

DIREITOS FUNDAMENTAIS- UMA NOVA PERSPECTIVA

Beatriz RIGOLETO CAMPOY¹
Sérgio TIBIRIÇA AMARAL²

RESUMO: Análise das novas perspectivas a respeito dos direitos fundamentais na atualidade, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais bem como a função social da propriedade e a responsabilidades social .

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Novas Perspectivas. Drittwirkung. Função Social. Responsabilidade Social.

1 INTRODUÇÃO

O mundo após a segunda grande guerra, sofreu alterações drásticas em uma velocidade jamais vivida antes na história da humanidade, a inevitável queda do comunismo fez prevalecer o sistema capitalista que sem dúvida foi o grande fomentador das evoluções vividas, primeiro tecnológica e conseqüentemente social.

O final do século XX e início do XXI são marcados por um capitalismo diferente daquele dos séculos XVIII e XIX, este neocapitalismo, por assim dizer é fortemente marcado pelas cifras virtuais e principalmente pela grande modalidade do capital proporcionada pelos avanços tecnológicos como a internet e pelo fortalecimento do mercado de capitais.

Se antes negociavam-se produtos de forma física, que necessitavam de matéria prima e mão de obra, o principal foco do mercado atualmente são as ações negociadas de qualquer lugar do mundo por

¹ Discente do 4º ano do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. e-mail beatriz.rigo@bol.com.br

² Docente do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. Mestre em Direito Constitucional pelas Faculdades..... e-mail Sergio@unitoledo.br.Orientador do trabalho.

qualquer pessoa , o que acaba tornando o mercado cada vez mais móvel e impessoal.

Este novo paradigma possibilitou um crescimento e dinamização nunca esperado das empresas, estas tornaram-se grandes conglomerados econômicos, espalhados pelo mundo inteiro, com um capital sem pátria circulando a uma velocidade estrondosa, e com um lucro maior do que o PIB de grande parte dos países do mundo.

Estes fenômenos acima citados, são chamados de globalização, termo que faz referencia a interligação que se tem hoje do mundo inteiro principalmente no que diz respeito ao consumo e à informação, estas mudanças, sem dúvidas, geraram extremas mudanças no direito e mais especificamente na idéia de direitos fundamentais.

Uma delas foi à concepção de alguns direitos fundamentais como direitos de toda a coletividade e não apenas de todas as pessoas, como o direito ao meio ambiente equilibrado, por exemplo, considerado por alguns autores como um direito de 4^o dimensão.

Outra mudança de extrema importância foi o enfraquecimento das diferenças existentes entre público e privado, uma vez que o temor dos governos centrais e autoritários, herança da Segunda Guerra Mundial e da Guerra Fria fizeram dos Estados contemporâneos entes extremamente limitados servindo como provedor das necessidades de seu povo e guardião de sua liberdade, enquanto o Estado, ou seja, o público se limitou, a esfera privada tomou cada vez mais força com todas as riquezas trazidas com as revoluções tecnológicas e de informação.

Chegamos, atualmente ao seguinte ponto, em reportagem trazida pela Revista Super Interessante de Março de 2008 denominada “A verdade dos mapas”, foi feita uma comparação entre os PIBs de alguns países africanos e o faturamento de alguns dos maiores conglomerados econômicos do mundo, o resultado foi que algumas destas empresas possuem lucros anuais maiores ou correspondentes aos PIBs referidos.

Como diz a referida reportagem da revista Super Interessante(2008,ed525,p.76)

As vendas da Nike são do tamanho do PIB do Níger; as da Nokia equivalem à riqueza de Camarões; e as vendas anuais do Carrefour são do tamanho do PIB da Etiópia.

Mesmo empresas brasileiras geram mais riquezas que países africanos, como o Banco do Brasil (Mali), a Petrobras(Líbia) e o Bradesco (Namíbia)

Por certo que tratam-se de países pobres e grandes empresas, mas a questão é que como já foi dito na sociedade moderna o poder econômico é a mais ampla forma de poder e isto os grandes conglomerados econômicos tem de sobra, inclusive muito mais que os próprios estados, estes dados demonstram a magnitude da esfera privada sobrepondo-se a própria esfera pública.

Na eminência de se explicar todas estas mutações ocorridas de forma extremamente rápida, muitos foram os antropólogos, sociólogos e juristas que elaboraram as mais variadas teses, dentre elas uma chama mais atenção para o enfoque acima tratado, o neofeudalismo. Segundo esta teoria, assim como durante a queda do período feudal , onde o capitalismo voltou a se desenvolver deparando-se com uma diversidade de sistemas jurídicos em uma Europa fragmentada por feudos, forçando a burguesia insurgente detentora do capital a influenciar a criação de novos regimes jurídicos e políticos que a beneficiasse. No capitalismo moderno, principalmente pós-globalização os grandes conglomerados econômicos espalhados pelo mundo, também tem dificuldade com a diversidade jurídica existente entre as nações e influenciam os poderes políticos para criar normas que possibilitem a transposição destes obstáculos.

Como cita André Rufino do Vale(2004,p.68)

Factualmente, porém, observa-se que o processo decisório, em um nível descentralizado é, muitas vezes, manipulado pelos

detentores do poder econômico. Segundo Roth, são as empresas transnacionais que promulgam o quadro jurídico, em conformidade com seus interesses, a partir do qual se dá a regulação social, significando a emergência de uma forma de neofeudalismo, segundo o qual as normas de regulação de um setor econômico estão definidas por empresas comerciais dominantes no setor.

