociais profundas que se refletem nos dias atuais. Conforme Hannah Arendt (2003, p.8).

Face a essas constatações, compreender a recorrente violação de direitos de personalidade por parte de grandes empresas requer não apenas a contextualização, mas procurar soluções para identificar de que modo esse tipo de delito prevalece e qual é a forma adequada de combatê-lo.

A mesma mensagem é repetida vezes sem conta: somos todos diferentes – alguns de nós são grandes, outros são pequenos; alguns sabem lutar, outros sabem como fugir –, mas precisamos aprender a viver com essas diferenças, entendê-las como algo que torna mais ricas as nossas vidas. (ZIZEK, 2003, p.86)

Conciliar interesses tão diversos fica cada vez mais difícil e a já complexa estrutura social tem seus alicerces abalados. Vive-se em tempos de individualismo onde o que conta é a satisfação de anseios particulares, a obtenção de bens materiais para causar um bem-estar momentâneo que logo terá que ser substituído por outro e assim por diante e, por vezes, para atingir tais objetivos, o indivíduo não hesita em ultrapassar limites que acabam por afetar o outro.

O reflexo dessa assertiva acontece com frequência nas relações de poder dentro das grandes corporações, apesar de todo um ordenamento jurídico reconhecer os direitos fundamentais, os direitos de personalidade, referendados pela Constituição de 1988.

O reconhecimento de direitos, em especial dos direitos humanos fundamentais, passa também pelo reconhecimento do Direito Público Internacional, considerando a série de acordos que ao longo do tempo foram sendo acrescentados de novas abordagens e, consequentemente, absorvendo as novas necessidades de garantias individuais. Segundo Lipovetsky (2016, p.1-Prólogo), vive-se a “era do vazio”, que significa um esgotamento de preceitos e objetivos, o que contribui para uma mudança radical de ordenamentos e comportamentos sociais. Essa sociedade voltada para o individualismo, à beira de um colapso, revela uma ruptura com o *modus vivendi* coletivo conhecido até então. Uma série de transformações ocorrem no chamado tempo real, acelerando o já frenético ritmo que impulsiona os avanços da humanidade.

Na panorâmica do direito internacional público, que regula a relação entre os estados independentes um do outro, o sistema jurídico se inscreve em uma ordem mundial que garante a soberania do Estado e o princípio da não interferência. Nesse caso, é preciso compreender e delimitar os espaços entre o Direito Internacional Público e os limites internos do Brasil, como ensina Sophie Rondeau (2008). De acordo com a autora, leva-se em consideração a soberania, isto é, as regras que englobam o direito internacional devem respeitar os limites territoriais e políticos internos e particulares de cada Estado sem que se esqueça, no entanto, que crimes contra a humanidade não devem limitar-se a fronteiras, ou seja, são da ordem do direito humanitário internacional.

No direito internacional, são reconhecidos os direitos humanos fundamentais e admitidas as punições aos crimes de guerra. No ordenamento jurídico brasileiro, especificamente no Código Civil são reconhecidos os direitos de personalidade e os direitos humanos fundamentais, e ambos estão presentes na Constituição de 1988, garantindo a dignidade da pessoa humana, seus direitos básicos e integridade física e moral.

A globalização trouxe consigo uma situação bastante complexa, principalmente no tocante à responsabilização das empresas transnacionais por violações a direitos de personalidade, direitos humanos e direitos ambientais, como é o caso exemplar de Bangladesh. Isto porque a estratégia permite que essas corporações atuem fora de seus territórios de origem, escondendo para “debaixo do tapete”, questões que vão desde o trabalho escravo a problemas graves políticos, sociais, econômicos e culturais, além dos destes derivados.

A sociedade contemporânea exige uma “reconstrução”, ou melhor dizendo, como o sociólogo britânico Anthony Giddens (1991, p.8) bem definiu, exige um “reencaixe” para que os

conceitos como dano moral e danos punitivos nela possam se reinserir. Isto significa desconstruir conceitos anteriormente considerados imutáveis e substituí-los por outros mais condizentes com as mudanças sociais e suas aceleradas demandas. Esse “*deslocamento*”, que tem um fluxo contínuo, obriga a uma reformulação geral incluindo a organização social completamente. Nessa “nova ordem”, todos os segmentos, entre eles a Ciência do Direito, passam a merecer novos contornos, e se preciso, alterando enunciados para adaptá-los aos novos tempos.

Certamente é preciso conhecer o que significou anteriormente o instituto da responsabilidade civil e em que é premente alterações para que prevaleçam os valores morais e éticos que criaram tal instituto e o justificaram em prol do respeito e da harmonia do viver se em sociedade.

