

DIREITO CIVIL

ARTIGO

EMPRESA E DIREITOS FUNDAMENTAIS

VÂNIA MÁRCIA DAMASCENO NOGUEIRA

Defensora Pública da União, Pós-graduada em Direito Público pelo Centro Universitário de Goiás – UNI-ANHANGUERA, Mestre em Direito pela Universidade de Itaúna/MG – UIT.

RESUMO: Este trabalho visa a afirmar os direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito, a sua função irradiante para além do texto constitucional e a contaminação dessa irradiação em face do novo Código Civil brasileiro. Busca também verificar o papel da empresa, na nova ordem jurídica da pós-modernidade, como sujeito de direitos da personalidade e simultaneamente ofensora desses mesmos direitos dos indivíduos.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos fundamentais; pós-modernidade; novo Código Civil; empresa e direitos da personalidade.

ABSTRACT: The purpose of this paper is to enforce the fundamental rights in the Lawful Democratic State and discuss its role regarding the constitutional text and the new Brazilian Civil Code. One aims at checking the role of companies in the new post-modern legal system simultaneously as subjects of personal rights and offenders of these same individual rights.

KEY WORDS: Fundamental rights; post modernity; new Civil Code; business and personal rights.

SUMÁRIO: 1. Intróito. 2. Pós-modernidade. 2.1. Novo Código Civil. 2.2. Constitucionalização do Direito Civil. 3. Direitos fundamentais. 3.1. Efetividade dos direitos fundamentais. 4. Direitos da personalidade. 5. Direitos fundamentais no âmbito das relações en-

tre particulares. 6. Direitos fundamentais e empresa. 6.1. Direitos fundamentais da empresa. 6.1.1. Dano moral da pessoa jurídica. 7. Função social da empresa. 8. Considerações finais. 9. Referências bibliográficas.

1. Intróito

A sociedade contemporânea é pautada pelo consumismo, pela velocidade das informações, do transporte, dos conflitos globalizados, de agressões contínuas à vida humana, senão causados pelo homem contra outro homem, causados pelo homem contra si mesmo, retratado de forma ímpar pela destruição da natureza, pela desconstituição familiar, pela perda do direito de ser criança, pela perda do ócio prazeroso e da qualidade de vida em detrimento da total falta de tempo, da busca incansável do “ter”.

O homem sai do campo e vai para a cidade a fim de trabalhar e ganhar dinheiro para no final de sua vida, ao aposentar-se, ter condições financeiras de voltar ao campo.

Esse círculo redundante de objetivos é a expressão máxima da sociedade pós-moderna – complexa, multifacetada, pluralista, sempre contrariando o preestabelecido, o positivado.

O século XX, aliado a processos sociais e políticos marcantes, como o intervencionismo estatal na economia, os conflitos sociais massificados, o dirigismo contratual e relativização da autonomia privada e a publicização do direito, começa a transformar as regras que nasceram para ser eternas.

Na seara do Direito, o Código Civil perde a capacidade de gerenciar todas as relações sociais e há uma emergente necessidade de uma gama de leis esparsas que vem disciplinar os conflitos sociais, característica da pós-modernidade.

A descodificação do Direito, a inflação legislativa e o nascedouro de microssistemas são reflexos das velozes transformações sociais ocorridas nas últimas décadas em todas as áreas como uma conse-

quência do alto grau de incertezas políticas, econômicas, religiosas e até mesmo jurídicas.

O direito, aqui como sinônimo de pacificação social, busca instrumentalizar-se em normas abertas, principiológicas do texto constitucional, porém não menos sancionadoras ou auto-aplicáveis. Morre a era da declaração, para nascer a era da efetivação dos princípios. Os direitos fundamentais emergem como base de toda a ordem jurídica, irradiando-se para a legislação infraconstitucional e tendo como princípio máximo a dignidade humana.

Nesse contexto, a empresa apresenta-se como um dos principais agentes transformadores da sociedade. A cada dia, redescobre seus direitos e, em contrapartida, adquire novos deveres. Ainda que tenha sido introduzida no ordenamento jurídico uma feição social a institutos basilares do capitalismo, como a propriedade e o contrato, a empresa não é vista somente como um ente gerador de trabalho e circulação de riquezas e conforto humano; ainda é vista por uma parcela da sociedade como um ente provocador de miséria, desigualdade social e destruição ambiental.

No mundo globalizado, as empresas possuem enorme poder de atuação, podendo causar tanto impactos positivos quanto negativos nos direitos fundamentais do homem e no meio ambiente. Esses impactos ultrapassam fronteiras físicas, políticas e econômicas, atingindo todo o planeta. Em determinados locais, não raro as empresas fazem o papel do Estado. Ao assumirem essa postura, ganham notoriedade pela função social desenvolvida, mas, simultaneamente, adquirem poderes jamais imaginados, podendo abalar a estrutura política do que hoje entendemos por Estado.

O direito fundamental de personalidade, que antes era atributo exclusivo do homem, é oferecido pelo ordenamento jurídico à pessoa jurídica, para tutelar direitos outrora bastante questionáveis em razão da própria concepção ontológica desse ser. A empresa, então, passa a ser importante no Estado Democrático de Direito tanto como sujeito ativo quanto passivo da complexidade contemporânea.

2. Pós-modernidade

Para se chegar à pós-modernidade, é necessário traçar um rápido perfil da modernidade, a fim de se entender as modificações sociais que culminaram no atual Código Civil.

Esclarece Gregório Assagra de Almeida (2008, p. 321):

A modernidade se iniciou por volta de 1500, período dos novos descobrimentos, do Renascimento e da Reforma. A sua marca característica é a subjetividade que culmina no individualismo, com a autonomia e liberdade de ação. Com a Reforma proclama-se a liberdade e soberania do sujeito e do seu pensamento contra a fé. Com a Declaração dos Direitos do Homem e o Código Civil francês, consagra-se o princípio da autonomia da vontade. Já com o iluminismo defende-se o primado da razão, sendo que no campo do Direito, resulta na existência de normas absolutas e universalmente obrigatórias. Com a Revolução Francesa, marca-se o advento do Estado de Direito.

O Estado Liberal de Direito, baseado no individualismo, na igualdade formal, consagrava a separação dos poderes e a atuação mínima do Estado sobre o indivíduo. Os paradigmas que ergueram a modernidade precisaram se impor diante do absolutismo, que marcou a finalização do período medieval e diante dos horrores de uma primeira guerra mundial. A prioridade era a conquista da segurança jurídica, da preservação dos direitos, do estabelecimento das igualdades e da consideração máxima do indivíduo.

O indivíduo era considerado sujeito de direito por sua capacidade de aquisição patrimonial, com ampla liberdade para a apropriação. Assim o direito civil se estruturava a partir de dois grandes alicerces, o contrato e a propriedade, instrumentos de aquisição e manutenção do patrimônio. Nessa fase deu-se a codificação moderna, representando a sistematização do Direito e a segurança jurídica do sistema. O direito civil racional e sistematizado é o paradigma da sociedade moderna. A lei era abstrata e de caráter geral.

Veio a Revolução Industrial, iniciada no século XVIII, gerando enormes conflitos sociais, movimentos sindicais e fenômenos de massa. O capitalismo era questionado, seguindo-se uma nova guerra mundial. A total ineficácia de garantias para os direitos fundamentais e a postura neutra do Estado deram lugar a uma tendência intervencionista no domínio econômico, alargando-se também as garantias desses direitos e dos direitos econômicos, sociais e culturais.

Passou-se, assim, ao denominado Estado Social de Direito ou Estado do Bem-Estar. Nesse momento tenta-se corrigir as grandes injustiças advindas do liberalismo e a lei deixa de ter um comando abstrato e genérico para atuar de forma concreta. O Estado sai da neutralidade e assume uma posição positiva em face das questões sociais, principalmente dos trabalhadores e nas relações previdenciárias.

Inicia-se a necessidade de tutelar os direitos das massas, pois os conflitos passam a ser coletivos. Mas o paternalismo estatal não suporta a gama de complexidade de direitos e deveres que surgem dos novos conflitos e o Estado Social de Direito fica impotente diante da realidade. Passa-se a entender que o ideal não é o paternalismo assistencial do *Welfare State*; o ideal é o Estado servir de guia, preparando o cidadão para ele mesmo resolver democraticamente os problemas principais, deixando somente um plano de execução das decisões do povo para o Estado.