Esta teoria reafirma o poder da esfera pública e sua conseqüente possibilidade de interferência nos direitos fundamentais do indivíduo, portanto na sociedade contemporânea não e pode ignorar que os direitos fundamentais podem ser ameaçados tanto pelo setor público quanto pelo privado que cresce e adquire cada vez mais poder e influencia sobre o primeiro.

2 As Doutrinas a Respeito da Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais

Como já oportunamente citado, a questão da eficácia horizontal dos direitos fundamentais surgiu com casos concretos levados as cortes constitucionais, os primeiros países onde este fenômeno ocorreu foram Alemanha e Estados Unidos.

Devido a seus sistemas jurídicos e a própria tendência de suas Cortes, estas tomaram rumos diferentes visando dar respostas a mesma questão da eficácia horizontal, daí surgiram as duas mais relevantes teorias sobre o assunto; a *Drittwirkung* surgida na Alemanha e a *State Action* Norte-Americana.

Estas distinguem-se tanto por sua forma de enfoque quanto pela preocupação com a autonomia privada, enquanto na *State Action* se busca preservar a autonomia privada até as ultimas conseqüências, a *drittwirkung* é mais branda neste sentido, além disso, como é típico do direito norte americano, a *State Action* foi criada com base em decisões da Suprema Corte em cada caso concreto e são estes casos

estudados. Já a drittwirkung nasceu também de casos concretos, mas se desenvolveu como uma teoria autônoma.

Ambas serão analisadas nos capítulos seguintes.

2.1 State Action

A própria forma como foi estruturado o Estado Norte americano, bem como sua constituição, levou este a se basear nos pilares da autonomia privada e na relação Estado-Cidadão.

O público e o privado, sempre tiveram papéis bem distintos, sendo o primeiro extremamente limitado e o segundo livre na mesma proporção, o dever do Estado de respeitar os direitos fundamentais dos cidadãos consagrados nas emendas constitucionais americanas era chamado de state action, ou seja, ação estatal.

Esta perfeita dicotomia, prevaleceu durante séculos, porém com as mudanças sociais advindas principalmente após a metade do século passado, alinha divisória de público e privado, passou a tornar-se cada vez mais tênue.

Neste sentido casos envolvendo violações de direitos fundamentais por particulares começaram a surgir com, mas freqüência na Suprema Corte Norte Americana, que não mais podia invocar a autonomia privada diante de fatos como aquele.

Necessitou desta maneira interpretar de forma extensiva a state action de modo a possibilitar sua aplicação na esfera privada, ocorre que uma sociedade que nasceu e se desenvolveu com base na autonomia privada esta não era uma missão fácil, e deveria ser pensada com muito cuidado para não conflitar com os próprios valores da nação.

Neste sentido, a Suprema Corte passou a usar dois parâmetros para a aplicação dos direitos fundamentais na esfera privada conhecidos como os “public function cases” e symbiotic relationships.

Em relação ao primeiro, a Corte entendeu que aplicam-se os direitos fundamentais de maneira direta, quando um particular, por algum motivo, exerce um ato próprio de um ente público, trata-se da delegação de alguma atividade pública relevante à um particular.

O “case” que bem ilustra este posicionamento é conhecido como *Smith v. Allwright**(citação apud) , nas eleições primárias, realizadas no próprio partido para a escolha dos candidatos, negros não podiam participar , a votação esta exclusiva para brancos, provocada a Suprema Corte entendeu que a XV emenda, que irrestringe o direito ao voto por motivo de raça, cor , ou estado de servidão, deveria se aplicar ao caso,uma vez que os partidos , ao realizar votação para a escolha do candidato, estava subrogando-se em uma função estatal.

Cabe citar ainda o caso *Marsh v. Alabama*, neste uma companhia privada edificou sobre terreno próprio uma chamada *Company Town*, ou seja, uma cidade administrada autonomamente, quando Marsh, testemunha de Jeová tentou adentrar nesta cidade para distribuir panfletos e foi barrado por seus administradores. A Suprema Corte entendeu então que apesar de estar sobre terreno privado, esta *Company Town* possuía todas as características de uma cidade administrada pelo Estado, exercendo desta maneira uma função estatal.

Deste modo, deveria respeitar a liberdade de expressão assegurada pela I emenda.

Assim, em mais outros julgados, passou a considerar a Corte norte-americana que, todas as vezes que um particular exercer uma função tipicamente estatal devera se submeter aos direitos fundamentais constitucionalmente resguardados, pois apesar de ser particular naquele momento esta praticando uma função tipicamente pública.

No caso dos chamados *symbiotic relationships*, ou *state commandment* ou ainda *encouragement of private activities*, a Suprema Corte entendeu que quando houver qualquer vinculação entre o ato do particular e a administração pública deverão ser respeitados os direitos fundamentais de forma direta, uma vez que o Estado tem relação com o fato de alguma maneira.

Não ocorre como nos casos das “public function cases” onde entes privados exercem uma função pública, no caso em tela, é o próprio Estado que tem alguma ligação com a atividade pública.

Foi o que ocorreu em *Burton v. Wilmington Parking Authority*, um estabelecimento comercial denominado Eagle Coffee Shoppe se negou a servir um cliente negro, entendeu a Suprema Corte que pela autonomia privada poderia o dono do estabelecimento decidir quem deve e quem não deve servir, ocorre que o referido restaurante localizava-se em um imóvel onde o locador era uma companhia estatal. Ficou decidido, portanto, que o Estado ainda que de forma indireta tinha ligação com aquele ato, uma vez que ele estava sendo praticado em um local de propriedade do Estado, sendo assim havia interdependência entre o ato e o Estado.