Nesse contexto sujeito a tantas mudanças, há que se discutir o instituto da responsabilidade civil e como consequência do dano moral, já que ambos justificam a existência um do outro, não precisa de alguma reformulação, um novo desenho que promova uma reinserção mais vigorosa para atuarem de fato com o objetivo que as fez surgir no ordenamento jurídico. O instituto da responsabilidade civil é bastante flexível e sofre, há pelo menos um século, constantes transformações, sempre movimentando a teoria jurídica, e talvez seja, de todos, o mais capaz de comportar alterações.

A atenção da sociedade civil para tais violações, sem dúvida alguma foi aporte necessário para que o ordenamento jurídico e sua aplicabilidade buscassem nova direção para atender às inúmeras demandas, no sentido de buscar responsabilizar as empresas por seus atos ilícitos, no caso, o de violação tanto de direitos de personalidade quanto de direitos humanos.

Tais institutos parecem estar cada vez mais próximos uns dos outros, tanto por seus objetivos comuns, que são: o de exercer proteção à pessoa e sua dignidade, garantindo-lhes direitos à privacidade, à imagem, entre outros; quanto pelos papéis que desempenham respectivamente no ordenamento jurídico pátrio.

No entanto, o controle social parece ser exercido com maior eficácia pelos provedores de domínios da *internet*, do que propriamente pelo ordenamento jurídico convencional. Tamaña multiplicidade, tornando-se imperioso redefinir aspectos fundamentais de ordenamentos jurídicos e acordos internacionais no tocante a direitos humanos e direitos de personalidade.

O notável é que com a proximidade de $\frac{1}{4}$ (um quarto) do século XXI, os valores que marcaram o século anterior parecem não chamar mais a atenção daqueles que estão à frente das

decisões políticas e econômicas, ou seja, doutrinadores, legisladores e grandes empresas. Muitas estruturas ainda são as mesmas, porém a maneira de tomar decisões tem mudado radicalmente, reforçando o “isolamento” das classes sociais dominantes das menos favorecidas.

Teorias construídas com a ousadia e persistência características dos grandes investigadores que apontam outros ângulos e alternativas viáveis, pondo a girar a roda da ciência e a movimentar a humanidade, despertando o olhar para outras direções.

Criador, ao lado de Mahbubu ul Haq, do Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), adotado desde 1993, anualmente, pelo programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (ONU), Amartya Sen (2012, p.30) tem uma visão muito clara de conflito iminente. O professor de Cambridge, Oxford e Harvard, onde leciona atualmente, considera a superação da pobreza um dos problemas econômicos vitais:

O desenvolvimento econômico apresenta ainda outras dimensões, entre elas a segurança econômica. Com grande frequência, a insegurança econômica pode relacionar-se à ausência de direitos e liberdades democráticas. De fato, o funcionamento da democracia e dos direitos políticos pode até mesmo ajudar a impedir a ocorrência de fomes coletivas e outros desastres econômicos.

Reescrever a história econômica do capitalismo apontando como solução justamente o que mantém seu *status quo* através de convivência pacífica e sustentável é a proposta em ambos os casos. Ambos Sen e Mahbubu comprovam, cada um sob uma ótica peculiar, que é possível pensar em sustentabilidade e desenvolvimento de maneira inovadora, que a longo e médio prazo poderão ser bons auxiliares na mediação de conflitos, para que não seja inevitável o “grande confronto” que destruiria a todos.

Aumenta, portanto, a necessidade de novo contorno no ordenamento jurídico, em especial nos institutos de direitos de personalidade, direitos humanos, responsabilidade civil e dano moral, com a intenção de conciliar interesses cada vez mais díspares.

Apesar de todo um consenso internacional que prega: igualdade, imparcialidade da Justiça, acesso à educação, moradia, lazer, saúde; considerados direitos da condição humana, na prática esses direitos não são comuns a todos os seres humanos, uma vez que os Estados não conseguem garanti-los por si.

Esta circunstância, especialmente nos Estados capitalistas, que dependem de uma sustentação econômica proveniente das empresas, se ressalta o paradoxo da almejada Justiça igualitária, da “lei para todos” já que o Estado e, como consequência, o ordenamento jurídico



que dele emana, é constituído por uma parcela da população que define, legisla e aplicar as leis. Estes fazem parte de um grupo seletivo, ao qual o historiador Raymundo Faoro⁵ denominou de “donos do poder”², alijando a maioria da população das decisões que ao menos teoricamente deveriam ter a participação de todos.

Nesse caso, o equilíbrio entre as diferentes camadas populacionais torna-se cada vez mais improvável, e o abismo entre os “grandes” aumenta, se amplia a distância entre ricos e pobres.

