

DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS NA ERA DA GLOBALIZAÇÃO

*HUMAN AND FUNDAMENTAL RIGHTS IN THE AGE OF
GLOBALIZATION*

*LOS DERECHOS HUMANOS Y FUNDAMENTALES EN LA
ERA DE LA GLOBALIZACIÓN*

Mateus de Oliveira Fornasier
UNIJUI/RS

*Carolina Andrade Barriquello*²
UNIJUI/RS

Resumo

Este trabalho objetiva abordar a questão dos direitos humanos e fundamentais em uma era global, visando por meio deles a inclusão dos excluídos das comunicações sistêmicas, bem como a tentativa de barrar a tendência expansiva dos sistemas globais. É dividido, especificamente, em três objetivos/seções, que pretendem: i) analisar a evolução da sociedade mundial - da moderna sociedade internacional, baseada na soberania estatal, à global, em que o Estado passa a dividir seu papel de destaque para com outros atores; ii) caracterizar sistemicamente os direitos humanos e fundamentais para além do seu caráter de postulados internacionais/constitucionais; iii) aprofundar o papel dos direitos humanos/fundamentais, passando-se a tomá-los como instrumentos de contenção às tendências expansivas dos sistemas sociais, em prol da proteção da pessoa humana. Seu método de pesquisa é sistêmico-constitutivista, de abordagem qualitativa e técnica de pesquisa bibliográfico-documental.

Palavras-chave

Sociedade internacional. Globalização. Direitos humanos, Direitos fundamentais.

Abstract

¹ Professor dos Programas de Pós Graduação Stricto Sensu (Mestrado) em Direitos Humanos e de Graduação em Direito da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUI). Doutor em Direito (UNISINOS), com pós-doutorado pela University of Westminster (Reino Unido)

² Mestre em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUI). Advogada.

This paper aims to address the issue of human and fundamental rights in a global era, seeking through them the inclusion of those who are excluded from systemic communications, as well as the attempt to curb the expansive tendency of global systems. It is divided specifically into three objectives/sections: i) to analyze the evolution of world society - from the modern international society, based on State sovereignty, to global, in which the State begins to share its role with other actors; ii) systemically characterize human and fundamental rights beyond their character as international/constitutional postulates; iii) to deepen the role of human/fundamental rights, taking them as instruments of containment to the expansive tendencies of social systems, for the protection of the human person. Its method of research is systemic-constructivist, with a qualitative approach and bibliographical-documentary research technique.

Keywords

International society. Globalization. Human rights. Fundamental rights.

INTRODUÇÃO

Quando as mídias sociais difundem notícias acerca de conflitos (bélicos ou não), tragédias (naturais ou antrópicas) e miséria (material ou espiritual, na acepção racional do termo), é corriqueiro que se questione onde está o Estado, detentor de poder militar, econômico, administrativo e regulamentar a quem, há pelo menos quatro séculos, se recorre para justificar, conter (ou até mesmo culpar, o que não é raro) por essas questões contingenciais. Pode-se, com o perdão da filosofia, classificar como praticamente natural que esse questionamento seja realizado, já que a todo tempo os indivíduos devem, de uma forma ou outra, seguir as normas provenientes do Estado, e em razão delas prestar contas, justificar sua ação ou, em caso de descumprimento, sofrer sua sanção.

Essa realidade, contudo, passa a ser relativizada quando se observa que há várias décadas a ação política do Estado deixa de ter um fim em si mesmo (ainda que constitucionalmente justifique esse fim na “soberania popular” ou termos democráticos do gênero). Sua ação é limitada por arranjos internacionais, interesses econômicos e manifestações sociais oriundas da sociedade civil global atualmente, em maior ou menor grau, a

depende do contexto. Ademais, observa-se que, em razão de um jogo de interesses cada vez mais complexo, o Estado se mostre cada vez menos capaz de conter convulsões sociais - basta lembrar de fatos mais antigos, como a Guerra nos Bálcãs (que ocorreu na vizinhança muito próxima do centro europeu); fatos relativamente mais atuais, como as migrações sírias, africanas e de tantas outras nações à Europa e aos Estados Unidos; e fatos extremamente atuais, como a ascensão de populismos antidemocráticos em vários países do globo que se autodeclaram, constitucionalmente, como sendo democráticos (i.e. EUA, Brasil, Polônia, Hungria, Itália, etc.), tragédias ambientais como de Mariana e Brumadinho, no Brasil; e a moldagem do mundo a partir da economia global (crises financeiras, deslocamento da produção para países com pouca ou nenhuma regulamentação trabalhista/ambiental/econômica), para se questionar até que ponto o Estado continua soberano.

Este trabalho é delimitado, temporalmente, nos últimos três ou quatro séculos da história do Ocidente (principalmente), apesar de não se dispor a traçar uma linha do tempo - mas sim, a comparar os sentidos de *sociedade internacional*, concebido nos períodos compreendidos entre a Paz de Vestfália e o fim da Segunda Guerra Mundial, e *sociedade global*, o qual parece emergir a partir da segunda metade do século XX. Elegeram-se esses dois grandes marcos temporais em razão da importância que a doutrina de Direito Internacional, os estudos de Sociologia e de Relações Internacionais, principalmente (mas sem a exclusão de outras, tais como a Ciência e a Filosofia Política), têm dado a eles para se traçar a história mais recente da soberania estatal.