Surge o Estado Democrático de Direito, caracterizado pela junção da democracia e do socialismo, sem a intenção de extinguir os direitos individuais conquistados na Revolução Francesa, mas com determinação de cortar definitivamente os laços com a concepção liberal individualista-burguesa. O Estado Democrático de Direito não pode conviver passivamente com tantas desigualdades econômico-sociais. A democracia exige igualdade material; não basta o caráter geral da lei. O Estado se volta à proteção concreta do social, da coletividade e não somente do indivíduo. Implanta-se a solidariedade social.

Quanto a esse momento estatal, Francisco Amaral afirma:

[...] a sociedade contemporânea apresenta um elevado grau de complexidade, em razão da revolução tecnológica, globalização da economia e massificação dos meios de comunicação. É necessário superar o paradigma da modernidade. O Direito não se apresenta mais como um sistema completo capaz de dar respostas a todas as questões jurídicas; é crescente a importância da aplicação dos princípios jurídicos; surge a constitucionalização dos princípios fundamentais do direito privado e a decodificação do Direito Civil, representado pelo advento de corpos jurídicos autônomos, dotados de princípios próprios constituindo novos ramos do Direito; surge o terceiro setor, onde interesses públicos estão a cargo de entidades ou associações não-governamentais; é crescente a importância da vida e dignidade humana surgindo daí o ramo jurídico dos direitos da personalidade, reconhece-se o fato de que aplicar o direito é também criá-lo. (AMARAL, 2003b).

A pós-modernidade nasce propondo contestação das certezas metafísicas, do socialismo salvador e do capitalismo selvagem. Tudo é relativizado, fragmentário, desconstruído, múltiplo, “policultural” de forma a não excluir da cultura globalizada nenhum potencial mercado consumista. Aceita-se o diferente, pois neste, pode-se vislumbrar um sistema de riquezas econômicas e culturais. Não há verdade absoluta. A sociedade pós-moderna é reconhecidamente a sociedade do conhecimento e da informação e se constrói em uma antítese à sociedade moderna.

Nesse contexto houve o reconhecimento, ainda que tardio, de “[...] que o direito não mais satisfaz às necessidades de uma sociedade que evolui mais depressa do que ele”, o que é evidenciado pela “fragmentação dos sistemas e o pluralismo das fontes” (BARROSO, Lucas, 2005b).

Vislumbra-se, pois, o surgimento de novos ramos jurídicos, especiais e autônomos, verdadeiros microsistemas jurídicos, concretizados em disciplinas ou estruturas do Direito implicadas na ordenação e disciplinamento dos problemas e das relações resultantes do cotidiano social na pós-modernidade.

2.1. Novo Código Civil

A necessidade de codificação remonta a debates jurídicos ocorridos entre Savigny e Thibau, tendo este saído vencedor pela codificação que originou o famoso código alemão BGB. Já nessa época se apontavam as vantagens da codificação, dentre as quais a facilidade na visualização dos institutos jurídicos e segurança jurídica; no entanto, é inegável que a codificação proporciona uma estaticidade do direito, que não acompanha as modificações que ocorrem com a sociedade, fato visível durante o período de elaboração e publicação do novo Código Civil, que, em muitos aspectos, já nasceu desatualizado, dada a velocidade de transformações sociais e ideológicas ocorridas durante os anos de sua elaboração.

No século XVIII, o racionalismo iniciante favoreceu o processo de codificação do direito civil, atendendo aos anseios dogmáticos da burguesia. Marca essa etapa o código de Napoleão de 1804. O código foi justificado como um eficaz instrumento de segurança às relações privadas. Na verdade, a ideologia da classe dominante se estratificou no código.

O primeiro Código Civil brasileiro, de 1916, tendo entrado em vigor em 1917, da autoria de Clóvis Beviláqua, levou noventa e dois anos para ser elaborado e foi, para sua época, um modelo de inovação, dentro da concepção individualista do liberalismo. Foi ovacionado pela clareza de sua redação e pela boa técnica empregada. Vigorou por quase cem anos, mas a complexa vida social da pós-modernidade impediu sua continuidade, seja em ideologia, seja em técnica.

O código, poucos anos após seu nascedouro, começou a ruir e tornar-se obsoleto. Foi elaborado apresentando idéias individualistas numa visão de sociedade colonial e agrária, que tutelava a propriedade acima de tudo, com forte autonomia da vontade. Era marcado pela dicotomia entre o direito público e o direito privado, onde o código civil constituía o centro do ordenamento jurídico. O código civil era a constituição das relações privadas. A idéia de justiça nele contida resumia-se à aplicação da lei.

Veio a Constituição Federal de 1988 trazendo institutos afeitos ao direito civil e contradizendo-os ao próprio código civil, que já demandava profundas modificações, iniciadas antes da Constituição através de leis esparsas, visto que não objetivava acompanhar as modificações da complexa sociedade pós-moderna. A Carta Magna, de uma forma implícita, consagra que o código civil deixa de ser o centro do ordenamento jurídico e, conseqüentemente, a base de tudo passa a ser o homem e sua dignidade humana.

No entanto, muito antes da promulgação da Constituição de 1988, já vinha sendo elaborado o novo Código Civil brasileiro. Como relata José Jairo Gomes (2006, p. 117-118):

Durante o governo militar de 1969, foi constituída uma comissão de juristas, dentre os quais José Carlos Moreira Alves e Agostinho de Arruda Alvim, presididos por Miguel Reale, para elaborar o Novo Código Civil, cujas pretensões iniciais eram apenas atualizar o antigo código, aproveitando-o ao máximo. No entanto, devido às modificações da sociedade brasileira, uma nova principiologia e diretrizes eram necessárias para nortear a nova codificação, que por ser um trabalho sistemático, a alteração de um artigo, repercutia profundamente em outro, de modo que era mister toda uma reformulação. Em 1972 teve término o Anteprojeto enviado à Câmara dos Deputados. Em 1984 foi aprovada a redação final do Projeto de Lei aprovado no Senado. Mas com a Promulgação da Constituição de 1988, houve uma profunda revisão para adequamento ao texto constitucional, até que foi sancionado e promulgado pelo Presidente da República, convertendo-se na Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

O novo código passa a ter como princípios norteadores a eticidade (redução do rigor positivista, dando passagem às cláusulas gerais, ao caso em concreto, como estatuído no art. 927 da responsabilidade civil, sem um excessivo rigor conceitual, possibilitando a criação de novos modelos jurídicos a partir da interpretação da norma diante de fatos e valores, compatibilizando valores técnicos e éticos, como o previsto nos artigos 113, 422 e 187 – princípio da boa-fé); a sociabilidade (cuja preocupação se baseia na superação do caráter individualista do código anterior, primando por um sentido de cole-

tividade, a exemplo do art. 421, função social do contrato e dos arts. 1.228 e 1.239, natureza social da posse) e a operabilidade (tornar o código mais simples, operacional, aplicando a norma através de um entendimento fácil da própria lei, identificando com clareza os institutos, como a prescrição e a decadência).

Também é visível a personalização do novo código em contraposição a uma despatrimonialização do direito civil. Tendo no texto constitucional forte aliado nos princípios da dignidade da pessoa humana e na solidariedade passa-se a valoração da pessoa e da personalidade. O ser humano passa a ser o eixo do direito e não mais o patrimônio.

Paulo Luiz Netto Lobo fala em: “repersonalização” das relações civis, “movimento que objetiva recolocar o ser humano no centro do direito civil, lugar que sempre deveria ter ocupado, ao invés da patrimonialização, que norteou o ordenamento juscivilístico até então”. Esse fenômeno de “repersonalização” não pode ser confundido com um retorno ao individualismo jurídico, que tinha, como valor necessário da realização da pessoa, a propriedade, em torno da qual gravitavam os demais interesses privados, juridicamente tuteláveis. “A pessoa deve ser encarada em toda sua dimensão ontológica e não como simples e abstrato pólo de relação jurídica, ou de apenas sujeito de direito” (LÔBO, 2008).

O novo Código Civil deve ser estudado paralelamente à Teoria Tridimensional de Miguel Reale, um de seus idealizadores, e de seu culturalismo jurídico. O culturalismo, enfocando o aspecto subjetivo do aplicador do direito, utiliza a hermenêutica baseada em: cultura, experiência e história do julgador e da sociedade para a qual ele trabalha. A Teoria Tridimensional, ao focar o aspecto objetivo, considera que direito é fato, valor e norma.

“O aplicador do direito deve fazer um estudo dos fatos do caso em concreto, para, de acordo com seus valores – impregnados de experiência e história, aplicar a norma que melhor atenda a solução pacífica social” (REALE, 2003, p. 151).