A questão ambiental é um dos temas com maior relevância na atualidade, onde o Direito Ambiental vem obtendo destaque como um importante ramo do Direito. Já existe grande e relevante produção doutrinária sobre o tema, inclusive pelo fato de que novos instrumentos processuais têm sido implementados para que o meio ambiente seja efetivamente preservado ou, até mesmo, reparado. Nas últimas décadas, percebe-se a tomada de consciência da “esgotabilidade” do bem ambiental, o que acarretou em novos paradigmas na Ciência do Direito, a fim de que se proteja esse bem imaterial com o máximo de eficiência possível.

A responsabilidade civil em matéria ambiental merece análise não somente no âmbito patrimonial, como também no seu aspecto extrapatrimonial, que são as duas modalidades de reparação civil admitidas em lei.

Nas lições de Canotilho é indicado, como um dos elementos essenciais à efetivação do Estado constitucional ecológico, a criação de uma política global:

(...) a proteção do ambiente não deve ser feita a nível de sistemas jurídicos isolados (estatais ou não) mas sim a nível de sistemas jurídico-políticos, internacionais e supranacionais, de forma a que se alcance um standard ecológico ambiental razoável em nível planetário e, ao mesmo tempo, se estruture uma responsabilidade global (de estados, organizações, grupos) quanto às exigências de sustentabilidade ambiental. (CANOTILHO, 2001. p. 10-11).

O dano moral ambiental é caracterizado quando ocorre uma comoção social que atinge toda uma determinada comunidade, como o caso mais recente ocorrido em Mariana, no estado brasileiro de Minas Gerais, considerado o pior acidente da mineração brasileira, cujo rompimento da barragem acarretou uma imensa devastação, ocasionando, inclusive a perda de vidas. Mais recente, ainda, foi a condenação obtida pelo Ministério Público de Santa Catarina, onde a empresa Douat

⁵ Faoro, Raymundo, 1925-2003. Os donos do poder : formação do patronato político brasileiro / Raymundo Faoro ; prefácio Gabriel Cohn. – 5. ed. – São Paulo : Globo, 2012. Bibliografia. ISBN 978- 85-250-5296-4 2.113kb; ePUB 1. Autoritarismo - Brasil 2. Brasil - Política e governo 3. Elite (Ciências sociais) - Brasil 4. Poder (Ciências sociais) I. Cohn, Gabriel. II. Título. 12-08262 CDD305.520981



Textil Ltda, de Joinville, teve que pagar R\$ 120 mil de danos morais ambientais e coletivos devido à poluição do Rio Cachoeira.⁶

Em se tratando de meio ambiente, dada sua importância para a sobrevivência da vida em nosso planeta, importante mencionar a Encíclica Laudato Si⁷, que do latim, significa Louvado Seja. A mensagem ambiental do Papa Francisco, que adotou tal nome deixando clara sua simplicidade e humildade, pode ser considerada a mais importante dos últimos anos.

A importância da Encíclica Laudato Si, do Papa Francisco, à luz do Direito Internacional Ambiental, tomando-se como ponto de partida a Declaração das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, em Estocolmo (1972), e a Declaração do Rio de Janeiro sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento (1992), bem como a Convenção sobre a Biodiversidade (1992), sem olvidar o Protocolo de Kyoto relativo às metas a serem cumpridas pelos países desenvolvidos para a redução da emissão de gases do efeito estufa.⁸

Como ponto de partida lembra que é preciso debater, de forma sincera e desarmada, como ponto essencial, o desafio ambiental e o impacto em nossas vidas. Refere-se a diversas formas de poluição, muitas vezes consentidas por normas regulamentadoras, recomendando atenção permanente, assim como mudança climática, questões sobre a água e sua escassez, perda da biodiversidade, entre outras. Deste documento extrai-se a importância e relevância do tema, tornando as questões ambientais uma preocupação também do clero.

Imperioso mencionar, ainda, que no centro decisório das empresas, bem como entre doutrinadores e legisladores, a questão da responsabilidade civil por danos ambientais tem sido amplamente discutida, levando-se em conta a responsabilidade civil objetiva e solidária.

No âmbito do ordenamento jurídico pátrio, têm-se debatido a extensão do nexo de causalidade. Porém para a desembargadora Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida (2017 p.203), a questão tem outros desdobramentos:

(...) é preciso avançar para além do sistema de comando e controles estatais e para além da ótica corretivo-repressiva que inaugurou o combate à poluição e à contaminação do ambiente a partir da década de 1970, cujos marcos representativos são a Conferência de

⁶ Notícia veiculada e disponível em: <https://www.aconteceuemjoinville.com.br/empresa-de-joinville-pagara-indenizacoes-por-danos-morais-ambientais-e-coletivos-por-poluicao-ao-rio-cachoeira-no-valor-de-r-120-mil/>. Acesso em: 07 dez.2017.