Justifica-se a importância desse tipo de trabalho por várias razões. Elenquem-se, aqui, em primeiro lugar, a sua importância para os estudos jurídicos: demonstrar, interdisciplinarmente, que para além da importância dada aos direitos fundamentais no ordenamento jurídico pátrio, eles podem assumir um papel que transcende o Direito em sua compreensão social - qual seja, a de instrumentos para a inclusão e para a contenção de exclusões. Em segundo lugar, politicamente pode-se

demonstrar que o papel do Estado, por mais que este ainda seja detentor de grandes poderes em relação aos indivíduos, frente a novas organizações globais se torna de relativa soberania. Oportunisticamente tais organizações conseguem, por vezes, superar o papel do Estado; outras, valer-se do Estado para a consecução dos seus interesses. Socialmente, justifica-se a relevância desse trabalho em razão da associação que se faz entre realidade e complexidade, para além de considerações simplistas, lineares, que concebem a política como centrada no Estado, e a responsabilização por crises apenas neste.

Objetiva-se, no âmbito geral deste trabalho, abordar a questão dos direitos humanos e fundamentais em uma era global, visando por meio deles a inclusão dos excluídos das comunicações sistêmicas, bem como a tentativa de barrar a tendência expansiva dos sistemas globais. Para a consecução desse objetivo geral, dividiu-se o artigo em três seções, cada uma objetivando, específica e respectivamente: i) analisar a evolução histórica da sociedade mundial - da moderna sociedade internacional, baseada na soberania estatal, à global, em que o Estado passa a dividir seu papel de destaque para com outros atores (organizações intergovernamentais, organizações não-governamentais e empresas transnacionais); ii) caracterizar sistemicamente os direitos humanos e fundamentais - para além (mas sem desconsiderar) do seu caráter de postulados internacionais/constitucionais, verificáveis como programas de inclusão de excluídos das comunicações sistêmicas; iii) aprofundar o papel dos direitos humanos/fundamentais conforme as mais atuais tendências teóricas da sociologia (sistêmica) do Direito, passando-se a tomá-los como verdadeiras barreiras de contenção às tendências expansivas dos sistemas sociais, em prol da proteção da pessoa humana (física e espiritualmente).

O problema de pesquisa que norteou a elaboração deste artigo pode ser assim descrita: de que forma os direitos humanos e fundamentais podem ser concebidos em uma era de

globalização da economia, da política, do Direito e, num grau de abstração maior, da própria cultura, e em que o Estado se encontra em uma crise existencial? A hipótese que se apresenta é a de que a existência do Estado passa por um questionamento em razão da emergência de novas forças globais, o que complexifica a ação, ressignifica o seu papel de atuação e que, portanto, necessita de uma nova semântica para os direitos humanos e fundamentais - que, para além de normas jurídicas de grande proeminência em ordenamentos internos e externos, devem ser compreendidos num sentido social/global.

A metodologia que norteia a presente pesquisa, utiliza-se do método de interpretação sistêmico-constructivista. Sistêmico porque embasa o que há na sociedade em sistemas (política, economia, saúde, direito, entre outros) e esse funcionamento se dá mediante um programa, código e comunicação, sendo os sistemas cognitivamente abertos e operacionalmente fechados. Constructivista porque se entende que os sistemas sociais são construídos por suas próprias comunicações (de modo autopoietico).

Quanto ao método de abordagem, a pesquisa é qualitativa, com interpretação dos dados e informações coletadas e exposição dos resultados obtidos. Em relação à técnica de pesquisa, por sua vez, é bibliográfica e documental, com domínio dos conteúdos processado por meio da leitura e do fichamento de obras (livros, artigos e outros textos de caráter científico) afins à temática a ser abordada, com o intuito de atingir os objetivos propostos na pesquisa.

1 Da sociedade internacional moderna à global-contemporânea

Entre os anos 1618 e 1648 ocorreu a Guerra dos Trinta Anos, a qual pode-se caracterizar como “um conflito dinástico-religioso, em que estavam envolvidas as questões de liberdade de fé

e da luta pela supremacia política na Europa Ocidental”.³ Devido à sua longa duração e à crescente tensão na Europa tornou-se necessário pôr fim à guerra e assegurar a paz, momento em que se deu a assinatura dos tratados da Paz de Vestfália (1648). Surge, nesse momento, a sociedade internacional moderna, marcada por uma configuração estatal de poder soberano, ausente de intervenções transnacionais, em que os Estados se reconhecem como iguais e soberanos, com liberdade para definir suas estratégias a partir de seus interesses próprios. Passa a ser relegado a um segundo plano o poderio político da Igreja Católica (caracterizadora da sociedade típica do Medievo), bem como quaisquer mediações não-estatais nas relações internacionais, passando o Estado, portanto, a ser o principal ator da sociedade internacional moderna,⁴ que passa a ter como tônica, assim, a luta pelo poder entre Estados⁵ e a busca do equilíbrio nessas tensões interestatais.

Dessa forma, “em algumas situações entre os Estados, pode-se verificar que não são as regras jurídicas e os valores éticos que orientam as condutas políticas dos atores internacionais, e sim que a conveniência e o direito do mais forte faz”.⁶ Isso porque o poder é tido como uma forma de resguardar a segurança dos Estados, pois há um temor e suspeita mútuos devido à ausência de um governo global. Ademais, a sociedade internacional moderna

³ BEDIN, Gilmar Antonio. A sociedade internacional e o século XXI: em busca da construção de uma ordem mundial justa e solidária. Ijuí: UNIJUÍ, 2001, p. 170.