Mário Lúcio Quintão Soares e Lucas de Abreu Barroso esclarecem que:

Miguel Reale buscou impregnar a nova legislação civil de valores coletivos em detrimento dos individuais, o que se reflete, por exemplo, ao se abandonar o conceito restritivo de propriedade e ao dar ao contrato uma função social. Todavia, tais conceitos, amoldam-se mais ao Estado Social de Direito, deixando ao largo o ideal democrático e abstraindo que o regime capitalista encontra-se consagrado na Constituição Federal, porém, atenuado em razão de estarmos em um Estado Democrático de Direito. (SOARES; BARROSO, 2006).

Apesar de tantos anos de elaboração, o primor do código foi criticado pela ideologia e pela metodologia. O novo código já nasceu defasado, desatualizado com os anseios da sociedade. Tendo por nascedouro um período ditatorial e inspirado em um Estado Social já superado, o novo código não atendeu as expectativas de quem o esperava.

Não obstante o novo código já tenha nascido velho, não se pode esquecer que os princípios que o norteiam são flexíveis o suficiente para adaptá-lo à realidade atual e à inflação legislativa esparsa que surge com a pós-modernidade.

2.2. Constitucionalização do Direito Civil

O apogeu da Revolução Industrial e os conseqüentes conflitos sociais, desigualdades socioeconômicas, movimentos sindicais, novos paradigmas ético-religiosos em função das descobertas da medicina, da biologia, somados à velocidade de transportes, comunicações e informações geridas pela tecnologia, passam a exigir do Direito soluções não disponíveis somente no âmbito do Direito Civil. Chega com a pós-modernidade um fenômeno de decodificação jamais visto – inflação legislativa, criação de microssistemas e a Constituição como centro da ordem jurídica, irradiando seus efeitos para todo o Direito.

Os textos constitucionais passam, cada dia mais, a conter princípios relacionados a temas de direito privado, antes reservados somente ao código civil (publicização do Direito Civil). A Carta Magna exhibe

uma coletânea de importantes institutos outrora típicos do direito privado e se perde e se confunde a clássica divisão entre direito público e direito privado.

Os princípios constitucionais deixaram de ser meros princípios políticos e ganham efetividade. Nesse contexto, a dignidade da pessoa humana é considerada como fundamento da República Federativa do Brasil. A hermenêutica volta a ser uma importante ferramenta jurídica e o Judiciário passa a ser um importante aplicador da lei. Há uma nova reinterpretação do código civil à luz da Constituição e não apenas inclusão de normas civis no texto constitucional (constitucionalização do Direito Civil).

A dignidade da pessoa humana e a valoração do trabalho, a exemplo de outros, são princípios constitucionais que auxiliam na compreensão do novo entendimento de institutos outrora unicamente privados, como o contrato e a propriedade. Para análise desses institutos, exige-se agora uma leitura deles no texto constitucional e em sistematização dos princípios existentes, também na própria Constituição, para todos os demais institutos jurídicos do Estado Democrático de Direito.

O código civil não mais ocupa o centro das relações privadas, como se fosse uma verdadeira Constituição para estas relações. A Constituição assume o centro do sistema jurídico, não mais somente nas relações que envolvam o Estado. A Constituição passa a infiltrar-se em todo o ordenamento de forma irradiante, de forma axiológica; cujos princípios, norteadores do Estado Democrático de Direito, fundamentam a ordem social e jurídica. A Constituição dita os princípios e preceitos e toda a legislação se molda à interpretação dos operadores do direito.

A Constituição passa a ser reconhecida por muitos juristas como uma Constituição aberta, dirigente ou programática, não obstante já tenha críticos doutrinários sobre o termo dirigente, visto que a Carta Magna deve ser considerada como um sistema efetivo e auto-aplicável, principalmente alguns direitos fundamentais, cuja aplicação é imediata. A Constituição brasileira deixa de ser um mero

documento principiológico dirigente de condutas. Os princípios caminham para uma eficácia e efetividade jamais vista. É preciso dar aos princípios a carga sancionadora do Direito.

A promulgação de uma Constituição representa sempre uma ocasião alvissareira no contexto econômico, social, político e legislativo de uma nação, não apenas por inaugurar uma nova era em seu ordenamento jurídico, mas, sobretudo, por convalidar paradigmas que refletem os reclamos latentes na sociedade a que visa disciplinar. E diferentemente não sucedeu com a Carta Magna de 1988, na medida em que assimilou valores da mais alta relevância a legitimar o Estado brasileiro e a orientar toda a sua atuação e seu ordenamento jurídico. (BARROSO, Lucas, 2007).

É mister o máximo cuidado ao se fazer a melhor hermenêutica para o caso concreto. É notório que a complexidade social de inúmeros campos alheios ao Direito, como biotecnologia, *Internet*, globalização, etc. que devem ser por ele tutelados, contribuiu para uma inflação legislativa sem precedentes num mundo codificado. Para especificar a norma ao caso concreto sem ofender o todo normativo, é necessário estabelecer um “diálogo entre as fontes”.

A tese do diálogo das fontes, trazida ao Brasil pela professora gaúcha Cláudia Lima Marques, esclarece que:

Há uma enorme gama de leis que se aplicam ao mesmo fato, ora codificado, ora descodificado. Mesmo os sujeitos tornaram-se plurais, por vezes difusos, fato que não raro ocorre com a defesa do direito do Consumidor. Desta forma, é mister travar um diálogo entre as fontes do direito privado – Código Civil e o a Lei do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90), para que não ocorra situação prejudicial ao direito específico. Lembrando sempre que os princípios específicos dos microssistemas, tais como o CDC não pode ser rechaçado pelas normas do Código Civil ou do Código de Processo Civil, visto tratar de direito específico, a quem o direito norteou com princípios próprios, como o caso das tutelas coletivas. (MARQUES; BENJAMIM; MIRAGEM, 2004).

Não obstante, não pode ser esquecido que esse diálogo deve ser travado, notoriamente com o texto constitucional – nele estão esculpidos os direitos fundamentais a serem observados em qualquer relação, seja pública ou privada.

Apesar de todas essas modificações em busca de um ideal de justiça que atenda a contento os anseios e resolva os conflitos da vida em sociedade, é necessária uma atenção especial para evitar que o uso intensificado da hermenêutica pelos tribunais crie um grupo de juízes ditadores de ideologias e rigores contrários a todo objetivo e avanço até agora buscados. Tendo todos os órgãos do Estado a responsabilidade em também fazer essa interpretação, Peter Harbele (1997, p. 13) denominou-a de “Sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”.

3. Direitos fundamentais

A conceituação de direitos fundamentais é matéria controversa na doutrina, visto que parte da celeuma surge em relação à própria utilização do termo “direitos fundamentais”. Existem inúmeras expressões sinônimas de direitos fundamentais, entre as quais: direitos humanos, direitos da personalidade, direitos naturais, direitos do homem, liberdades públicas, etc.

Segundo Gregório Assagra de Almeida,

A expressão direitos fundamentais surgiu na França no ano de 1770, como marco do movimento político-cultural que conduziu à declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. Alcançou relevância na Alemanha e foi incluída na Constituição de Weimar, de 1919 (ALMEIDA, 2008, p. 321).

A partir daí difundindo-se por inúmeras outras constituições de todo o mundo.

São características dos direitos fundamentais a historicidade, a inalienabilidade, a imprescritibilidade, a irrenunciabilidade, a interdependência, a universalidade, a complementariedade e a efetividade. E dentre os princípios destaca-se: a máxima força concretizadora, a interpretação aberta e ampliativa, a máxima força irradiadora e condutora do sistema jurídico e do comportamento dos operadores jurídicos em geral e dos particulares, a

dinamicidade incorporativa e valorativa, a proibição de retrocesso e a relativização. (ALMEIDA, 2008, p. 321).

Nos documentos internacionais, é comum a expressão “direitos do homem”, criticada por alguns doutrinadores por ser termo vago e demasiadamente aberto. José Afonso da Silva esclarece que *direitos fundamentais do homem*

[...] constitui o termo mais apropriado, porque, a par de dizer respeito a princípios que indicam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, as prerrogativas e instituições concretizadas em garantias de convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. (SILVA, 2008).

Ele afirma ainda que

o termo fundamental indica que se trata de situações jurídicas imprescindíveis à realização e à sobrevivência da pessoa humana. São, também, fundamentais do homem (pessoa humana), a todos, sem distinção, devendo ser reconhecidos e concreta e materialmente efetivados. (SILVA, 2008)

No entanto, os direitos fundamentais não são exclusivos do homem; numa visão biocentrista, pertencem ainda aos animais e às pessoas jurídicas. Assim, seria melhor utilizar o termo *direitos fundamentais* do que *direitos humanos*, por não excluir outros sujeitos que não sejam o homem e por dizer respeito aos direitos fundadores do ordenamento jurídico.