Por certo, a teoria do *state action* não se desenvolveu propriamente como uma doutrina, mas como julgados nem sempre seguidos como uma tendência jurisprudencial na Suprema Corte, não havendo desta forma, uma certeza em sua aplicação, ficando vinculada ao caso concreto.

De qualquer maneira foi uma evolução no pensamento constitucional norte americano, tão voltado para as relações Estado-Cidadão e longe da reação inter-privados, sendo assim, muito embora tenha buscado relacionar o ato do particular com o Estado, seja por exercer uma função típica do primeiro, ou por haver sua participação ainda que indireta no ato, tentou buscar uma resposta que atendesse as necessidades de uma sociedade em constante e os antigos valores tão importantes para esta mesma sociedade.

Por suposto que atualmente a *state action* dá uma resposta satisfatória a questão da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, já que a questão torna-se cada vez mais complexa, conseqüência de todas as mudanças históricas e sociais já citadas, e a referida doutrina é demasiadamente limitada.

Segundo Stern (1994) apud Alexei Julio Estrada (2001,p.94)³

³ Tradução Livre da Autora –não se pode falar em uma influencia claramente visível ou duradoura da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, posto que a chave do modelo americano, faz uma dilatação do conceito de poder publico, de ação estatal.

... no se puede hablar de una influencia claramente visible o duradera de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, puesto que la clave del modelo americano yace en una dilatación del concepto de poder público, de acción estatal.

De qualquer forma, foi uma das primeiras alternativas sugeridas, e ressalvadas todas as críticas, teve o mérito de se adaptar dentro de todas as limitações apresentadas pelo caso concreto.

2.2 Drittwirkung

A segunda teoria a respeito da eficácia horizontal dos direitos fundamentais surgiu dentro de um contexto e de uma dogmática jurídica diferentes, após a Segunda Guerra Mundial, a Alemanha passou por uma reestruturação política, financeira, econômica e também jurídica, este cenário de mudanças de paradigmas foi propício para a contestação de parâmetros pré-estabelecidos, bem como para o surgimento de novas idéias.

Foi neste momento histórico que surgiu uma revolucionária teoria denominada Drittwirkung der Grundrechte, ou seja, eficácia entre terceiros da norma fundamental.

Salvo algumas modificações sofridas ao longo do tempo, esta ainda hoje é a teoria mais desenvolvida a respeito do assunto e a que melhor responde as diversas controvérsias por ele trazidas.

Embora cause discussões dentre seus próprios defensores, principalmente a respeito de suas subdivisões, o que era antes uma idéia predominantemente de países europeus como Alemanha, Espanha, Portugal foi se expandindo através dos doutrinadores do velho mundo e chegou a países africanos, do oriente e a América Latina, com mais ênfase nos países de língua espanhola que tiveram maior contato através desses autores.

No Brasil, ainda é um assunto pouco discutido, embora na última década tenha ganhado alguma força, de veras, são muitas as polemicas que cercam a *drittwirkung* como veremos a seguir, mas sempre é importante destacar a importância das inovações trazidas por ela.

2.2 Teorias a Respeito da Aplicação

Trata-se de um dos pontos mais polêmicos de cerca a teoria da *Drittwirkung*, uma vez aceito que os direitos fundamentais tem aplicação entre particulares, resta saber se esta norma fundamental aplica-se de forma direta, ou seja, sem qualquer intermediário, nas relações inter-privadas, ou se é necessário um veículo que a coloque dentro do contexto jurídico privado.

Como já foi dito, quando Nipperdey defendeu a *Drittwirkung*, este se posicionou pela eficácia direta ou imediata, alegando que a norma fundamental tinha força normativa suficiente para atingir sem qualquer intermédio do legislativo as relações jurídicas privadas, uma vez que, a *Drittwirkung* vem justamente suprir uma omissão deste legislativo que deveria regular aquela situação.

Por outro lado o Tribunal Federal Constitucional alemão, em seu emblemático julgado do caso *Lüth* se posicionou de maneira contrária, ao entender que as normas fundamentais se estendem ao âmbito privado, pois possuem uma dupla característica, tanto quando normas de proteção em relação ao Estado quanto de caráter axiológico para todo o ordenamento jurídico.

Portanto esta eficácia é indireta ou mediata, pois a aplicação da norma fundamental ao direito privado se dar por intermédio de normas de caráter geral que influenciam a legislação infraconstitucional.

São estes pontos polêmicos e as justificativas de cada uma das teorias que serão melhor analisados a seguir com o estudada da *unmittelbare drittwirkung* e da *mittelbare drittwirkung*.

2.2.1 Teoria da eficácia direta (*unmittelbare drittwirkung*)

Como já dito, esta tese foi defendida por Nipperdey, segundo o doutrinador alemão os direitos fundamentais se aplicam diretamente à esfera privada, mas isto não ocorre de forma ampla e irrestrita, existe uma diferença entre os direitos tipicamente de proteção do cidadão em relação ao Estado, ou seja, os que exigem uma prestação negativa (não interferência na esfera privada), ou positivo (dever de prestação do Estado), estes não se aplicam de forma direta as relações privadas. As normas fundamentais aplicadas de forma direta, não são os direitos públicos subjetivos clássicos, mas as normas que possuem algum parâmetro interpretativo, estas, não são apenas de caráter geral, tem um aspecto normativo propriamente dito, vinculante.

Quais os direitos fundamentais possuem esta característica normativa, isto devera ser analisado no caso concreto, se não se encaixarem como direitos subjetivos típicos, clássicos, estes se aplicam as relações jurídicas privadas de um forma direta.