⁷ (file:///E:/papa-francesco_20150524_enciclica-laudato-si.pdf).

⁸ IGREJA CATÓLICA. Papa (2013 -:Francisco). Carta Encíclica Laudato Si: sobre o cuidado da casa comum. São Paulo: Paulinas, 2015.



Estocolmo (1972) e, entre nós a instituição da Política Nacional de Meio Ambiente – PNMA (Lei nº6.938/81).

De acordo com a autora, não se pode esquecer que as instituições financeiras em especial aquelas que financiam os processos de produção são diretamente responsáveis na prevenção do dano ambiental, e nas questões sociais ligadas ao assunto. Portanto, como previsto na PNMA, o financiamento de crédito deve exigir do proponente o cumprimento das normas ambientais, a implementação de controle preventivo e análises de impactos ao meio ambiente, entre outros requisitos.

Implantar a chamada Economia Verde, proposta da Conferência Rio-92, une como responsáveis diretos Estado e empresas, nem tanto no formato anterior de reparação e punição, mas especialmente como ações preventivas, o que facilita a parceria em áreas onde a atividade estatal apresenta fragilidade como licenciamento e fiscalização, que com a almejada parceria se torna mais fácil e ágil.

Do ponto de vista jurídico, na visão crítica da desembargadora Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida, Hans Kelsen,⁹

(...) teve o mérito de atribuir ao ilícito dignidade jurídica, todavia incorreu no extremo de considerar que apenas as normas jurídicas sancionadoras constituíam, verdadeiramente, o Direito, se reduziria exclusivamente a essa proposição, formulada como juízo hipotético ou condicional.

A revisão desse conceito veio através de Carlos Cossio (1963, p.206), que em sua teoria, recoloca o ilícito enquanto fenômeno jurídico, utilizando-se do conceito do juízo disjuntivo que valoriza o Direito e a liberdade humana. Enfim, fica clara a contribuição das instituições financeiras no tocante à preservação da qualidade de vida e do meio ambiente, no tocante a concessões de créditos, vinculando-os à responsabilidade socioambiental.

Desta forma preventiva, se pode alcançar a proteção com relação aos riscos que estas questões trazem à baila. “Amplia o espaço de tua tenda e nela estende seus tapetes, pois hás de te locomover em todas as direções.” Isaías. (IN MATURANA E VARELA, 1995- prólogo).

Por outro lado e na contramão do delito, e no sentido global, existem esforços no sentido das normas comuns que possam garantir a preservação ambiental como o IYGU (2017) – Conselho

⁹ A Árvore do Conhecimento - Humberto Maturana e Francisco Varela- humano - Editorial Psy – 1995 - prólogo)

As fases biológicas do entendimento



Internacional de Ciências Naturais e Ciências Sociais (ISSC), organismo internacional com apoio da ONU, que tem como objetivo promover um melhor entendimento sobre o impacto global das ações locais, estimulando políticas inovadoras que respondam às situações como: mudanças climáticas, a segurança alimentar ou as migrações.

Entretanto, a violação aos direitos de personalidade e aos direitos humanos é recorrente, em especial por parte das grandes corporações, apesar dos mecanismos internos e internacionais que combatem, com suas leis e acordos, tais questões. O instituto da responsabilidade civil é um desses mecanismos, que devem ser acionados para prevenir, coibir e punir tais abusos, mecanismo este, que faz parte da história e da evolução da humanidade.

3 O PROCESSO DE ABERTURA E REFORMULAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL E O SEU PLURALISMO FUNCIONAL

Para entender a responsabilidade civil no âmbito do direito é preciso aceitar a definição da doutrina, tanto de pessoa física quanto jurídica, enquanto responsáveis respectivamente pelo dano causado a terceiros e por consequência da obrigatoriedade da reparação, conceito anterior ao próprio Direito, nas primeiras organizações sociais, cujas regras já estabeleciam o conceito de reparação aos danos causados a terceiros.

Em latim o termo “*damnum*”, define o conceito de tudo aquilo que prejudica um terceiro, seja material ou moralmente. E a palavra também latina “*moralis*” representa a questão social, isto é, se refere aos costumes.

A noção de reparação de dano encontra-se claramente definida no Código de Hamurabi. As ofensas pessoais eram reparadas na mesma classe social, à causa de ofensas idênticas. Todavia o Código incluía ainda a reparação do dano à custa de pagamento de um valor pecuniário. (REIS apud GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2004, pag. 61).

No antigo Testamento é possível identificar traços do instituto através da proteção nele contido como em deuterônomo onde já se previa a punição pelo dano, e, portanto, da responsabilidade civil, já que como duas faces de uma mesma moeda, ou seja, não se fala em responsabilidade civil sem imediatamente remeter -se ao dano.