Durante muito tempo se questionou se as pessoas jurídicas, entes criados pelo Direito, seriam sujeitos de direitos, até o atual Código Civil outorgar-lhes a tutela do direito de personalidade. No mesmo sentido, deve caminhar o Direito, mutável como é, para reconhecer o direito fundamental dos seres não humanos, como os animais e o meio ambiente.

É preciso ousar, inovar, ou simplesmente interpretar o que já existe com um novo olhar, mais justo, desapegado do positivismo exagerado de outrora, em detrimento dos princípios e ditames constitucionais.

A Constituição Federal assegura:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e a coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Não restam dúvidas que o direito esculpido no artigo 225 da Carta Magna é um direito fundamental, se não em si mesmo, o será em face do próprio ser humano, uma vez que é garantia da existência deste. O direito ao meio ambiente equilibrado, é um direito de *todos*, incluindo os seres vivos não humanos. Outros seres podem possuir personalidade *sui generis*.

O Direito é uma invenção humana, um fenômeno histórico e cultural, concebido como técnica de solução de conflitos e instrumento de pacificação social. Quando a Constituição Federal disse *todos*, ela não se restringiu ao ser humano. Essa visão biocentrista é necessária, reconhecendo a existência de direitos a outras espécies de seres vivos. A expressão direitos humanos foi cunhada numa visão totalmente antropocentrista, enraizada numa ideologia individualista liberal. Portanto, vários doutrinadores optam por utilizar a expressão *direitos fundamentais* “[...] para exprimir a idéia de direitos que tutelam [...] a vida e sua existência com dignidade, abrangendo até mesmo direitos de outras espécies de seres vivos, além da espécie humana” (ALMEIDA, 2008, p. 326).

A interpretação da Constituição não pode ater-se a dogmas arcaicos de sujeito de direito. A sociedade pluralista acaba de reconhecer a necessidade veemente de proteger o meio ambiente como consequência lógica de proteger a própria vida humana e assim fazer uma interpretação aberta da Constituição, pois se sabe que o constituinte é, como regra geral, mais progressista que o legislador ordinário.¹

Em que pese ao reconhecimento legal da personalidade de outros entes que não a pessoa física, a tutela dos direitos fundamentais atualmente é construída com base em três preceitos fundamentais cons-

¹ Ver Barroso (2006).

tantes no Texto Maior: a proteção da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III); a solidariedade social, inclusive visando à erradicação da pobreza (art. 3º, I e II); a igualdade em sentido amplo ou isonomia.

Luis Roberto Barroso (2008) explica que

O princípio da dignidade da pessoa humana identifica um espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo. É um respeito à criação, independente da crença que se professe quanto à sua origem. A dignidade relaciona-se tanto com a liberdade e valores do espírito como com as condições materiais de subsistência.

Francisco Amaral disserta sobre o princípio da dignidade humana:

O princípio da dignidade da pessoa humana é um valor jurídico constitucionalmente positivado que se constitui no marco jurídico, no núcleo fundamental do sistema brasileiro dos direitos da personalidade como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais. (AMARAL, 2003a).

Até mesmo na classificação dos direitos fundamentais, diverge a doutrina. A classificação mais conhecida e difundida é a que divide os direitos fundamentais em quatro gerações de direitos.

A primeira geração estabelece limites à atividade do Estado quanto à perturbação dos direitos dos indivíduos; seria a liberdade negativa em que se — impõe obrigação de não fazer ao Estado.

A segunda geração é conhecida como direitos sociais. Eles traduzem obrigações de fazer ou de dar por parte do Estado. Esses direitos estão relacionados com os anteriores por serem a base de sua efetivação, visto que não basta falar em liberdade se não houver trabalho, habitação, educação, saúde, etc.

Os direitos de terceira geração tutelam os direitos difusos, ou seja, direitos que interessam à comunidade como um todo, sem especificação de certa pessoa. Decorre dos anseios de melhoria de vida, conforto, segurança e qualidade em razão das ameaças por avanços tecnológicos, consumismo exacerbado, modificações bioambientais, etc.

E, por último, o direito da quarta geração, não incluído por alguns autores, visualizado como um direito que pretende manter sempre em equilíbrio a igualdade material, na medida em que trata desigualmente os desiguais, mas com objetivo de igualar o acesso de todos, de buscar o equilíbrio. É o direito que certos grupos possuem de serem diferentes, de possuírem especificidades a serem respeitadas e tuteladas pelo ordenamento jurídico: idosos, trabalhadores, jovens, crianças, homossexuais, portadores de deficiências, mulheres.

A Constituição passa a ser encarada como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as idéias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central. A mudança de paradigma nessa matéria deve especial tributo à sistematização de Ronald Dworkin. Sua elaboração acerca dos diferentes papéis desempenhados por regras e princípios ganhou curso universal e passou a constituir o conhecimento convencional na matéria. (BARROSO, Luís, 2008)

O art. 5º, XXXV, da Constituição Federal confere ao Judiciário a tarefa relevante na defesa dos direitos fundamentais, que consagra a inafastabilidade da jurisdição, incumbindo-lhe, no exercício de suas atribuições, conferir a esses direitos a máxima eficácia possível, afastando qualquer ameaça ou ofensa aos direitos fundamentais, entendendo-os, em sua maioria, como princípios normas de aplicação imediata (art. 5º, § 1º, CF) e dotados da proteção de imutabilidade reformadora das “cláusulas pétreas” (art. 60, § 4º, IV, CF).

Inserem-se os direitos da personalidade no rol dos direitos fundamentais, que, por sua vez, estão esculpidos no Texto Constitucional.

3.1. Efetividade dos direitos fundamentais

A imutabilidade de regras eternas não se aliava às modificações sociais intensas provocadas pela imensidão de novas informações e tecnologia avançada, daí a importância em se aliar a lei positivada ao sistema aberto de princípios, cuja interpretação sistêmica e axiológica com o texto constitucional, ainda permite aplicar o Direito codificado

de forma lógica e justa com a ideologia da modernidade. Mesmo os microssistemas e legislações esparsas possuem essa necessidade hermenêutica, sob pena de contradizer seus objetivos sociais.

Flávia D'Urso explica:

Kant inspirou Ronald Dworkin e Robert Alexy no desenvolvimento da principiologia e seus desdobramentos para o reconhecimento da normatividade de princípios e valores previstos no Texto Maior. A questão para concretizá-los era perquirida na distinção em princípios e normas. 'Dworkin utilizou a dimensão do peso dos princípios e a aplicação disjuntiva das regras para esclarecer que os princípios têm uma dimensão de peso e importância que não se vê nas normas'. Quando existem aparentes conflitos entre dois princípios, se considera o que possui maior peso, baseado na racionalidade e ponderação (proporcionalidade). Enquanto que nas normas, a validade de uma pressupõe a invalidade da outra. Segundo Alexy, isso não significa que 'o princípio do qual se abdica seja declarado nulo, tampouco que a cláusula de exceção nele se introduza'. (D'URSO, 2007, p. 26)

A Constituição Federal de 1988 conferiu tratamento especial aos direitos fundamentais e a uma gama principiológica sem precedentes no Brasil. O Texto Constitucional os colocou topográfica e formalmente ditando a sua aplicação primeira e imediata, conferindo-lhes a segurança imutável de constar no rol das cláusulas pétreas.

Não obstante Heleno Fragoso (1977, p. 132) afirmar que "[...] acha-se definitivamente ultrapassada a fase das declarações de direitos fundamentais, resta a sua efetivação", sabe-se que falta muito para se transporem os limites de declaração e efetivação dos direitos fundamentais.

É certo que outrora as constituições tinham um caráter meramente político e norteador, não possuindo efetividade e concretude no mundo dos fatos, na resolução do Direito do dia-a-dia. Ensina Paulo Bonavides (2007) que o drama jurídico das constituições contemporâneas se assenta, justamente, na dificuldade de passar da enunciação de princípios à disciplina, tanto quanto possível rigorosa ou rígida, de direitos acionáveis.

A efetividade dos princípios e dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito faz parte do modelo de democracia participativa implantado.

Nos Estados desenvolvidos, os direitos fundamentais, dentre eles a cidadania, são reconhecidos e a eles vinculados pela Constituição e em razão de tal fato, as leis elaboradas, a serem cumpridas pelo Executivo e Judiciário, exigem a realização concreta dos direitos fundamentais. (SOARES; BARROSO, 2006).