Segundo Alexei Julio Estrada (2001,p.104)

Así, para Nipperdey solo algunas disposiciones de derechos fundamentales aúnan um doble carácter: además de su tradicional significación de derechos públicos subjetivos, son principios objetivos que informan la totalidad del ordenamiento jurídico, incluyendo el derecho privado. La aplicación de estas normas constitucionales el derecho privado de ningún modo llega a afectar em exceso la esfera de libertad del individuo,pues solo podrá e irá a restringirla hasta donde fuera absolutamente necesario em el interes de uma “vida social sana”.⁴

⁴ Tradução Livre da Autora- Assim, para Nipperdey apenas algumas disposições de direitos fundamentais, possuem um duplo caráter: além de sua tradicional significação como direito publico subjetivo, são princípios objetivos que informam a totalidade do ordenamento jurídico, incluindo o direito privado. A aplicação destas normas constitucionais no direito privado em nenhum modo chega a afetar em excesso a esfera de liberdades do individuo, pois só poderá e ira restringi-la até onde for absolutamente necessário ao interesse de uma “vida social sã”.

Sendo assim, esta aplicação não pode ser indiscriminada, mas limitada a casos estritamente necessários, a questão é quais são estes casos?

A justificativa de se limitar o poder do Estado através de normas de direitos fundamentais é que o Estado possui uma superioridade social sobre os cidadãos, ou seja, possui um poder social relevante que faz desta relação vertical.

Quanto a esfera privada, teoricamente não haveria qualquer desnível entre as partes, porém atualmente esta afirmativa seria quase utópica, sabe-se que os particulares, apesar de não possuírem poder social e político possuem poder econômico, e isto gera uma desigualdade entre as partes.

Seriam estes os casos onde as normas fundamentais de caráter normativo amplo, para todo o ordenamento deveriam ser aplicados, ou seja, nos casos em que há uma diferença entre os próprios particulares.

Mas a teoria da eficácia direta e imediata não se limita a estes parâmetros, vai além ao dizer que não só nos casos em que há um desnível entre particulares é possível aplica-la, mas em qualquer caso, onde no âmbito jurídico privado há uma violação aos preceitos constitucionais.

Para Nipperdey precursor desta teoria não é admissível que os direitos fundamentais sofram restrições em qualquer esfera, inclusive a privada.

Alexei Julio Estrado(2001,p.108) ao comentar Nipperdey determina que

Nipperdey, aum em las situaciones de igualdad fáctica entre los particulares, admite la Drittwirkung directa, porque em su opinión los acuerdos contractuales no pueden contravenir la libertad ni los principios constitucionales.⁵

⁵ Tradução Livre da autora – Nipperdey mesmo nas situações de igualdade fática entre os particulares, admite a Drittwirkung direta, pois na sua opinião, os acordos contratuais não podem contrariar a liberdade e os princípios constitucionais.

Desta forma desenvolve-se uma teoria extremamente interessante, em vários pontos, o primeiro deles a respeito da limitação das normas de direitos fundamentais aplicáveis as relações privadas como apenas aquelas consideradas de conteúdo axiológico e normativo, excluindo deste rol os chamados direitos fundamentais clássicos de mera proteção do indivíduo em relação ao Estado.

Um segundo ponto se relaciona aos casos em que poderá ser utilizada *drittwirkung*, ou seja, nas situações onde existe uma disparidade entre os particulares, disparidade esta, gerada via de regra pelo maior poder econômico de uma das partes.

Mas não se restringe a estes casos, amplia para as situações, onde no tráfico jurídico particular há uma limitação dos direitos fundamentais por cláusulas ou qualquer outro meio de direito privado.

Dentro da sistemática jurídica brasileira a dificuldade desta teoria esta em delimitar quais são estas normas fundamentais que não possuem apenas um status positivo e negativo como classifica Jellinek, mas uma outra característica de norma de princípio axiológico.

Esta distinção não é de fato algo simples, porém de longe não é o principal problema desta teoria, este reside no receio de se aplicar diretamente os direitos fundamentais nas relações privadas, limitando desta forma a autonomia da vontade.

A ausência de um intermediário geral uma insegurança, na esfera privada, é certo que a teoria da eficácia direta tentou resolver esta questão, ao assinalar que os casos aplicáveis são restritos aqueles onde haja um desnível entre as partes.

Mesmo assim esta não é a teoria mais utilizada quando se aplica a *Drittwirkung*, pelos motivos acima expostos, mas além disso há uma forte influencia da doutrina e jurisprudência alemã que a partir do caso *Lüth* passou a utilizar a teoria da eficácia indireta ou mediata.

Ainda assim existem doutrinadores que defendem que a única forma de se aplicar efetivamente os direitos fundamentais no plano privado é de forma direta, a teoria da eficácia indireta não atende as necessidades daqueles que estão em uma situação de desigualdade

em uma relação teoricamente equilibrada, uma vez que fica a mercê de algum meio que efetive estes direitos, não havendo, desta forma, eficiência.

2.2.2 Teoria da eficácia indireta (mittelbare drittwirkung)

Referida teoria foi primeiramente desenvolvida por Dürig, segundo ela, não é cabível a aplicação direta da norma fundamental dentro de uma relação jurídica de direito privado, uma vez que, são relações jurídicas distintas.

Na relação clássica regulada pelos direitos fundamentais, entre cidadão e Estado, existe um titular único de direitos, ou seja, o cidadão, e um sujeito de deveres, qual seja o Estado, que deve se abster ou prestar na medida das necessidades do primeiro.