É sabido que anteriormente às regras impostas pela Igreja Católica – força política dominante por muitos séculos – a responsabilidade civil e o consequente dano moral ganhou significativa expressão na Idade Média, eis que existia, de certa forma, antes de evoluir, inseridos em ordenamentos jurídicos:

Remotamente, quando os homens ainda viviam em pequenos agrupamentos, imperava a vingança coletiva, em que, se alguém causasse dano a outro, era punido por todos os membros dessa sociedade primitiva, geralmente com sua exclusão ou com sua morte. Não havia regras nem limites, sendo resultado normal, geralmente, a morte do indivíduo da maneira mais brutal possível. (GUIMARÃES, 1999 p.2).

Antes de ser instituído o Estado, a regulação e punição dos danos morais à época era a lei de talião, do latim *lex talionis* (lex: lei e talio, de talis: tal, idêntico), também dita pena de talião, consiste na rigorosa reciprocidade do crime e da pena — apropriadamente chamada retaliação. Esta lei é frequentemente expressa pelo máximo “olho por olho, dente por dente”, quando o ofendido reagia à ofensa com suas próprias mãos, o que de fato não resolvia a questão, pelo contrário, sendo um agravante nos conturbados conflitos sociais.

A França protagonizou a noção de responsabilidade civil, aperfeiçoando e generalizando o princípio aquiliano, considerando “*In Lege Aquilia et levissima culpa venit*”, em outras palavras, a obrigação de indenização é um pressuposto ligado à uma culpa caracterizada sem importar com a gravidade da mesma. A concepção moderna do modelo da legislação atual é a de 1804, que o Código de Napoleão sistematizou e fez a distinção entre culpa contratual e culpa extracontratual.

No Brasil Colônia, o que vigorava era o ordenamento do Reino e à época não havia distinção entre reparação, pena e multa. Entretanto, em 1830 é adotado o Código Criminal, que tem preceitos que foram sendo aprimorados ao longo dos tempos e contribuíram para muitas formulações dos Códigos Civil e Penal no ordenamento jurídico pátrio. Em linhas gerais essa é uma parte da história do dano moral e da responsabilidade civil a partir de sua criação e desenvolvimento.

O que parecia estar estabilizado e controlado pelo ordenamento jurídico começa a ser questionado de várias maneiras, e o conflito a emergir com violência manifesta, faz lembrar Michel Foucault (1975) com o seu célebre Vigiar e Punir, quando numa análise social a partir do dilema do prisioneiro, o autor demonstra que todos os seres humanos estão condenados a viver prisioneiros

de si mesmos, acuados, temendo o outro ser humano, o que acabou por tornar-se uma ameaça real e virtual, vivenciado com maior intensidade no século XXI, na chamada sociedade pós-moderna.¹⁰

Para melhor compreender, tanto a questão da responsabilidade civil, quanto às transformações sociais no chamado “tempo real”, é necessária um acompanhamento das demandas sociais por parte do instrumental jurídico, entendendo que todos esses institutos, de certa forma interligados e com objetivos bastante semelhantes, existem em prol da pessoa humana e de sua integridade física e moral. Enfim, mecanismos de proteção que se deparam com o contraditório, pela agressiva competição no ranking da economia em busca frenética pelo lucro sejam quais forem os preços a pagar.

Sem dúvida alguma, não é tarefa fácil analisar os institutos do Direito à luz da sociedade atual e das suas novas demandas, tendo em vista complexidades tais que necessitam nem tanto de novos regramentos, mas, principalmente, de novas interpretações e adaptações para que o próprio direito não perca sua razão de ser diante dessa nova era.

Nossa sociedade vive o momento da "cultura empresarial da irresponsabilidade". Muitas empresas preferem expor seus consumidores a diversos riscos, com práticas comerciais abusivas e irresponsáveis, do que investir na melhoria dos seus serviços. Da mesma forma, optam por submeter seus próprios funcionários a determinadas situações, do que gastar com a adoção de alguns procedimentos internos. Isto porque a irresponsabilidade compensa para essas empresas.

A técnica reparatória tradicional da responsabilidade civil vem sendo um estímulo à prática de diversos tipos de ilícitos civis, pois o causador do dano já sabe previamente que o lucro resultante da ilicitude será, em muitos casos, superior à eventual indenização que precisará pagar ao lesionado. Esse uso de uma racionalidade econômica ardilosa, analisando o custo-benefício de arcar com uma sanção legal, acontece bastante em casos relacionados à violação de direitos de personalidade.