⁴ BEDIN, Gilmar Antonio. A sociedade internacional e o século XXI: em busca da construção de uma ordem mundial justa e solidária. Ijuí: UNIJUÍ, 2001, p. 168.

⁵ BEDIN, Gilmar Antonio. A sociedade internacional clássica: aspectos históricos e teóricos. Ijuí: UNIJUÍ, 2011, p. 23.

⁶ BEDIN, Gilmar Antonio. A sociedade internacional e o século XXI: em busca da construção de uma ordem mundial justa e solidária. Ijuí: UNIJUÍ, 2001, p. 181.

- a) é uma sociedade sem um poder supranacional, isto é, cada membro da sociedade é árbitro legítimo de suas próprias convicções;
- b) é uma sociedade descentralizada, pois o poder é exercido de forma dispersa pelos vários participantes da sociedade;
- c) é uma sociedade que não estabeleceu o monopólio da coação física legítima e nem órgãos centralizados para exercer as funções derivadas desse eventual monopólio;
- [...]
- e) é uma sociedade universal, porque abrange todas as entidades políticas soberanas do globo terrestre.⁷

Como forma de frear os conflitos entre os Estados modernos, criou-se, no âmbito da sociedade internacional moderna, um sistema de equilíbrio de poder, o qual tinha por objetivos: “a) garantir a independência e a sobrevivência dos Estados; b) salvaguardar o sistema em que o Estado se inscreve; c) impedir a dominação de qualquer membro do sistema”.⁸ Esse sistema surge como instrumento de manutenção da paz, pois “a concorrência entre os vários poderes estabelece um sistema de freios para o próprio poder e produz um cenário de paz e de estabilidade entre os diversos participantes do sistema internacional”.⁹ Ainda, “o poder é um instrumento destinado a promover interesses ou alcançar objetivos [e que] o objetivo da política do sistema de equilíbrio ou balança de poder não é eliminar os poderes, mas sim mantê-los em relacionamento pacífico”.¹⁰

⁷ BEDIN, Gilmar Antonio. *A sociedade internacional clássica: aspectos históricos e teóricos*. Ijuí: UNIJUÍ, 2011, p. 46.

⁸ BEDIN, Gilmar Antonio. *A sociedade internacional clássica: aspectos históricos e teóricos*. Ijuí: UNIJUÍ, 2011, p. 59.

⁹ BEDIN, Gilmar Antonio. *A sociedade internacional e o século XXI: em busca da construção de uma ordem mundial justa e solidária*. Ijuí: UNIJUÍ, 2001, p. 201.

¹⁰ BEDIN, Gilmar Antonio. *A sociedade internacional e o século XXI: em busca da construção de uma ordem mundial justa e solidária*. Ijuí: UNIJUÍ, 2001, p. 198.

Entre a Paz de Vestfália e o fim da Segunda Guerra Mundial, o Estado, portanto, tem um período de soberania indiscutível de cerca de trezentos anos na sociedade internacional. Mas a partir da segunda metade do século XX passou a se configurar a sociedade internacional contemporânea, mais complexa e marcada pela interdependência e cooperação entre os Estados e novos atores internacionais, na forma de uma comunidade mundial. O surgimento desses novos atores internacionais “ofusca a outrora absoluta e inquestionável soberania do Estado nacional na sociedade internacional”, revelando-se, entre outros, as organizações internacionais, as organizações não-governamentais e as empresas transnacionais.¹¹ Esses novos atores desde 1948 são reconhecidos pela Organização das Nações Unidas (ONU) como sujeitos de Direito Internacional e são todos aqueles que interferem e atuam na sociedade internacional contemporânea. A sociedade contemporânea baseia-se em relações multicêntricas e interdependentes entre os Estados e os atores internacionais. Além disso, os interesses pela e na política internacional não são mais exclusivos dos Estados, e sim transnacionais, o que gera o aumento da interdependência (dependência mútua) entre os Estados ou entre os novos atores.¹² Além disso, entre os novos atores internacionais, estas organizações são as “que apresentam a caminhada mais longa e o reconhecimento mais sólido no interior da sociedade internacional [pois foram] criadas consensualmente pelos Estados participantes do tratado de

¹¹ FORNASIER, Mateus de Oliveira; FERREIRA, Luciano Vaz. A regulação das empresas transnacionais entre as ordens jurídicas estatais e não estatais. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 1, 2015, p. 395-414; p. 397.

¹² LIMA, Juliana Schmitz Paes de. Interdependência e os organismos internacionais: reflexões sobre as manifestações do poder. p. 371-392. In: OLIVEIRA, Odete Maria de; DAL RI JÚNIOR, Arno. (organizadores). *Relações internacionais: interdependência e sociedade global*. Ijuí: UNIJUÍ, 2003, p. 372-373.

constituição da organização, apesar de possuírem personalidade jurídica própria”.¹³

As organizações internacionais possuem uma constituição própria que “é feita através de um tratado internacional, ou seja, um acordo firmado entre os Estados segundo as normas do direito internacional”,¹⁴ sendo que os Estados possuem liberdade de associação com base na existência de interesses comuns. Pode-se citar como exemplos de organizações internacionais: a Organização das Nações Unidas (ONU, 1945) e seus organismos especializados, tais como a Organização Mundial de Saúde (OMS, 1948) e Organização Mundial do Comércio (OMC, 1995); a Organização dos Estados Americanos (OEA, 1947); e o Fundo Monetário Internacional (FMI, 1946).