Neste sentido os direitos fundamentais se encaixam perfeitamente, mas quando há uma relação jurídica entre cidadão e cidadão, estaremos perante dois titulares dos mesmos direitos fundamentais com deveres também semelhantes, de modo que a efetivação de um direito fundamental de um dos sujeitos desta relação, poderá muito bem violar um direito fundamental do outro.

Neste contexto, o que eram para ser somente direitos, torna-se também deveres, situação que não condiz com a própria natureza dos direitos fundamentais.

Sendo assim, surge a teoria da eficácia indireta ou mediata, segundo ela os direitos fundamentais podem sim interferir nas relações jurídicas entre os particulares, mas através de um intermediário que poderá ser o legislador ou o julgador.

È certo que para esta teoria, a autonomia do direito privado em relação ao direito publico deve ser mantida e por isso, determina-se que o legislador ordinário, através de clausulas gerais, deve adaptar o direito privado, a norma fundamental.

Portanto, ao criar clausulas gerais para o direito privado, baseadas nos direitos fundamentais, estes estariam sendo aplicados indiretamente na esfera privada, por exemplo, o legislador ordinário ao inserir a

clausula geral da “boa-fé” no Código Civil estaria aplicando indiretamente os direitos fundamentais na esfera privada, uma vez que esta clausula geral esta em consonância com diversos direitos fundamentais como o direito a vida, a dignidade etc.

Alguns doutrinadores entendem que em caso de lacunas legislativas, poderia o juiz aplicar diretamente as normas de direitos fundamentais na esfera privada, seria uma exceção à regra, mas muitos não concordam com este posicionamento, ponderando que nem assim a aplicação direta seria coerente, pois esta função só cabe ao legislador. Em relação aos juizes, estes no caso concreto poderiam interpretar as clausulas gerais de direito privado, de acordo com os direitos fundamentais, este trabalho de hermenêutica, também seria uma maneira de se aplicar os direitos fundamentais à esfera privada de forma indireta.

Haveriam deste modo, duas maneiras de se aplicar os direitos fundamentais de forma horizontal, segundo a teoria da eficácia indireta , ou através do legislador responsável pela criação de clausulas gerais, ou através do julgador que interpreta estas cláusulas conforme os direitos fundamentais.

Mas muitas são as vozes contrarias a esta teoria ,para esses a eficácia indireta não atende aos anseios dos que necessitam de tutela dos seus direitos fundamentais nas relações privadas,pois se há a necessidade desta tutela é justamente por que o legislador e o judiciário não forma capazes de amparar estes direitos de forma prévia, sendo assim, anseia o particular lesado por um meio direito, eficiente, sema necessidade de uma interpretação complexa como que deveria fazer o judiciário, ou por uma atividade legislativa.

Alexei Julio Estrada(2001,p.116) ao comentar o complexo trabalho hermenêutico que deve fazer o judiciário considera que

Al juzgador del caso específico corresponde entonces una doble labor hermenéutica : inicialmente debe extraer del derecho fundamental correspondiente el principio que éste

contiene, para luego introducirlo em el contenido de la cláusula general, que finalmente será aplicada para la solución del conflicto jurídico- privado.Sólo através de este amplio rodeo se hace posible, según la teoria de la *mittelbare drittwirkung*,, la aplicación delos derechos fundamentales en el âmbito de las relaciones privadas.⁶

Esta divergência entre eficácia direta e indireta cercam a questão da eficácia horizontal dos direitos fundamentais , atualmente, apesar de não estarem superadas muitos doutrinadores buscaram uma alternativa para esta questão tão controvertida.

Esta busca por um consenso é facilmente explicada, em varias ocasiões essas divergências impedem o aprofundamento ou mesmo a aplicabilidade da teoria da drittwirkung, por isso surgiram alternativas interessantes visando não controverter ainda mais as teses acima, mas concilia-las em prol de um bem maior, qual seja, proporcionar a aplicação cada vez mais enfática da teoria da drittwirkung.

3 Uma Nova Perspectiva a Respeito da Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais.

Vimos até aqui, toda e evolução dos direitos fundamentais, bem como suas principais características dentro dos textos constitucionais, além da doutrina da eficácia horizontal dos direitos fundamentais e suas diversas variações.

Não obstante a questão da drittwirkung, e mesmo como uma forma de efetivação da mesma, surgem na atualidade meios práticos de concretização dos direitos fundamentais na esfera privada, distantes dos tribunais, estes meios surgem como uma atitude do próprio particular de respeito a uma determinada lei , ou mesmo de forma voluntária, uma vez que tanto a esfera privada quanto a publica chegou

⁶ Tradução Livre da Autora – Ao juiz no caso específico, corresponde então um trabalho duplo de hermenêutica, primeiramente, extrair dos direitos fundamentais correspondentes o princípio que estes contém, para logo introduzi-lo no conteúdo da clausula geral , que finalmente será aplicada para a solução do conflito jurídico-privado. Somente através de este amplo rodeio ,se faz possível segundo a teoria da *mittelbare drittwirkung*, a aplicação dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas.

a conclusão de que o respeito a estes direitos é a única forma de efetuar a manutenção da paz social.

As mais relevantes inovações a este respeito estão ligadas a questão da função social da propriedade, norma fundamental que exige uma atitude positiva tanto do Estado quanto do particular para uma melhor utilização da propriedade privada, e a mais inovadora de todas, qual seja, a chamada responsabilidade social da empresa, que nada mais é que uma forma absolutamente voluntária de respeito e efetivação dos direitos fundamentais pela esfera privada.