Face às novas demandas sociais e à plasticidade/mutabilidade da responsabilidade civil ao longo da história da nossa sociedade, alguns doutrinadores têm criticado muito a função reparatória clássica, e ainda dominante, da responsabilidade civil. Acompanhou-se o entendimento de Nelson Rosenvald, de que vivemos um momento em que é de suma importância a substituição da técnica da neutralidade pela ética da efetividade. Essa efetividade do direito é diretamente subordinada à

¹⁰ Foucault, Michel. F86v Vigiar e punir: nascimento da prisão; tradução de Raquel Ramalhete. Petrópolis, Vozes, 1987. 288p. Do original em francês: Surveiller et punir. Bibliografia. Direito penal — História 2. Prisões — História I. Título. 77-0328



indagação sobre a realidade social que lhe dá conteúdo e substância. Sendo assim, como forma de inibir condutas reprováveis e indesejadas pelo nosso sistema, qualificadas pela malícia e artil, pode-se propor a imposição de uma função da responsabilidade civil para além da meramente reparatória.

O Direito, nas palavras do professor Miguel Reale (1978, p.52), “não pode deixar de ser estável, sem ser estático; e deve ser dinâmico, sem ser frenético”. A sociedade pós-moderna exige nova dinâmica do Direito, a partir da análise de quais modificações vêm ocorrendo no âmago da sociedade desde a Segunda Grande Guerra, oportunidade em que foram reconhecidos, a nível global, os chamados Direitos Humanos Fundamentais, que têm evoluído e ganhado novos contornos através dos tempos. Por isso, o instrumental fornecido pelo Direito deve buscar, cada vez mais, a multidisciplinaridade para cumprir eficazmente com o seu papel principal de resolver conflitos e, dentro da medida do possível, antecipar-se por meio de regramentos reconhecíveis e adaptáveis a uma realidade social em constante transformação.

Com a evolução da sociedade, a responsabilidade civil ganha novos espaços e funções plurais no ordenamento jurídico brasileiro e também no cenário internacional, tendo como destaque instrumentos civis com funções preventivas, a pena civil e a multa diária para punir e coibir abusos, tendo o disgorgement como uma terceira via do vértice da culpa. A questão da responsabilidade se encontra associada à ideia de reparação de danos, de restauração e de equilíbrio. Como as atividades humanas são múltiplas, as espécies de responsabilidade também o são e abrangem todos os ramos do direito e, para além da vida jurídica, com o objetivo de alcançar todos os domínios da vida social. Significa o pressuposto que o responsável na situação de lesante ao violar determinada norma, fica exposto às consequências provocadas por causa de sua conduta danosa.

Em síntese, responsabilidade é em si um conceito amplo, que deve estar presente em todos os segmentos da sociedade, para coibir condutas que possam prejudicar tanto a coletividade como os indivíduos que a compõem. O papel da responsabilidade civil é o de manter a harmonia, o equilíbrio das relações sociais de tal modo que aquele que prejudicar ou causar dano, ainda que imaterial a outro, deverá ser punido até mesmo exemplarmente, com o intuito de evitar a reincidência.

Na década de 1980, quando foi dado o início do chamado processo de abertura política, com a volta das eleições diretas, a constituinte que resultou na Constituição Cidadã de 1988, com a anistia “ampla, geral e irrestrita”, a responsabilidade civil, passou por um processo de

reformulação devido aos fatos novos e à transição de um regime de exceção para um regime democrático.

A partir desse momento ganharam novo impulso os direitos de personalidade e os direitos humanos fundamentais, o que modificaria o panorama do País, da luta pelos direitos civis e do apoio de organismos internacionais de direitos humanos. Nasceram, no bojo dessas transformações, os movimentos: Tortura Nunca Mais, Diretas Já; apoiados pelo organismo Anistia Internacional, levando às ruas multidões ávidas por exercer sua cidadania.

Neste cenário, é natural que o sistema jurídico também sofresse alterações profundas e o instituto de responsabilidade civil tivesse ampliado seu raio de ação. A partir daquele momento quaisquer atitudes que denotassem preconceito, discriminação, perseguição por orientação sexual ou de prática religiosa, passaram a ter uma resposta efetiva da Justiça que não só coíbia, mas, através de ações afirmativas protegia as chamadas “minorias”.

O dano moral passou então a ocupar um espaço no domínio público, inclusive, pois os cidadãos sentiam-se apoiados e com o reconhecimento de seus direitos. Juristas da envergadura do Dr. Sobral Pinto, políticos com a projeção internacional de Ulisses Guimarães, jornalistas entre eles o presidente nacional da Associação Brasileira de Imprensa - (ABI) - Barbosa Lima Sobrinho foram às ruas mobilizar a população, clamando por eleições diretas.