Além destas, como mencionado, existem as Organizações Não-Governamentais, que “são organismos criados pela sociedade civil, através da associação voluntária de cidadãos, não se configurando, portanto, como estruturas intergovernamentais ou organismos criados e sustentados pelos Estados modernos. Ao contrário, são estruturas voluntárias de cidadania”.¹⁵ Diante disso, pode-se dizer que as ONGs surgem das necessidades da sociedade, que precisa encontrar formas de atender suas necessidades e solucionar os problemas existentes.

Elas podem, ainda, ser tratadas como alternativas não-burocratizadas, mais flexíveis e mais ágeis de organização social efetivadas por grupos de pessoas que se organizam livremente, sem intenção de lucro, para realizar atividade internacional de interesse

¹³ BEDIN, Gilmar Antonio. A sociedade internacional e o século XXI: em busca da construção de uma ordem mundial justa e solidária. Ijuí: UNIJUÍ, 2001, p. 271.

¹⁴ BEDIN, Gilmar Antonio. A sociedade internacional e o século XXI: em busca da construção de uma ordem mundial justa e solidária. Ijuí: UNIJUÍ, 2001, p. 280.

¹⁵ BEDIN, Gilmar Antonio. A sociedade internacional e o século XXI: em busca da construção de uma ordem mundial justa e solidária. Ijuí: UNIJUÍ, 2001, p. 296.

público, expressando uma solidariedade transnacional.¹⁶ Seu surgimento “está vinculado ao grau de maturidade e de participação dos cidadãos na sociedade e pressupõe novas formas de representação política”.¹⁷

As ONGs são organizações privadas autônomas – que independem de qualquer Estado ou governo –, sem fins lucrativos, constituídas voluntariamente com base no princípio da solidariedade. É possível mencionar que “um dos antecedentes mais importantes das organizações não-governamentais foi justamente a criação do Comitê Internacional da Cruz Vermelha – CICV –, em 1863”, que se destaca por seu trabalho de caráter humanitário e das ajudas de urgências, em períodos de conflitos armados.¹⁸

A relevância das ONGs na atualidade é cada vez maior e vem ganhando crescente visibilidade, pois começam a formar uma governabilidade global. E, em que pese o fato de algumas ONGs terem surgido com caráter duvidoso, nos dias atuais essas enfraqueceram-se, e somente as ONGs internacionais com credibilidade conseguem prosseguir. Ademais, devido ao seu ativismo, as ONGs não raramente entram em conflito com os Estados soberanos. Exemplos de ONGs são: o *Greenpeace*, o Movimento Anistia Internacional e o Movimento dos Médicos sem Fronteiras.

Passam a coexistir com os Estados e as organizações internacionais, também, as ou transnacionais, como protagonistas

¹⁶ BEDIN, Gilmar Antonio. A sociedade internacional e o século XXI: em busca da construção de uma ordem mundial justa e solidária. Ijuí: UNIJUÍ, 2001, p. 297-299.

¹⁷ BEDIN, Gilmar Antonio. A sociedade internacional e o século XXI: em busca da construção de uma ordem mundial justa e solidária. Ijuí: UNIJUÍ, 2001, p. 298.

¹⁸ BEDIN, Gilmar Antonio. A sociedade internacional e o século XXI: em busca da construção de uma ordem mundial justa e solidária. Ijuí: UNIJUÍ, 2001, p. 300.

de decisões de caráter global.¹⁹ “Organizações transnacionais (com ou sem fins lucrativos) pairam sobre as ordens jurídicas (e políticas) estatais, entrelaçando-se para com elas quando possível ou necessário”.²⁰

A emergência das empresas transnacionais (ETNs), fenômeno relativamente recente (característico do século XX, com grandes reflexos no século XXI), se deu em um período de acelerada evolução tecnológica, desenvolvimento e comercialização da produção, com novos hábitos de consumo e novas demandas, ou seja, como causa e consequência da globalização. As ETNs são atores internacionais que adquiriram esse status especialmente após a Segunda Guerra Mundial, com comunicações que se dão para além do Estado nacional, seja com repercussão em outros locais como em outras áreas do conhecimento.²¹

As ETNs são entidades privadas e, ao contrário das organizações internacionais e não-governamentais, possuem fins lucrativos. Elas foram tendo uma abrangência cada vez maior, com feições universais e campo de atuação para além das fronteiras nacionais, uma vez que seus fluxos econômicos são cada vez maiores e que os comandos das empresas transnacionais ultrapassam fronteiras. Por esse motivo, e devido ao grande poder

¹⁹ LIMA, Juliana Schmitz Paes de. Interdependência e os organismos internacionais: reflexões sobre as manifestações do poder. p. 371-392. In: OLIVEIRA, Odete Maria de; DAL RI JÚNIOR, Arno. (organizadores). Relações internacionais: interdependência e sociedade global. Ijuí: UNIJUÍ, 2003., p. 379.

²⁰ FORNASIER, Mateus de Oliveira; FERREIRA, Luciano Vaz. Regulação do risco nanotecnológico e normas do sistema ISO: da possibilidade de uso criativo do direito global transnacional. Revista Paradigma, Ribeirão Preto-SP, a. XXII, v. 26, n. 1, p. 75-102, jan./jun. 2017, p. 77.