A legislação infraconstitucional, a exemplo do Código Civil, não é mais suficiente para respaldar a hermenêutica na aplicação da lei ao caso concreto. Os princípios do texto constitucional norteiam esta concretude, passam a ser uma nova visão, um novo modo de olhar a legislação infraconstitucional de todos os ramos do direito.

É urgente este novo olhar tido através do reconhecimento normativo dos princípios constitucionais

[...] não é mais dado encarar a construção do direito apenas a partir de seu enfoque científico, voltado exclusivamente para uma estruturação sistêmica de seus elementos constitutivos, sem se ocupar em perquirir os resultados econômicos e sociais das elaborações dogmáticas formuladas. (BARROSO, Lucas, 2005a).

A Constituição jurídica de um Estado é condicionada historicamente pela realidade de seu tempo, mas possui ainda uma existência própria, autônoma, que advém de sua força normativa, pela qual ordena e conforma o contexto social e político. A Constituição destituída de seus preceitos, de efetivo teor normativo, é antes de tudo tributária de imprecisão técnica e de conveniências dissimuladas, do que de uma construção científica apta a justificá-la (BARROSO, Luís, 2006, p. 77).

A efetividade dos direitos fundamentais deve ser vista como um resultado lógico e normal das modificações introduzidas na seara jurídica em face da complexa sociedade pós-moderna.

4. Direitos da personalidade

Dentre os direitos fundamentais, apontam-se os direitos da personalidade, inerentes à pessoa como forma de defender o que lhe é

próprio e, portanto, apresentam-se com as seguintes características: absolutos, intransmissíveis, relativamente indisponíveis, irrenunciáveis, ilimitados, imprescritíveis, impenhoráveis, vitalícios, inexpressíveis e extrapatrimoniais.

Embora já inseridos no Texto Constitucional de 1988,² ganharam notoriedade na doutrina e jurisprudência após o novo Código Civil, que dispensou um capítulo próprio para tratar dos direitos da personalidade (artigos 11 a 21). O capítulo do Código Civil de 2002 que trata dos direitos da personalidade não tem nenhuma correspondência no Código Civil de 1916. É todo ele novo e perfeitamente aliado aos princípios fundamentais do Texto Constitucional.

No entanto, o legislador os trouxe de forma tímida, não tutelou toda a matéria, deixando inúmeras lacunas a serem preenchidas pela doutrina e jurisprudência, até porque, sendo o direito da personalidade um direito fundamental do ser, dificilmente o ordenamento jurídico poderia esgotar as possibilidades inerentes a esse instituto, daí a importância do tratamento aberto principiológico da Constituição.

Os direitos da personalidade podem ser conceituados como aqueles direitos inerentes à pessoa e à sua dignidade. Surgem em cinco ícones principais: vida, integridade física, honra, imagem, nome e

² São direitos da personalidade expressos na Constituição Federal: art. 5º, *caput* (direito à vida; direito à liberdade); art. 5º, V (direito à honra e direito à imagem, lesados por informação, que possibilita o direito à resposta ou direito de retificação, como diz a doutrina italiana, acumulável à indenização pecuniária por dano moral); art. 5º, IX (direito moral de autor, decorrente da liberdade de expressão da atividade intelectual, artística e científica (17)); art. 5º, X (direitos à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem); art. 5º, XII (direito ao sigilo de correspondências e comunicações); art. 5º, IXVI (impedimento da pena de morte e da prisão perpétua); art. 5º, LIV (a privação da liberdade depende do devido processo legal); art. 5º, LX (restrição da publicidade processual, em razão da defesa da intimidade); art. 5º, LXXV (direito à honra, em decorrência de erro judiciário ou de excesso de prisão (18)); art. 199, § 4º (direito à integridade física, em virtude da proibição de transplante ilegal de órgãos, tecidos e substâncias humanas ou de sua comercialização); art. 225, § 1º, V (direito à vida, em virtude de produção, comercialização e emprego de técnicas, métodos e substâncias); art. 227, *caput* (direito à vida, direito à integridade física e direito à liberdade das crianças e dos adolescentes); art. 227, § 6º (direito à identidade pessoal dos filhos, sem discriminação, havidos ou não da relação de casamento ou por adoção); art. 230 (direito à vida e à honra dos idosos). (LÔBO, 2008).

intimidade. Essas cinco expressões-chave demonstram muito bem a concepção desses direitos.³

De uma forma geral, temos como direitos da personalidade os inerentes à moral (moralidade, imagem, honra, segredo pessoal, profissional, doméstico, recato, identidade), à integridade física (vida, corpo, alimentos, órgãos do próprio corpo) e, por último, à intelectualidade (liberdade de pensamento, autoria científica, artística, literária).

O novo Código trata dos seguintes direitos da personalidade: direito dos parentes do falecido, após sua morte (art. 12); direito ao corpo, sua disposição, transplante, tratamento médico e cirúrgico (arts. 13, 14, 15); direito ao nome-prenome e sobrenome (arts. 16 e 17); direito ao pseudônimo (art. 19); direito à honra, imagem, voz, boa fama, respeitabilidade (art. 20); direito à vida privada e intimidade (art. 21).

Verifica-se que, numa concepção biocentrista, os direitos da personalidade não são prerrogativas apenas do ser humano. Também os possuem, conforme verbalizado pelo novo Código Civil, as pessoas jurídicas. A essas, atribui-se uma personalidade *sui generis*. Em virtude disso, produz-se um processo de horizontalização dos direitos fundamentais, que giram não só ao redor da pessoa tida individualmente mas também em torno de outros sujeitos de direitos.

Por muito tempo, discutiu-se se a pessoa jurídica poderia ser sujeito do direito de personalidade e do dano moral, estes como direitos extrapatrimoniais, ligados a sentimentos humanos ou situações que geram esses sentimentos, tais como dor, tristeza, humilhação, honra, liberdade, etc. Da mesma forma, questionava-se se caberia reparação por danos sofridos a esses direitos.

A Constituição Federal de 1988 assegurou, em seu artigo 5º, V, o direito a indenização por dano moral e material, sem distinção de ser o beneficiário pessoa natural ou não. Em 2005, o Superior Tri-

³ Ver Tartuce (2008).

bunal de Justiça editou a Súmula 37, confirmando a possibilidade de cumulação entre as indenizações por dano moral e material.⁴ No sentido de pacificar a celeuma, o novo Código Civil estabelece que: “Art. 52 – Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade”.

Em que pese parte da doutrina discordar, é certo que a pessoa jurídica foi reconhecida como sujeito do direito à personalidade. Vários direitos da pessoa jurídica são imanescentes à sua ontologia, ou seja, se atrelam à personalidade do ente jurídico e o individualiza ou lhe confere autenticidade existencial e, portanto, podem ser tutelados como direito de personalidade: o nome, a identidade, a imagem, a liberdade, a intimidade e a honra, etc.

Quanto ao dano moral, a questão ainda é controversa entre os doutrinadores, pois parte da doutrina entende que a pessoa jurídica não possui dano moral – moral esta intrínseca ao ser humano –, mas pode ter sua imagem lesionada, acarretando-lhe grandes prejuízos; portanto, teria direito ao dano de imagem.

5. Direitos fundamentais no âmbito das relações entre particulares

No Estado Liberal, era necessária a separação entre Estado e particular, constituindo uma garantia de liberdade do indivíduo; daí a clássica dicotomia entre direito público e privado. Os direitos fundamentais funcionavam como um limite à atuação dos governantes em face dos governados.

No Estado Social, novos direitos assistenciais e sociais (saúde, educação, previdência, etc.) foram introduzidos nos textos constitucionais, principalmente na Constituição mexicana de 1917 e na alemã (Weimar) de 1919. Os direitos fundamentais passam de simples limitações aos poderes estatais, para configurar-se, ainda em prestações positivas, obrigações do Estado.

⁴ Súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça - “São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato”.

Apesar dessa nova configuração desses direitos, de prestações positivas do Estado, quando se fala em direito fundamental, é normal pensar-se inicialmente que este constitui um direito de defesa do particular diante do Estado, ou seja, constitui uma relação vertical Estado-particular. Não é comum voltar o pensamento para uma relação de defesa entre particulares, de forma horizontal.