3.1 Uma resposta às mudanças econômicas e sociais deste século

Quando surgiu a doutrina da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, no século passado, esta com grande clareza anteviu uma tendência que iria se desenvolver de forma grandiosa neste século, ou seja, a questão do respeito aos direitos fundamentais, de forma ampla, como o único meio de se manter o bem estar social, dentro de um mundo globalizado e com uma economia tão dinâmica e complexa.

Após a chamada terceira revolução industrial, ou revolução da informação, a dinamicidade do capital, bem como a ausência de fronteiras econômicas e culturais, não permitiu que se cometessem os mesmos erros do período liberal, considerando o particular como um ente livre para tomar suas decisões independentemente do bem estar social.

Esta atitude, seria um quase suicídio social, uma vez que se no séculos XVIII e XIX o capital tinha uma mobilidade um tanto quanto lenta e os lucros eram baseados em produtos, bens que bem ou mal geravam empregos e alguma renda a população, o capitalismo moderno tem como base um capital sem fronteiras e desvinculado dos bens produzidos, trata-se de dinheiro eletrônico, dinâmico, baseado em um complexo mercado financeiro mundial onde o bem em si não mais esta no centro da cadeia lucrativa.

Sem explicações econômicas mais complexas, a questão é que se no século XIX, uma fábrica de carros obtinha lucros com a venda dos carros, hoje esta mesma fábrica tem um maior lucro com suas ações, marca e o desenvolvimento e comercialização de novas tecnologias, o que permite que a produção dos carros em si não seja se quer feita pela própria empresa mas por outras terceirizadas.

Com tamanho desenvolvimento e sem uma intervenção estatal adequada haveria uma extrema queda nos postos de empregos em países com legislações trabalhistas desenvolvidas bem como uma migração destes impostos para países onde a mão de obra é barata e não há qualquer proteção aos direitos do trabalhadores.

Isto geraria uma desorganização social mundial e a não observação dos direitos fundamentais poderia gerar um caos social jamais imaginado. Situações como estas chegaram a acontecer, e isto fez despertar na consciência dos legisladores, bem como de toda população mundial, que a sociedade contemporânea somente sobreviveria sem maiores traumas dentro de uma economia globalizada, se a propriedade e o particular bem como o Estado respeitasse conjuntamente os direitos fundamentais.

A priori é o que prega a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, mas neste contexto desenvolveram-se meios de efetivação mais específicos como o desenvolvimento da teoria da função social da propriedade e da empresa que tem como suporte a questão da drittwirkung indireta ou mediata e uma tese sem precedentes que vem a ser a questão da responsabilidade social, ou seja, um meio voluntário de respeito aos direitos fundamentais pelas empresas que viram no respeito a esses direitos uma fonte ao mesmo tempo de lucro e da manutenção da estabilidade econômica.

3.2 A função social da empresa

Ao pensar em propriedade, muitas vezes pensamos primeiramente na propriedade rural, este tipo de assimilação é natural, uma vez que a

sociedade ocidental sofreu suas grandes revoluções tendo a propriedade rural como tema central.

Desde o império romano, a obtenção de território significava a maior fonte de poder e riquezas, com a queda deste e o início do período feudal, a terra significou a atribuição do que haveria de ser maior status de poder da época, mais que a própria riqueza, ou seja, a nobreza. Por séculos a detenção do poder ficou nas mãos dos que eram tidos como enviados de Deus para governar, os nobres mantinham seu poder baseados nestas explicações divinas. Ocorre que com a queda do absolutismo e o início de uma nova sociedade, era necessário o surgimento de uma outra base de sustentação do poder, uma vez que a nobreza divina havia caído por terra, como os precursores destas revoluções era as burguesias, nada mais natural que ligar o poder a propriedade, o que dava ao mesmo tempo segurança e poder para esta classe.

Segundo Augusto Geraldo Teizen Júnior(2004,p. 117)

Na tomada de poder com a Revolução Francesa, a burguesia tratou logo de modificar a sociedade e realizar as idéias fundamentais de sua pregação, implementando, o que foi a sua concepção de liberdade e sua noção de direito de propriedade.....

E o direito de propriedade, tal como configurado, representou um dos aspectos de segurança jurídica almejada e obtida pela burguesia.

Neste contexto a propriedade era plena, livre de qualquer encargo e por conta disso, significou mais do que nunca poder, esta situação passou sofrer mudanças principalmente após a segunda guerra mundial, fatores como o caos ocorrido neste período e as posteriores mudanças na economia fizeram nascer na sociedade a necessidade de se atribuir à maior fonte de riquezas, ou seja, a propriedade, uma

função de efetivação das necessidades da coletividade e não apenas de seu proprietário.

Esta situação passou a ser conhecida como função social da propriedade, que nada mais é do que uma vinculação do particular e seu bem ao restante do meio social em que este está inserido e também depende.

Desta forma, falar em função social da propriedade de forma sociológica, uma vez que seu aspecto jurídico será analisado no tópico seguinte, vem a ser a inserção do particular e o objeto de sua propriedade dentro do contexto social, como protegido pela ordem jurídica, como sempre, mas obrigado por ela a prestar à sociedade na medida em que esta também necessita desta.

Sendo assim, como para manter uma empresa, por exemplo o proprietário precisa de empregados, ou seja, outros membros da sociedade, também deveria respeitar a legislação trabalhista bem como os direitos fundamentais destes empregados, como este proprietário também se beneficia dos impostos pagos por toda a sociedade também deveria pagar os seus, como precisa dos consumidores, deveria respeitar seus direitos.