²¹ FORNASIER, Mateus de Oliveira; FERREIRA, Luciano Vaz. A regulação das empresas transnacionais entre as ordens jurídicas estatais e não estatais. Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 12, n. 1, 2015, p. 395-414.

econômico, são consideradas claros exemplos da economia capitalista, capazes de constituir grandes cadeias jurídicas.²²

Em um cenário hipercomplexo e policontextual, que conta com a multiplicidade de normas, interpretações e forma de comunicação, “as ETNs têm desenvolvido seus próprios códigos de conduta corporativa de maneira aparentemente voluntária, privada e pouco precisa, a fim de que sejam estabelecidas boas relações”.²³ Com atuação para além do Estado, dirigidas por pessoas de diversas nacionalidades e cujas decisões dependem de inspiração nacional, constituem filiais e estabelecem relações comerciais com diversos países do globo. Ademais,

[...] são entidades que possuem uma estrutura interna fortemente hierarquizada e uma unidade de direção, o que cria uma relação de dependência das empresas filiais à empresa-mãe e concentra em um único centro a capacidade de decisão, que envolve todas as questões de alcance transnacional e as estratégias comuns a todo o complexo da empresa.²⁴

As empresas transnacionais, diferentemente das nacionais, são compostas por várias empresas em rede, em conglomerados e desenvolvem sua produção em ampla dimensão geográfica, tendo alcance mundial e com sua produção dirigida ao mercado global. Elas rompem com o conceito de empresa que identificava-se com um Estado, pois são desterritorializadas. Além

²² FORNASIER, Mateus de Oliveira; FERREIRA, Luciano Vaz. A regulação das empresas transnacionais entre as ordens jurídicas estatais e não estatais. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 1, 2015, p. 395-414; p. 397.

²³ FORNASIER, Mateus de Oliveira; FERREIRA, Luciano Vaz. A regulação das empresas transnacionais entre as ordens jurídicas estatais e não estatais. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 1, 2015, p. 395-414; p. 398.

²⁴ BEDIN, Gilmar Antonio. *A sociedade internacional e o século XXI: em busca da construção de uma ordem mundial justa e solidária*. Ijuí: UNIJUÍ, 2001, p. 316.

disso, preveem o máximo de lucro com o mínimo de custos, tendo por função a máxima obtenção de benefício e a competitividade global.²⁵

Apesar de ultrapassarem as fronteiras nacionais e de sua atuação ter repercussões em diversos países, essas empresas não estão ausentes de controle jurídico, pois “submetem-se, no mínimo a duas ordens jurídicas: do país onde foram constituídas e mantém a sua sede (“país de origem”) e do local onde exercem as suas atividades (“país hospedeiro)”²⁶. Sua operação se dá “pela competição global. As especificidades nacionais são, neste caso, secundárias [...]. Assim, está rompida a identidade Estado-corporação, tornando as decisões direcionadas ao mercado mundial e à competição global”²⁷.

As ETNs rompem as barreiras nacionais, aceleram a globalização da economia e não possuem qualquer preocupação com espaços públicos democráticos, sociedade civil mundial e cidadania global. O que se busca é possibilitar o acesso de novos clientes a velhas necessidades e criar novas necessidades para os antigos clientes, prezando o consumo e máximo lucro. Uma vez centradas em interesses próprios, não se preocupam com os interesses nacionais. Ademais, um problema relevante é que essas empresas fragilizam as “culturas tradicionais, criando uma cultura mundial, dominada pelo consumismo”,²⁸ o que põe em risco a

²⁵ BEDIN, Gilmar Antonio. A sociedade internacional e o século XXI: em busca da construção de uma ordem mundial justa e solidária. Ijuí: UNIJUÍ, 2001, p. 317.

²⁶ FORNASIER, Mateus de Oliveira; FERREIRA, Luciano Vaz. A regulação das empresas transnacionais entre as ordens jurídicas estatais e não estatais. Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 12, n. 1, 2015, p. 395-414; p. 402.

²⁷ BEDIN, Gilmar Antonio. A sociedade internacional e o século XXI: em busca da construção de uma ordem mundial justa e solidária. Ijuí: UNIJUÍ, 2001, p. 314.

²⁸ BEDIN, Gilmar Antonio. A sociedade internacional e o século XXI: em busca da construção de uma ordem mundial justa e solidária. Ijuí: UNIJUÍ, 2001, p. 319.

autonomia dos Estados, uma vez que relativiza e fragiliza as fronteiras nacionais.

“O surgimento dos novos atores internacionais trouxe uma nova configuração das relações internacionais, [pois] multiplica as possibilidades de relações no interior da sociedade internacional e diversifica os polos políticos de referência da sociedade internacional”. Ademais, trata da interdependência como “um dos fatos que prepara a emergência de outro fenômeno, de dimensões mais profundas e abrangentes, e que se constituiu no mais importante acontecimento econômico, político e social das últimas décadas: o fenômeno da globalização do mundo”.²⁹

Pode-se dizer, além disso, que a interdependência é a dependência mútua, que gera efeitos recíprocos entre os países ou entre os atores internacionais, seja pelo intercâmbio de bens, pessoas ou até mesmo o dinheiro. E essa interdependência, ocorrida através da maior comunicação e cooperação entre os Estados e os atores, como mencionado, leva ao fenômeno da globalização do mundo.