A eficácia horizontal dos direitos fundamentais é utilizada, por, entre outros, Robert Alexy para indicar essa relação entre os particulares, na qual teoricamente estão em uma situação de igualdade jurídica. Não obstante, particulares que antes estavam no pólo passivo dos direitos fundamentais em face do Estado, agora, não raro, podem ser sujeitos ativo diante de outros particulares, numa clássica violação de direitos humanos.

A eficácia horizontal dos direitos fundamentais foi amplamente discutida no direito alemão e norte-americano, neste, através da *state action doctrine*,⁵ segundo a qual os direitos fundamentais são originariamente direitos de defesa do particular diante do Estado, não vinculando entidades privadas. A economia individual-liberalista que reina até a pós-modernidade impede a aplicação da horizontalização dos direitos fundamentais nesse país. Na Alemanha, ainda há amplo debate sobre qual deva ser a proteção constitucional dos direitos fundamentais na esfera da autonomia privada.

Para entender a horizontalização, citam-se alguns exemplos. Seria aceitável uma empresa permitir que um funcionário seu faça manifestação pública contrária a um produto que ela comercializa? Poderia essa empresa demitir o funcionário por essa razão? Estaria ela ferindo o direito de expressão daquele? É possível permitir que um partido político exclua pretensos candidatos de raça negra de sua convenção pré-candidatura?

O debate já surgiu no Direito brasileiro há tempos, embora não raro seja economizada a terminologia “horizontalização dos direitos privados”. Os tribunais decidem casos concretos que em verdade são

⁵ Ver Sarmento (2006, p.163).

espectros dessa horizontalização, ainda que não seja utilizada essa nomenclatura; é o caso da discussão tributária de constitucionalidade sobre a possibilidade do fornecedor de energia elétrica cortar o fornecimento diante de inadimplência do usuário.

Ainda há muitas questões a serem debatidas e respondidas; seguem algumas as agressões a direitos fundamentais de particulares originárias de outros particulares devem ser tuteladas no âmbito legislativo ou judiciário? E os direitos sociais? Estes também teriam a tutela na esfera entre particulares, ou seja, poderia um empregado exigir de seu empregador um auxílio educacional ou que lhe fosse pago um plano de saúde, ainda que a empresa não tivesse esses tipos de benefícios a seus empregados?

A horizontalização dos direitos fundamentais é de suma importância nesta era empresarial, na qual a empresa se destaca com grande poder de ingerência nos direitos humanos, seja para tutelá-los, em substituição ao Estado em funções sociais básicas, seja para suprimi-los.

6. Direitos fundamentais e empresa

Sendo o homem um ser eminentemente social, é lógico que, no desenvolver das sociedades, esse viesse a constituir grupos para melhor desenvolver as tarefas individuais. Dessa necessidade surgiu a criação de entes fictícios denominados de pessoa jurídica. A pessoa jurídica dotada de personalidade surge para unir esforços individuais em busca de um ideal comum que ultrapassasse tais esforços individuais. É um ente abstrato em personificação, mas, concreto em direitos e deveres, ganha vida independente de seus criadores.

Neste não há preocupação de esclarecer ou ratificar teorias que admitem ou não ter a empresa finalidade lucrativa. O termo empresa aqui é tratado como uma pessoa jurídica organizada com vista a exercer uma atividade particular ou pública de circulação de bens ou serviços, para atender alguma necessidade humana, visando ou não ao lucro. Também não nos interessa adentrar na distinção entre empresa e sociedade comercial. A pessoa jurídica aqui é tratada

pelo termo empresa, seja sociedade comercial ou não, para fins de demarcar o limite dos direitos fundamentais deste ente e dos ofendidos por este ente personalizado.

A política capitalista sistematizada pela globalização fortaleceu a empresa a ponto de, em determinados locais do mundo, o Estado fazer-se substituir por ela. Esta aparece como fornecedora de bens de consumo e produção de riquezas; como cumpridora de ações sociais, diante da omissão estatal, e como realizadora de serviços estatais privatizados. A Wal-Mart, em 2005, empregava um milhão e oitocentas mil pessoas, mais do que toda a população economicamente ativa adulta do Paraguai.⁶

Há muitas empresas que são maiores que alguns países, possuindo ativos financeiros superiores a seus PIBs (produto interno bruto) e constituindo seus maiores empregadores. São inegáveis a dimensão da empresa no mundo contemporâneo e o papel que esse ente desempenha na economia. Agora, resta admitir que sua importância extrapolou os limites econômicos. Suas ações, sejam elas positivas ou negativas, repercutem em todos os setores – político, econômico, social, cultural, etc. Limites estes que, devido ao fenômeno da globalização, também não apresentam fronteiras.

No meio empresarial, muitos elementos tornaram-se diretrizes de vida e de existência, como o lucro, a competitividade, o avanço tecnológico, a informação, etc. Nesse ínterim esqueceu-se o homem, causa e fim da atividade empresarial. Sua dignidade e existência vêm-se tornando secundária, escondida na identidade distinta da pessoa jurídica. A desconsideração da pessoa jurídica é legalmente tipificada para coibir atos espúrios da empresa e punir o seu responsável – o ser humano. Mas não se pode utilizar a desconsideração para beneficiá-lo em sua dignidade humana.

A empresa contribui para o desenvolvimento, mas ao mesmo tempo viola os direitos humanos. Talvez o maior desafio da empresa moderna seja vencer a aparente contradição entre sobrevivência e crescimento,

⁶ Ver Soares (2008).

desenvolvimento e sustentabilidade; crescer sem descuidar da dignidade humana, dos valores sociais do trabalho, da proteção ambiental; ser reconhecida como uma empresa ética e socialmente responsável.

As empresas globalizaram-se em atividades, mercado e identidade. Algumas empresas nem sequer possuem uma nacionalidade definida e são muitos os abusos cometidos por estas – violações aos direitos humanos que outrora eram individuais e agora se tornaram coletivos. O Estado é muitas vezes ineficiente ao tomar medidas adequadas para a prevenção de abusos, ora se queda inerte. Também quanto a medidas reparadoras, há ineficácia. A Justiça é lenta e não raro o perecimento do autor (morte) é causa extintiva de inúmeros processos judiciais que perduram décadas.

O art. 173 da Constituição Federal dispõe que

Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

Não obstante, tal fato não significa que o Estado não deva interferir na exploração da atividade econômica da empresa quando esta for danosa à dignidade ou à vida humana. Ao contrário, sua intervenção, seja preventiva ou reparadora, deve ser feita de forma mais eficiente. Assim como a livre concorrência e a livre iniciativa são princípios da ordem econômica também o são a defesa do consumidor, do meio ambiente, a função social da propriedade, a busca pelo pleno emprego e a redução das desigualdades sociais.

Como dito, a empresa substituiu o Estado em muitas atividades sociais, assegurando educação, saúde, cultura e informação em algumas localidades, para seus empregados e para a comunidade ao redor da empresa. Não que seja um aspecto negativo da atividade empresarial; ao contrário, demonstra uma consciência social mesmo que obrigatória por parte da empresa. Mas essas atividades estão fazendo com que o Estado perca sua competência para as empresas, o que poderá, no futuro, aliado ao poderio econômico destas, tornar-se um mecanismo limitador de soberania.

6.1. Direitos fundamentais da empresa

Pelo princípio máximo da dignidade humana, que respalda axiologicamente todos os outros existentes no Estado Democrático de Direito, o ser humano é a razão e o limite do direito. Em que pese ser o direito da personalidade baseado na dignidade humana, o legislador resolveu estendê-lo à pessoa jurídica, aqui tratada na figura da empresa. Questionamentos jurídicos não faltaram para tentar negar a existência dos direitos da personalidade à pessoa jurídica.

No entanto, a personificação de outros seres, como a pessoa jurídica, atribui às empresas a capacidade de ser sujeito de direitos e deveres na sociedade. O reconhecimento dessa personalidade à pessoa jurídica respalda inúmeros direitos a este ser e torna-se um facilitador para cobrar-lhe responsabilidades. Essa personalidade *sui generis* desse ente físico atribui-lhe, entre outros, direito à proteção do nome, da imagem, da honra, etc.

Dentre os principais direitos da personalidade atribuídos à empresa, destacam-se o nome e a identidade. Através destes, a pessoa jurídica passa a ser reconhecida no mundo dos negócios, e eles ainda constituem um dos maiores patrimônios daquele ente. Seus fornecedores o individualizam, e a empresa ganha clientela valendo-se dessas duas características individuais, inclusive impedindo a concorrência desleal. Uma lesão ao nome de uma pessoa jurídica causa enormes situações danosas, repercutindo em toda atividade que a empresa executa.