O clima de euforia tomou conta do País e as instituições ficaram fortalecidas, entre elas, o sistema jurídico como um todo e em particular os institutos do dano moral e da responsabilidade civil.

O espectro ampliou-se considerando a responsabilidade empresarial, os cuidados com o meio ambiente e o investimento no entorno de suas sedes. O que se chama de responsabilidade ambiental, levando-se em consideração, até então, o indiscriminado uso e desperdício de recursos comuns como a água, por exemplo.

Como resultado dessas novas atribuições, houve, por um lado, um desenvolvimento das atribuições sociais do Estado da classe empresarial, o que representou um desenvolvimento econômico do País com a saída da linha da extrema pobreza de muitos cidadãos brasileiros.

A contribuição do Direito foi fundamental para que os preceitos constitucionais fossem cumpridos. A chamada à responsabilidade social e ambiental foram decisivas para o crescimento econômico do País que, por certo tempo, ganhou o respeito e a visibilidade internacional.

Mas com o tempo e os reflexos das mudanças sociais e da crise do capitalismo, que afeta há alguns anos a Europa e os Estados Unidos, chegaram até o Brasil e atingiram com severidade os programas sociais do governo.

Porém, o instituto da responsabilidade civil e do consequente dano moral, têm sido fortalecidos no ordenamento jurídico e, infelizmente, a prática não condiz com tais assertivas e por isso a demanda por ações afirmativas ainda é uma necessidade. Consta-se que existe quase um consenso nas grandes corporações de que as mesmas podem burlar as leis, praticar danos aos direitos de personalidade, quase que sistematicamente.

Outra visão da responsabilidade civil face a sociedade pós-moderna e seus riscos é a função preventiva/prospectiva, alterando, dessa forma, a maneira de interpretar seus pressupostos:

Se o paradigma que dominou a dogmática da responsabilidade civil no século XX foi aquele de opor análise de mau uso da liberdade pelo agente (culpa) frente à atividade lucrativa geradora de dano (risco) portanto preso à conduta e à estrutura metodológica de então, em tempos presentes surge nova perspectiva: a fragmentação do instituto, que assume como escopo o cumprimento de múltiplas finalidades. O que agora se opõe é modelo reparatório frente a modelos polivalentes”. (FERREIRA, 2004 p. 5).

Assim, tem-se que o que é considerado pela doutrina atual é a classificação do instituto da responsabilidade civil, em razão da culpa, a partir da natureza jurídica da norma violada. Deste modo, ela é dividida em objetiva ou subjetiva. Entretanto, quando vista sob outro critério, a responsabilidade civil pode ser contratual ou extracontratual.

4 O DISGORGEMENT COMO A TERCEIRA VIA DO VÉRTICE DA CULPA

Todos os mecanismos até aqui estudados têm a função de observar o novo contorno da responsabilidade civil, na sociedade chamada de pós-moderna, e todas as transformações que ela trouxe e de que forma o ordenamento jurídico atende à demanda social, em especial, nos casos de lesão a direitos de personalidade e de direitos humanos por parte das grandes corporações. Serão frágeis os mecanismos legais de proteção à pessoa? De que modo as empresas continuam a burlar sistematicamente e permanecem impunes aos direitos de personalidade, que em última instância são também direitos humanos?

Na responsabilidade civil brasileira, tal como já exposto nesse trabalho, existem duas espécies de dano: uma de ordem extrapatrimonial (danos morais) e outra patrimonial. O dano material engloba os danos emergentes e lucros cessantes. Enquanto o primeiro consiste no efetivo prejuízo patrimonial suportado pela vítima, já este é um dano mediato/futuro, que corresponde aquilo que ela razoavelmente deixará de lucrar com a violação do seu direito. Já os danos extrapatrimoniais podem ser danos morais, estéticos, existenciais, que não possuem expressão econômica, mas abalam significativamente o foro íntimo da pessoa.

A priori, percebe-se uma barreira ao enquadramento dogmático do disgorgement em sede de responsabilidade civil, o que nos leva àquelas recorrentes situações em que os lucros com a violação do direito são superiores aos danos experimentados pela vítima, tendo em vista que, mesmo após quantificar a “devida” indenização, o ofensor encontrar-se-á em situação melhor do que estava antes de ter violado aquele direito. Nesse caso, a técnica do disgorgement oferece uma compensação a mais, pois a devolução deverá corresponder a todos os valores (lucros) obtidos pelo autor do delito com a violação do direito de outrem.

Desta forma, o mecanismo citado promove uma indenização com valor bem acima do estipulado pelo instituto da responsabilidade civil. Levando em consideração que a vítima precisa ser devidamente compensada com uma participação nesses lucros obtidos de forma ilícita. E como a compensação será uma via de reparação com a participação nos lucros, o mecanismo deverá funcionar como uma terceira via de culpa, protegendo o indivíduo sob variados aspectos já que a aplicação de uma não anula a outra.