A globalização “é processo policêntrico, mediante o qual diversos âmbitos sociais (e.g. Economia, Política e comunicações) superam seus limites regionais constituindo setores globais autônomos”; contudo, cabe mencionar que “alguns subsistemas – notadamente a Política e o Direito – continuam a se referir à territorialidade, pois a divisão em fronteiras estatais ainda é considerada um parâmetro útil para a consecução de suas funções”.³⁰

²⁹ BEDIN, Gilmar Antonio. A sociedade internacional e o século XXI: em busca da construção de uma ordem mundial justa e solidária. Ijuí: UNIJUÍ, 2001, p. 322-323.

³⁰ FORNASIER, Mateus de Oliveira; FERREIRA, Luciano Vaz. Regulação do risco nanotecnológico e normas do sistema ISO: da possibilidade de uso criativo do direito global transnacional. Revista Paradigma, Ribeirão Preto-SP, a. XXII, v. 26, n. 1, p. 75-102, jan./jun. 2017, p. 85.

Com a emergência do fenômeno da globalização, surge uma nova formulação do modelo de sociedade, com redefinição de noções como tempo e espaço, que passam por um encurtamento de distâncias, permitindo que os acontecimentos se deem em qualquer lugar do planeta em qualquer momento. Há, portanto, a partir desse momento, uma reorganização social, constituída a partir de referências mundiais, e “caracterizada por uma maior interdependência global, em que o centro da articulação da sociedade internacional desloca-se, em boa medida, dos Estados soberanos para os novos atores das relações internacionais”.³¹

Fala-se, por exemplo, em aldeia global [...] e do encurtamento das distâncias [...]. É como se o mundo se houvesse tornado, para todos, ao alcance da mão. Um mercado avassalador dito global é apresentado como capaz de homogeneizar o planeta quando, na verdade, as diferenças locais são aprofundadas. Há uma busca de uniformidade [...], mas o mundo se torna menos unido, tornando mais distante o sonho de uma cidadania verdadeiramente universal.³²

Esse novo modelo de relações sociais, políticas e econômicas exige, cada vez mais, a redução do Estado no campo econômico, acabando por concentrar o capital nas mãos de poucos indivíduos e, gerando, com isso, uma distribuição desigual dos serviços públicos. Nesse sentido, a globalização é “um fenômeno complexo e intenso de interações transnacionais, onde a empresa

³¹ BEDIN, Gilmar Antonio. A sociedade global e suas possibilidades de realização: um olhar a partir das relações internacionais. p. 505-536. In: OLIVEIRA, Odete Maria de; DAL RI JÚNIOR, Arno. (organizadores). Relações internacionais: interdependência e sociedade global. Ijuí: UNIJUÍ, 2003, p. 507.

³² SANTOS, Milton. Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal. São Paulo: Record, 2005, p. 18-19.

privada progressivamente substitui o Estado como ator principal”³³ criando uma nova estrutura e organização socioeconômica.

Passa-se então a “uma espécie de sociedade mundial, na qual o espaço tornou-se, de um momento para outro, um único lugar para todos os seres humanos. Hoje, portanto, vivemos, querendo ou não, em um novo mundo, interdependente e globalizado”.³⁴ E isso marca uma nova era, “a Era da Globalização, caracterizada por uma hegemonia global sobre a economia dos estados nacionais, isto é, da supremacia dos atores globais”.³⁵ Há, nesse cenário, a

[...] formação de uma nova realidade social, agora sobretudo global, formada por uma sociedade internacional que adquire uma opinião pública global, facilitada pelas redes de comunicação e que, sentindo-se em uma “aldeia global”, assiste em tempo real e discute o atentado ao *World Trade Center*, organiza passeatas contra posicionamentos políticos de dirigentes de governos de outros países; se ressentida da criminalidade internacional; percebe e teme que as crises cambiais de países periféricos possam afetar de alguma forma a sua economia nacional.³⁶

A globalização foi um processo que afetou significativamente a soberania dos Estados nacionais, trazendo a interdependência entre os Estados, que fez com que o Estado

³³ FARIA, José Eduardo. O direito na economia globalizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 62.

³⁴ BEDIN, Gilmar Antonio. A sociedade internacional e o século XXI: em busca da construção de uma ordem mundial justa e solidária. Ijuí: UNIJUÍ, 2001, p. 338.

³⁵ BEDIN, Gilmar Antonio. A sociedade internacional e o século XXI: em busca da construção de uma ordem mundial justa e solidária. Ijuí: UNIJUÍ, 2001, p. 337.

³⁶ MENEZES, Wagner. Ordem global e Transnormatividade. Ijuí: UNIJUÍ, 2005, p. 105.

perdesse seus limites e característica maior de centro único de poder. Isso fragiliza sobremaneira o Estado, pois essa situação de intercâmbios globais de várias naturezas (informativos, econômicos, políticos, tecnológicos, etc.) depende cada vez mais de uma regulação de âmbito superior, com normas internacionais. Com a crise da soberania, o Estado deixou de ser o centro do poder e perdeu sua autonomia, “passando a dividir seu espaço com outros atores, numa sociedade internacional cada vez mais pluralista e com relações mais estreitas e interdependentes”.³⁷

No contexto mundial globalizado ocorre a ruptura entre o Poder e a Política - associação que, outrora, era composta paralelamente pelo Estado. Isso se entendermos por Política a capacidade de estabelecer as medidas necessárias ao enfrentamento de crises e ao atendimento de demandas, e o Poder, como a capacidade de efetivá-las. Essa cisão é fundamental para a compreensão da incapacidade dos Estados em superar a crise política atual, pois o poder hoje se encontra no âmbito global, pertencente ao poderoso mercado econômico transnacional, permanecendo a política no âmbito local e enfraquecida.³⁸