O mesmo dano pode ser causado à imagem da pessoa jurídica. Estamos na era da velocidade, em que a imagem fala mais que o conteúdo. A má utilização ou ofensa à imagem atinge a respeitabilidade da empresa e conseqüentemente do produto no mercado, diminuindo-lhe o valor comercial. É por isso que muitas empresas atualmente aderiram à causa ambientalista, tomando a consciência ambiental como um fator de sobrevivência no mundo, na qualidade de pessoa natural, e no mercado, na qualidade de pessoa física.

A intimidade e a liberdade também se afiguram como direitos à personalidade que podem estender-se à pessoa jurídica. Sem liberdade não há competitividade; portanto não há desenvolvimento econômico, nem sequer pode falar-se em livre iniciativa. Através da intimidade, a pessoa jurídica tem seu conhecimento, suas fórmulas e segredos profissionais preservados. Preservam-se sua correspondência, seus livros comerciais e até mesmo o currículo de seus funcionários.

No entanto, o mais questionado dos direitos de personalidade tutelado à pessoa jurídica é a proteção a sua honra. A honra significa integridade, reputação, decoro, probidade em face do outro. O fato de a honra, em seu aspecto subjetivo, ser considerada um sentimento pessoal de auto-estima não significa que a pessoa jurídica não a possui, se for feita uma análise objetiva, ou seja, honra objetiva, evidenciando-se numa qualidade intrínseca de sua existência valorada no mercado, ou seja, no âmbito profissional.

O acesso à Justiça é um direito inerente à personalidade de qualquer ser, pessoa física ou jurídica, uma vez que é através do Judiciário que se obtém a tutela do direito lesionado ou ameaçado. O Texto Constitucional é farto na principiologia de proteção ao acesso à Justiça, porém, destacamos um dispositivo de suma importância à pessoa jurídica, que raramente vem sendo observado nos tribunais brasileiros – o artigo 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal: “O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

Sabe-se que muitos devedores são mais fortes do que os próprios credores, como nos casos de uma relação de trabalho, na qual o credor seria o operário e o devedor a empresa. Mas, suponha-se que uma microempresa seja credora e o Estado devedor, ou ainda, numa relação horizontal, se tenha como devedor em face dessa microempresa um grande fornecedor inadimplente, terá essa microempresa o pleno acesso ao Judiciário, notadamente no que se refere ao benefício da Justiça gratuita?

Muitas vezes algumas empresas deixam de socorrer-se do Judiciário em virtude de não possuírem recursos financeiros suficientes para

pagar as custas processuais ou gastos com perícias necessárias durante o curso da ação. Há de se perquirir se o princípio do acesso ao Judiciário, direito fundamental consagrado no Texto Constitucional, estaria sendo deferido em sua completude à empresa.

O Supremo Tribunal Federal respalda o benefício da Justiça gratuita à pessoa jurídica, desde que comprovada a hipossuficiência financeira, enquanto o Superior Tribunal de Justiça, em sua jurisprudência majoritária, manifestou-se no sentido de somente conceder esse direito para a pessoa jurídica sem fins lucrativos, apenas para entidades beneficentes, filantrópicas ou morais.⁷ Observa-se que o Judiciário brasileiro, na teoria, caminhou num mesmo sentido, o de reconhecer o benefício, mas não raro observa-se, na prática forense, indeferimentos desarrazoados desse direito fundamental.

6.1.1. Dano moral da pessoa jurídica

Além de possuir patrimônio, as pessoas jurídicas também possuem bens extrapatrimoniais, como a reputação, confiança, credibilidade, imagem, etc. Se a empresa vier a sofrer uma lesão nesses bens, dependendo do grau dessa lesão, a empresa pode ser levada à ruína. Há empresas que valem bilhões, mas possuem um pequeno patrimônio; ora, há empresas cuja marca ou nome vale mais que todo seu patrimônio material. É lógico que a construção desse nome ou dessa respeitabilidade no mercado não foi feita da noite para o dia, levou anos, e gastou-se muito em propaganda, pagamentos pontuais, eficiência organizacional, proteção ambiental, etc.

Esses entes podem sofrer acusações inverídicas, ser considerados poluidores ambientais, maus pagadores, perder a credibilidade e reputação, que, de uma forma ou outra, afetará toda sua existência. A ofensa à honra da pessoa jurídica, a sua reputação, através de um processo difamatório, gera o ressarcimento pelo dano. Mas seria este dano moral?

⁷ STJ – REsp 557181 / MG. Relator Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI .Primeira Turma. Data do julgamento 21/09/2004. Data da publicação no DJ 11.10.2004 p. 237 , REVPRO vol. 126 p. 185.

STF - AI-AgR 667523/RJ. Relator Ministro EROS GRAU. Segunda Turma. Data do Julgamento, 04/03/2008. Data da publicação no DJe-065 11-04-2008.

O antigo Código Civil brasileiro de 1916 estabelecia vários dispositivos indenizatórios a título de dano moral, sem necessariamente utilizar essa nomenclatura, a exemplo do artigo 1.550 (ofensa à liberdade pessoal). No entanto, foi o Texto Constitucional atual que introduziu de forma expressa o conceito de dano moral:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes fora do País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

[...]

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

O novo Código Civil de 2002 possibilita a reparação do dano moral em face do cometimento de ato ilícito (art. 186), além de tutelar os direitos da personalidade, cuja relação com o dano moral é umbilical. O Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 37, concluindo pela concessão do dano moral, inclusive sua cumulação com os danos materiais: “São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato”.

É inquestionável o ressarcimento pelo dano moral no Direito brasileiro, no entanto, após sua reafirmação, surgiu a celeuma doutrinária sobre a possibilidade de concessão desse direito à pessoa física. Poderia ela sofrer dano moral, padecer de dores, sofrimentos espirituais exclusivos do ser humano?

Parte da doutrina nega o dano moral⁸ à pessoa jurídica, e parte também lhe nega os direitos a personalidade. Afirmam ainda que não é possível o dano moral, visto que nome, honra, intimidade e liberdade são direitos patrimoniais e não extrapatrimoniais desse ser, considerando impossível que um ente criado pelo Direito tenha moral.

A doutrina que defende o dano moral afirma poder haver dano moral patrimonial distinto da dor, a exemplo a boa fama e reputação de uma empresa. Sustenta que o dano moral pode atingir a pessoa jurídica em sua imagem ou “honra externa” e não em seus sentimentos. Nesse sentido o código penal não excluiu a pessoa jurídica de ser sujeito passivo do crime de difamação do artigo 139.

A Constituição Federal de 1988 previu expressamente a possibilidade de reparação do dano moral, não fazendo nenhuma distinção entre pessoa física e jurídica, como já demonstrado. Ainda o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), em seu artigo 2º, define como consumidor toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza serviço ou produto como destinatário final e, em seu artigo 6º, inciso VI, dispõe como direito básico do consumidor a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais. E para reafirmar esses posicionamentos, o Superior Tribunal de Justiça editou em 1999 a Súmula 227, esclarecendo que “A pessoa jurídica pode sofrer dano moral”.

Mesmo o direito moral de autor pode ser atribuído à pessoa jurídica, nos termos da Lei nº 9.609, de 19 de fevereiro de 1998, que dispõe sobre a proteção de propriedade intelectual de programas de computador, quando esses programas forem desenvolvidos pelos empregados de uma empresa, contratados para tal finalidade.

7. Função social da empresa

A empresa assumiu grande relevância nos dias atuais e não pode mais ser considerada ou utilizada apenas como uma ferramenta de produzir lucro. Tem-se observado ao longo dos últimos anos uma promissora e crescente consciência social da empresa. Essa consciência tanto pode estar relacionada a obrigações de cunho existencial no mercado,

⁸ Ver Malheiros (2008).

ligados ao desenvolvimento sustentável e acordos empresariais, como pode estar relacionada a sugestões de natureza estratégicas.

Não há limites para a atuação da empresa. Como dito anteriormente, ela assumiu atividades estatais, a exemplo da crescente privatização de presídios no sistema norte-americano, como também desempenha papéis sociais principalmente na comunidade onde se encontra instalada (oferecimento de cursos gratuitos, programas assistenciais de auxílio educacional, de saúde etc.). Há empresas que desenvolvem toda gama de atividades alheias ao seu fim social, desempenham papéis de escolas, creches, hospitais, ONGs de proteção ambiental, patrocinador cultural, agência de recrutamento de empregos, etc.