Como bem define Guilherme Calmon Nogueira da Gama e Felipe Germano Coccedo Ciudad(2007,p.35)

A função social do contrato e da empresa, ademais, deve traduzir as inúmeras finalidades constitucionais da República, não apenas as assim denominadas nos primeiros artigos do Texto Magno, mas também, as traçadas em seu bojo. Desta forma, o respeito à cultura, ao desenvolvimento do ensino, científico e do desporto, além do meio ambiente, compõem o quadro de proteções constitucionais que integram o conceito de função social.

Portanto, a observação da função social nada mais é do que uma forma de incidência dos direitos fundamentais na esfera privada

através de uma norma criada pelo legislador constituinte, ou como asseguram alguns, uma cláusula geral com incidência no ordenamento jurídico constitucional.

Como pode se observar, estas situações muito se assemelham com a doutrina da *drittwirkung* e é este paralelo que será traçado a seguir.

3.1.1 Aspectos jurídicos da função social - Um paralelo com a teoria da *drittwirkung*

Como já visto as extremas mudanças sociais pelas quais passou a humanidade no final do século passado e início do presente, obrigaram os legisladores de praticamente todo o mundo a mitigar a idéia de disponibilidade total do proprietário sobre o bem, e inseri-lo dentro de um contexto social, destinando a este certas obrigações com o objetivo de tornar seu bem útil a ele e a todo o restante da sociedade.

Esta nova maneira de encarar a relação entre o homem e seu objeto de domínio foi chamada de função social e introduzida no ordenamento jurídico de grande parte dos países do mundo no rol dos direitos fundamentais.

Sendo assim, é possível traçar um paralelo entre a questão da função social da propriedade e algumas das variantes teóricas da *drittwirkung*, uma vez que, tratando-se de uma norma de direito fundamental, pode ser entendida como uma cláusula geral criada pelo legislador que irradia para todo o ordenamento jurídico a fim de dar parâmetro a aplicação das demais normas constitucionais.

Como determina Augusto Geraldo Teizen Júnior (2004, p.132) ao explicar a eficácia e a natureza jurídica da função social

Assim, as cláusulas gerais tornam-se elementos preponderantes deste sistema. Examinar a função social do contrato e entendê-la como cláusula geral permitirá ao

intérprete habilitar-se e dar interpretação e solução mais justa ao universo jurídico na qual ele se insere.

Ainda neste sentido, Guilherme Calmon Nogueira da Gama e Andréa Leite Ribeiro de Oliveira(2007,p.53) consideram a função social um princípio geral

A Constituição Federal de 1988 trouxe uma série de princípios gerais, fundamentais e jurídicos, que caracterizam todo o ordenamento jurídico e orientam a interpretação e a aplicação das normas constitucionais e infraconstitucionais. Dentre estes princípios esta a função social da propriedade, positivado por força de decisão política do constituinte.

Estas considerações demonstram que grande parte da doutrina brasileira considera direitos fundamentais como a função social clausulas gerais ou princípios gerais criados pelo legislador que servem de parâmetro para todo o restante do ordenamento jurídico. Este pensamento nada mais é do que a justificativa do Tribunal Constitucional Federal alemão para a aplicação dos direitos fundamentais na esfera privada no caso Lüth, onde ficou conhecida como teoria da irradiação dos direitos fundamentais e consagrou a teoria da drittwirkung indireta ou mediata, uma vez que a clausula geral que permite a irradiação ao plano privado é criada pelo legislador. Na verdade, a função social da propriedade é o grande elo entre a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais e sua verdadeira efetivação no plano concreto, uma vez que é uma clausula geral ou um princípio geral que da parâmetro a aplicação de normas infraconstitucionais, porém tem além deste caráter axiológico, um status positivo e coercitivo, uma vez que aquele que não observa este direito fundamental corre o risco de sofrer varias sanções dentre elas a perda do bem.

È desta forma a mais efetiva forma de proteção dos direitos fundamentais na esfera privada, uma vez que através dela o

proprietário é obrigado a respeitar toda uma gama de direitos fundamentais que compõe a idéia de função social sob pena da perda do próprio direito a sua propriedade privada.

Em um exemplo pratico, se o proprietário de uma empresa privada obriga as suas empregadas a se submeterem a testes de gravidez mensalmente sob pena de rescisão contratual, este a priori não esta respeitando a legislação trabalhista e os direitos fundamentais à privacidade e dignidade de suas empregadas.

Cabe a esta empresa para atender a sua função social não só gerar empregos mas respeitar a legislação trabalhistas e acima de tudo a constituição federal, desta forma sofrera esta as sanções do não atendimento a função social e assim haverá uma incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas tanto como clausula geral que influenciou a criação de sanções no âmbito infraconstitucional, quanto com um status positivo na figura das próprias sanções.

Por certo que esta relação torna-se cada vez mais complexa, o que surgiu com o caso Lüth nos anos 50 evoluiu muito até aqui e a tendência é continuar evoluindo, a função social caracterizou grande parte desta evolução uma vez que trata-se de um direito fundamental impar, que criou o já mencionado elo entre teoria e pratica em ordenamentos jurídicos que não mencionam a possibilidade de uma eficácia direta.

Se a função social foi uma das maiores e recentes evoluções a respeito da teoria da eficácia horizontal, principalmente a indireta, ela definitivamente não foi a ultima.