A globalização permitiu a aceleração das “comunicações, mercados, fluxos de capitais e tecnologias, intercâmbios de ideias e imagens, modifica os parâmetros herdados sobre a realidade social, o modo de ser das coisas, o andamento do devir. As fronteiras parecem dissolver-se. As nações integram-se e desintegram-se”.³⁹ Com essa rápida mudança nas relações mundiais e a emergência de uma sociedade complexa e globalizada,

³⁷ LIMA, Juliana Schmitz Paes de. Interdependência e os organismos internacionais: reflexões sobre as manifestações do poder. p. 371-392. In: OLIVEIRA, Odete Maria de; DAL RI JÚNIOR, Arno. (organizadores). Relações internacionais: interdependência e sociedade global. Ijuí: UNIJUÍ, 2003, p. 374.

³⁸ OLIVEIRA, Emerson Ademir Borges de; PAYÃO, Jordana Viana. Direitos fundamentais na pós-modernidade sob a perspectiva da análise econômica do Direito. Revista da Faculdade Mineira de Direito, v. 21, n. 41, Marília, p. 203-224, 2018, p. 213.

³⁹ IANNI, Octavio. Teorias da globalização. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1995, p. 209.

O mundo transforma-se em território de todo o mundo. Tudo se desterritorializa e reterritorializa. Não somente muda de lugar, desenraiza-se, circulando pelo espaço, atravessando montanhas e desertos, mares e oceanos, línguas e religiões, culturas e civilizações. As fronteiras são abolidas ou tornam-se irrelevantes e inócuas, fragmentam-se e mudam de figura, parecem mas não são. Os meios de comunicação, informação, transporte e distribuição, assim como os de produção e consumo, agilizam-se universalmente.⁴⁰

A emergência de uma economia global desterritorializada possibilitou a produção e comercialização de bens em qualquer parte do mundo, passando-se a uma configuração de mundo multipolar sem um poder hegemônico.⁴¹ Na economia global, os bens são “produzidos em escala planetária, em que a matéria-prima é proveniente de vários países, os componentes são fabricados ao mesmo tempo absorvendo mão-de-obra de diferentes países e a distribuição do produto final se dá nas mais variadas partes do mundo”.⁴²

“Desde o fim da Segunda Guerra Mundial, e mais ainda desde o encerramento da Guerra Fria, o capitalismo entrou num ciclo especificamente global, atravessando fronteiras políticas e culturais”.⁴³ Isso porque, “com o final da Guerra Fria e o

⁴⁰ IANNI, Octavio. Teorias da globalização. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1995, p. 212.

⁴¹ BEDIN, Gilmar Antonio. A sociedade global e suas possibilidades de realização: um olhar a partir das relações internacionais. p. 505-536. In: OLIVEIRA, Odete Maria de; DAL RI JÚNIOR, Arno. (organizadores). Relações internacionais: interdependência e sociedade global. Ijuí: UNIJUÍ, 2003, p. 511.

⁴² MENEZES, Wagner. Ordem global e Transnormatividade. Ijuí: UNIJUÍ, 2005, p. 106.

⁴³ MAURIEL, Ana Paula Ornellas. Capitalismo, políticas sociais e combate a pobreza. Ijuí: Ed. UNIJUI, 2011, p. 229.

aprofundamento da globalização, emerge um cenário político-econômico complexo, instável e multipolar, capaz de transformar as relações entre os principais atores nacionais e internacionais”.⁴⁴

A partir dessa intensificação da globalização, no presente século, começam a apresentar-se “problemas relacionados com o surgimento, a consolidação e a hegemonia de organizações políticas, econômicas e sociais de abrangência tendencialmente global”,⁴⁵ o que gera consequências em relação ao papel do Estado e fragiliza o poder e a soberania territorial do Estado, deslocando-a para entidades políticas supranacionais. Mas apesar de muito falar-se na morte do Estado diante dessa situação, “o que estamos vendo é seu fortalecimento para atender aos reclamos da finança e de outros grandes interesses internacionais, em detrimento dos cuidados com as populações cuja vida se torna mais difícil”.⁴⁶ Isso quer dizer que o Estado não some simplesmente do cenário político, mas deixa de ter a concentração absoluta do poder, o qual é relevante na organização das relações entre os Estados. “A despersonalização do poder pelo Estado vem sendo feita de forma tão sutil que acaba por esconder quem de fato detém o poder de mando em última instância na sociedade política”.⁴⁷

Ademais, “ao inviabilizar o exercício da soberania, a globalização descontrola e engendra o risco de anular a cidadania e,

⁴⁴ GREGORI, Matheus Silva de; MAYCÁ, Giulia Vogt. Internacionalização do direito: o cosmopolitismo jurídico contemporâneo e os diálogos entre sistemas de justiça. In: STURZA, Janaína Machado; DE GREGORI, Isabel Christine Silva. Diálogos e reflexões na perspectiva do cosmopolitismo jurídico contemporâneo. Porto Alegre: Evangraf, 2018, p. 170.

⁴⁵ BEDIN, Gilmar Antonio. **A sociedade internacional e o século XXI**: em busca da construção de uma ordem mundial justa e solidária. Ijuí: UNIJUÍ, 2001, p. 330.