Pode-se apreciar que fatores relevantes referentes à contextualização da sociedade atual e do ordenamento jurídico, levando-se em conta o desenvolvimento da sociedade de consumo, o exacerbado individualismo do qual falam os filósofos da contemporaneidade, o controle individual de grupos econômicos, têm reforçado a ideia discutida no início desse capítulo, de que a distância entre ricos e pobres é cada vez maior, com a ampliação do abismo que os separa, e que, os valores humanos, como exemplo as regras de justiça social, ao invés de serem introjetados com vigor, têm servido para acobertar a prática de ilícitos, de perdão de irregularidades, de abusos de direitos.

E é esse espectro que se deseja pôr à mostra ao longo do percurso dessa investigação. Algumas questões que foram ganhando dimensão e espaço cada vez mais consolidados especialmente quando pode se observar que a incidência das lesões aos direitos humanos, não

importando mais sua classificação, se de personalidade ou simplesmente fundamentais, persistem nos seios das empresas, em especial as transnacionais.

Como identificá-los, para além do que possa ser uma “denúncia ocasional”, e de que modo pode o direito intervir para coibi-los, em seu papel de defender, proteger e regular os comportamentos dos seres humanos na sociedade?

Há na jurisprudência brasileira diversos casos em que a violação aos direitos de personalidade é de certa forma lucrativa ao ofensor, pois os seus lucros são superiores aos valores pagos a título de indenização, a partir da ideia clássica da função meramente ressarcitória da responsabilidade civil e da divisão em danos patrimoniais e extrapatrimoniais.

5 CONCLUSÃO

Assim, têm-se por evidência que o contorno da responsabilidade civil está mudando de acordo com a passagem do tempo e a evolução do mercado globalizado, impossibilitando as corporações de continuarem com uma postura conservadoramente isolacionista no que diz respeito a seus deveres para com seus clientes, funcionários e a sociedade de forma geral. Dentro deste espectro, é válido salientar que as violações até então registradas e processadas majoritariamente resultam em situações que, de alguma forma, são lucrativas ao transgressor e, por isso, tendem a se repetir.

Desta forma, à medida que a responsabilidade civil assume novos contornos também o faz o Direito Penal que, partindo de precedentes já estabelecidos em legislações internacionais, se reelabora a fim de não apenas punir, mas também desestimular tal comportamento.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARENDT, Hannah. A Condição Humana. Ed. Forense Universitária - Rio de Janeiro. 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O problema da responsabilidade do estado por actos lícitos. Lisboa: Almedina, 1974.



CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO. 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: jul/ago. 2017.

FERREIRA, Keila Pacheco. Responsabilidade Civil Preventiva: Função, Pressupostos e Aplicabilidade. Faculdade de Direito de São Paulo- USP- 2014.

GIDDENS, Anthony. As Consequências da Modernidade. Editora UNESP – São Paulo, 1991.

GUIMARÃES, Luiz Ricardo. Responsabilidade Civil: Histórico e Evolução. Conceito e Pressupostos. Culpabilidade e Imputabilidade. Instituto Toledo de Ensino - ITE, Bauru - São Paulo, 1999.

HOMA – Centro de Direitos Humanos e Empresas Direitos Humanos e Empresas: o estado da arte do direito brasileiro. Faculdade de Direito de Juiz de Fora. 2017.

LATOUR, Bruno. Jamais Fomos Modernos: Ensaio de Antropologia Simétrica. Rio de Janeiro; Ed. 34, 1994 – 152p. (coleção Trans). Tradução de Carlos Irineu da Costa.

LIPOVETSKY, Gilles. A Era do vazio. Ensaio sobre o individualismo contemporâneo. Edições 70, São Paulo, SP, 2016.

REIS, Clayton. Os novos rumos da indenização por dano moral. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2003.

REIS, Clayton, SOUSA, Angela Alves de SETTE, Sandra Mara Franco. Bangladesh: A exploração do trabalho humano e a degradação do meio ambiente a partir do curtimento e tingimento do couro exportado para a Europa. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, SP, 2016.

RONDEAU, Sophie. Violation du Droit International Humanitaire et Réparation a place de la victim individuelle. Université Québec à Montréal, Quebec, Canadá, 2008.

SEN, Amartya. Desenvolvimento como liberdade. Companhia das Letras. Editora Schwarcz S.A., São Paulo, SP, 2012.

SILVA, Wilson Melo da. O Dano Moral e a sua Reparação. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

VENOSA, Silvio de Sávio. Direito Civil: responsabilidade civil. 3º ed. São Paulo: Atlas, 2003/2010.