A empresa que desenvolve programas de atuação comunitária ganha a simpatia e cumplicidade da comunidade em seu entorno. Funciona como uma excelente propaganda e faz um enorme diferencial competitivo no momento de expandir-se territorialmente ou buscar incentivos fiscais. A empresa responsável socialmente é taxada de empresa cidadã, alcunha que confere a ela um aspecto humanitário.

Mas não se deve confundir desenvolvimento sustentável e ações voltadas para esse fim com função social. O desenvolvimento sustentável é uma obrigação da empresa, prioritariamente pelos princípios da dignidade humana do artigo 1º e proteção ambiental do artigo 225, ambos da Constituição Federal. Os programas de cunho assistencial desenvolvidos pelas empresas é um *plus* em relação a sua atuação. Há empresas que são extremamente poluentes e que não cumprem a obrigação de sustentabilidade, mas que desenvolvem programas sociais na comunidade, muitas vezes para camuflar o crime ambiental.

A receita para a empresa ganhar o mercado globalizado e fazer a diferença ante a concorrência não se detém, nos dias atuais, na qualidade de seus produtos e no preço. Muitos consumidores estão observando com mais afincio, no momento de escolha, o impacto social e ambiental daquela atividade. É necessário que os poderes públicos e a sociedade estejam atentos para cobrar da empresa a obrigação pelo desenvolvimento sustentável independentemente da função social desempenhada por ela.

Algumas atitudes predatórias e de exploração do homem e do bem comum podem ser vedadas pelo ordenamento. Mas seria necessário que as empresas assumissem uma postura positiva, saindo da neutralidade de “não poluir” para a positivação de “limpar”. Incentivos fiscais devem ser utilizados, não para levar a empresa a cumprir a obrigação de proteção do meio ambiente, mas para incentivar a solidariedade. A empresa, além de cumpridora de seus deveres ambientais, ainda pode vir a fornecer o *plus* da função social.

A princípio, poder-se-ia dizer que a função social não poderia ser cobrada como uma obrigação, embora tenda a ser exigida pelo próprio mercado. Porém, o dever de solidariedade, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 3º, I, CF), deve ser entendido como uma norma-princípio dotada de efetividade. Assim como a empresa se fez reconhecida no mundo jurídico, igualada à pessoa física para fins de ser sujeito de direito de personalidade, dotada da capacidade de sofrer dano moral, deve também ser conduzida à República para fins de cumprir a solidariedade como um dever.

A empresa cumpridora da função social, em um conceito muito mais amplo que proporcionar o bem-estar de seus empregados, cumprirá esse dever de solidariedade não apenas para obter um diferencial competitivo ou por uma questão de sobrevivência mercadológica mas visando ao bem comum de toda a sociedade, como uma nova fonte de inspiração para o desempenho de suas atividades.

Até por ser uma atividade de risco em potencial, a atividade empresarial tem a obrigação de buscar o desenvolvimento sustentável, compatibilizando produção e crescimento com proteção ambiental, e de relacionar-se solidariamente com a sociedade. A busca do bem comum deve constituir uma obrigação, uma consciência, muito mais que uma estratégia de mercado. As empresas têm, no mínimo, a responsabilidade de impedir ofensas aos direitos fundamentais de todo ser vivo, humano ou não humano, e de contribuir para que a sociedade se torne mais igualitária – que a produção de bens e riquezas que a empresa propicia não seja transformada em um muro feudal de desigualdades.

8. Considerações finais

A sociedade pós-moderna complexa e multifacetada inicia um adeus aos paradigmas da modernidade, marcada por individualismo e sistematização, que lhe conferem segurança jurídica, e abraça os da pós-modernidade, marcada pela perda crescente da importância de valores fundamentais de justiça e dignidade humana.

Surgem verdadeiros microssistemas ao redor do novo Código Civil, que já nasce desatualizado para sua época. A hermenêutica volta a ser uma importante ferramenta jurídica, uma vez que inúmeras normas do Direito Civil passam a incorporar o texto constitucional (publicização) e este se irradia por todo o ordenamento (constitucionalização), amparando a legislação infraconstitucional através de seus princípios, que ganham, cada vez mais, força normativa.

A Constituição atribui aos direitos fundamentais natureza de núcleo essencial do sistema jurídico e fundamento de sua legitimidade. Surge uma nova visão biocentrista dos direitos fundamentais, para conferir a titularidade destes, e a personalidade *sui generis* à pessoa não humana. Nesse diapasão a pessoa jurídica tem reconhecido seu direito de personalidade e, embora ainda controverso, o dano moral.

A horizontalização dos direitos fundamentais surge como uma necessidade em face das novas relações jurídicas entre particulares e do enorme poder da empresa e de sua ingerência positiva e negativa nos direitos humanos.

A empresa ganha enorme relevância no mundo contemporâneo em todas as áreas, não somente econômica, e não pode mais ser considerada ou utilizada apenas como uma ferramenta de produzir lucro. A cada dia, nota-se uma crescente e promissora consciência da função social desse ser que pode desenvolver-se como um *plus* aliado à sua obrigação de buscar o desenvolvimento sustentável.

9. Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo*. Superação da *Summa Divisio* Direito Público e Direito Privado por uma nova *Summa Divisio* Constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

AMARAL, Francisco. *Direito Civil*: Introdução. 5. ed. rev. atual. e ampl. de acordo com o novo Código Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2003a.

_____. O Direito civil na pós-modernidade. In: FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire (Coord.). *Direito Civil*: atualidades. Belo Horizonte: Del Rey, 2003b.

BARROSO, Lucas Abreu. A demonstração da função social da propriedade como pressuposto da concessão de tutela de urgência em ação possessória. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (Coord.). *A outra face do poder judiciário*: decisões inovadoras e mudanças de paradigma. v. 1. Belo Horizonte: Del Rey, 2005a. p. 277-291.

_____. Fundamentos constitucionais da política agrária no Brasil. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. v. 61, p. 137-150, out./dez. 2007.

_____. Situação atual do artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, n. 5, p. 236-242, jan./jun. 2005b.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro. *Jus Navigandi*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3208>>. Acesso em: 23 jun. 2008.

_____. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*: limites e possibilidades da Constituição Brasileira. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BONAVIDES, Paulo. *A Constituição aberta*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993.

_____. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial*. Direito de Empresas. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

D'URSO, Flávia. *Princípio constitucional da proporcionalidade no processo penal*. São Paulo: Atlas, 2007.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. Taking rights seriously, 1997. In: BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro. *Jus Navigandi*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3208>>. Acesso em: 23 jun. 2008.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Direito penal e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. v. 4. São Paulo: Saraiva, 2005.

GOMES, José Jairo. *Direito Civil: Introdução e parte geral*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GRAYSON, D.; HODGES, A. *Compromisso social e gestão empresarial*. São Paulo: Publi-Folha, 2002.

HABERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Tendências do Direito Civil no século XXI. In FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire (Coord.). *Direito Civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. In FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire (Coord.). *Direito Civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. Danos morais e direitos da personalidade. *Jus Navigandi*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4445&p=2>>. Acesso em: 22 jun. 2008.

PESSOA, Maiana Alves. *A função social da empresa como princípio do direito civil constitucional*. Disponível em: <<http://www.juspodivm.com.br/novo/arquivos/artigos/civil/funcao-social-empresa-maiana-alves.pdf>>. Acesso em: 23 jun. 2008.

MALHEIROS, Pablo da Cunha Frota. *Dano moral e a pessoa jurídica*. São Paulo: Método, 2008.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIM, Antonio Herman de V; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. Introdução. São Paulo: RT, 2004.

PALERMO, Carlos Eduardo de Castro. A função social da empresa e o novo código civil. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 7, n. 62, fev. 2003. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3763>>. Acesso em: 24 jun. 2008.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Almedina: Coimbra, 1982.

REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito*. Situação atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SOARES, Gláucio Ary Dillon. *Direitos humanos, políticos e criminosos*. Disponível em: <<http://de.wordpress.com/tag/empresas-e-direitos-humanos/feed/>>. Acesso em: 22 jun. 2008.

SOARES, Mário Lúcio Quintão; BARROSO, Lucas Abreu. A Dimensão Dialética do Novo Código Civil em uma Perspectiva Principiológica. In: BARROSO, Lucas Abreu (Org.). *Introdução crítica ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 1-14.

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e hermenêutica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TARTUCE, Flávio. *Os direitos da personalidade no novo código civil*. Disponível em: <http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos/Tartuce_personalidade.doc>. Acesso em: 12 set. 2009.

TEPEDINO, Gustavo. *A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro*. Temas de direito civil. Tomo I. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

Artigo enviado em: 27/11/2009

Artigo aprovado em: 30/07/2010