Cabe neste trabalho mencionar a ultima grande tendência mundial a respeito da concretização dos direitos fundamentais na esfera privada, a chamada responsabilidade social das empresas, tema que será devidamente abordado a seguir.

4 A Responsabilidade Social

As transformações mundiais, já citadas, ocorridas principalmente com o fim da segunda guerra mundial , geraram uma grande evolução jurídica a respeito da questão dos direitos fundamentais e sua eficácia, mas cabe ressaltar que além de mudanças no plano jurídico não podemos olvidar das mudanças sociais.

Quando assinada em 1948 a Declaração Universal de Direitos do Homem , podia se dizer que apenas em pontos isolados do globo como França e Estados Unidos as pessoas sentiam-se titulares de direitos fundamentais.

O restante da população mundial nem sequer sabia da existência desta classe de direitos e seu grande poder e importância, mas 60 anos depois , após muitos acontecimentos históricos que de diversas formas colocaram em xeque esta classe de direitos, porém que ao mesmo tempo lhe colocou em destaque, a população mundial esta cada vez mais consciente de sua existência e titularidade.

A priori esta noção surgiu a partir do respeito destes direitos pelo Estado, a luta contra as ditaduras militares na América Latina, deixou clara a existência de uma consciência de que certos direitos são inerentes a todos e invioláveis por quem quer que seja.

Décadas depois principalmente nos anos 90 esta noção de respeito aos direitos fundamentais foi ampliada para os particulares, ou seja, após o reconhecimento pelo Estado surgia uma necessidade de reconhecimento pelos próprios particulares, a história e principalmente a Declaração da ONU de 1948 tornou inviável um neo-liberalismo social, uma vez que a população tomou cada vez mais consciência de que todos são titulares de direitos humanos.

Esta mudança social de mentalidade não demorou a repercutir no plano econômico, a medida que a imprensa retomava seu papel de fiscal social no Brasil e nos demais países latino-americanos onde a mesma sofreu restrições em décadas passadas, chagavam na mídia informações de agressões a direitos fundamentais cometidas por particulares.

Empresas que geravam severos impactos ambientais , não respeitavam o direito dos trabalhadores, ou mesmo se omitiam diante

das necessidades sociais e econômicas do ambiente onde estavam inseridas eram trazidas constantemente aos noticiários o que gerou uma crítica social a esta espécie de atitude.

Logo, com a consciência crítica do cidadão a respeito de seus direitos, empresas com estas características passaram a sofrer perdas, o que obrigou o mundo empresarial a criar uma nova forma de gestão que privilegiasse a busca do lucro somada ao bem estar dos trabalhadores, da local onde está esta empresa e de toda a sociedade.

Nascia desta forma o que passou a ser chamado de responsabilidade social da empresa, ou seja, uma atitude prática e voluntária de efetivação dos direitos fundamentais a fim de manter um padrão lucrativo dentro de uma sociedade cada vez mais exigente e consciente de seus direitos.

Segundo Guilherme Calmon Nogueira da Gama e Bruno Paiva Bartholo(2007,p.104)

A maioria dos empresários que assume iniciativas desta índole, tem por objetivo atrelar a seu empreendimento uma imagem positiva junto a comunidade, integrada por potenciais consumidores de seus produtos ou de seus serviços.

Hoje a questão da responsabilidade social tornou-se uma das principais estratégias empresariais, benéfica tanto para a empresa quanto para a sociedade, empregados que tem seus direitos respeitados e efetivados produzem mais e consumidores que tem seus direitos também respeitados e a consciência que estão consumindo um produto de uma empresa que respeita seus direitos fundamentais e do restante da coletividade tornam-se fieis aquele produto.

Não há aqui qualquer pretensão de adentrar na seara empresarial, mas o que se visa demonstrar com estas informações é que nasce uma consciência social a respeito dos direitos fundamentais influenciada por fatores históricos e pela própria mídia que hoje serve

como importante veículo de fiscalização do cumprimento destes direitos seja pelo setor público ou privado.

A tendência atual é que as empresas independentemente de qualquer meio coercitivo respeitem os direitos fundamentais, para conseguirem sobreviver em um mercado com consumidores cada vez mais conscientes destes direitos.

A responsabilidade social ainda não é uma regra e seria inocente dizer que não há mais a necessidade de meios coercitivos que levem ao cumprimento destes direitos pelos particulares, ou que a discussão a respeito da eficácia dos direitos fundamentais na esfera privada acabou pois os particulares decidiram respeitar esses direitos de forma espontânea.

O que se quer dizer é que a evolução jurídica e social a respeito da eficácia horizontal dos direitos fundamentais é irreversível, uma vez que já está enraizada na consciência da população de países democráticos que todos são titulares destes direitos fundamentais e por isso devem ser respeitados seja na esfera pública ou privada, não fosse assim grandes empresas não se reestruturariam e gastariam fortunas para atender aos direitos fundamentais de seus consumidores. Isto demonstra que as vozes contrárias a questão da eficácia horizontal dos direitos fundamentais estão caminhando na contra-mão da história e da própria evolução destes direitos característicos de todo ser humano.

5 Conclusão

Esta discussão é irreversível, o mundo sofreu transformações suficientes nos últimos anos para enraizar em grande parte dos seres humanos a ideia de que eles são titulares de direitos fundamentais e que ninguém, nem Estado, nem outro particular tem o poder ou o direito de violá-los.

Diante desta mutação social os próprios particulares buscam se adaptar e respeitar mutuamente estes direitos, como já dito a história tornou insustentável um neo-liberalismo social, portanto se opor a eficácia horizontal dos direitos fundamentais é lutar contra o inevitável