⁴⁶ SANTOS, Milton. Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal. São Paulo: Record, 2005, p. 219.

⁴⁷ LIMA, Juliana Schmitz Paes de. Interdependência e os organismos internacionais: reflexões sobre as manifestações do poder. p. 371-392. In: OLIVEIRA, Odete Maria de; DAL RI JÚNIOR, Arno. (organizadores). Relações internacionais: interdependência e sociedade global. Ijuí: UNIJUÍ, 2003, p. 375.

com ela, os direitos humanos”.⁴⁸ A globalização e, com ela, a interdependência entre os Estados, facilitou a abertura das fronteiras nacionais, intensificando as relações entre diferentes povos e culturas e, em consequência disso, entre concepções de Justiça.⁴⁹ A partir daí,

As relações internacionais diversificaram-se e se complexificaram, e os interesses nacionais já não são os únicos a motivar as associações em busca de realizações recíprocas, uma vez que outros atores (bancos, ONGs, corporações, conglomerados transnacionais, etc.) são instâncias que atualmente alteram significativamente a política mundial.⁵⁰

Fica evidente, portanto, a intensificação do processo de globalização do mundo, acelerado pelo surgimento de meios de comunicação global instantâneos e o transporte de massa, bem como pela atuação dos novos atores internacionais (organizações internacionais, organizações não-governamentais e, principalmente as empresas transnacionais), reconhecidos pela ONU como sujeitos de Direito Internacional. Além disso, a globalização “leva a uma

⁴⁸ LIMA, Juliana Schmitz Paes de. Interdependência e os organismos internacionais: reflexões sobre as manifestações do poder. p. 371-392. In: OLIVEIRA, Odete Maria de; DAL RI JÚNIOR, Arno. (organizadores). Relações internacionais: interdependência e sociedade global. Ijuí: UNIJUÍ, 2003, p. 375.

⁴⁹ GREGORI, Matheus Silva de; MAYCÁ, Giulia Vogt. Internacionalização do direito: o cosmopolitismo jurídico contemporâneo e os diálogos entre sistemas de justiça. In: STURZA, Janaína Machado; DE GREGORI, Isabel Christine Silva. **Diálogos e reflexões na perspectiva do cosmopolitismo jurídico contemporâneo**. Porto Alegre: Evangraf, 2018, p. 169.

⁵⁰ MAURIEL, Ana Paula Ornellas. Capitalismo, políticas sociais e combate a pobreza. Ijuí: Ed. UNIJUI, 2011, p. 229.

efetiva transformação ou relativização das noções de tempo e de espaço da sociedade internacional moderna”.⁵¹

A globalização não se limita à expansão dos fluxos econômicos e à forte atuação das empresas transnacionais, ela acarreta, além disso, a alteração da organização social da humanidade a partir de padrões transnacionais de interações e exercício de poder.⁵² "A globalização muda, assim, nossa relação com o espaço – que se amplia – e com o tempo – que se acelera".⁵³

É nesse contexto de facilitação das comunicações, abertura das fronteiras nacionais e mundialização do capital e do comércio de bens que ocorrem diversas transformações na sociedade internacional e uma maior inter-relação entre os Estados e os indivíduos. Esses fatores, aliados “a outros fatores científicos, culturais e sociais, que induzem a um pluralismo de ideias e expõem faces da comunidade internacional nunca vista antes, [é que] passa a ser chamado de globalização”.⁵⁴

“As rápidas e profundas transformações societárias em curso no mundo contemporâneo, essencialmente desde meados da década de 70, em geral reunidas sob o termo globalização, vêm impondo rupturas em praticamente todos os âmbitos da vida social”.⁵⁵ Isso porque há uma “dissolução gradual e progressiva das

⁵¹ BEDIN, Gilmar Antonio. A sociedade internacional e o século XXI: em busca da construção de uma ordem mundial justa e solidária. Ijuí: UNIJUÍ, 2001, p. 347.

⁵² BEDIN, Gilmar Antonio. A sociedade internacional e o século XXI: em busca da construção de uma ordem mundial justa e solidária. Ijuí: UNIJUÍ, 2001, p. 346.

⁵³ BEDIN, Gilmar Antonio. A sociedade global e suas possibilidades de realização: um olhar a partir das relações internacionais. p. 505-536. In: OLIVEIRA, Odete Maria de; DAL RI JÚNIOR, Arno. (organizadores). Relações internacionais: interdependência e sociedade global. Ijuí: UNIJUÍ, 2003, p. 517.

⁵⁴ MENEZES, Wagner. Ordem global e Transnormatividade. Ijuí: UNIJUÍ, 2005, p. 103.

⁵⁵ MAURIEL, Ana Paula Ornellas. Capitalismo, políticas sociais e combate a pobreza. Ijuí: Ed. UNIJUI, 2011, p. 179.

fronteiras (principalmente econômicas), e toda a gama de situações novas geradas pelos contatos entre diferentes povos e culturas”.⁵⁶

Pode-se destacar, assim, previamente, que a sociedade internacional moderna, caracterizada desde a Paz de Vestfália pela predominância do Estado e seus interesses, sem qualquer outra instituição paritária (que não fosse um Estado em si mesmo), passa a dividir espaço com outros tipos de atores internacionais a partir do término da Segunda Guerra Mundial. Organizações internacionais surgem e adquirem importância, e a elas logo se somam outros tipos de entes, tais como organizações não-governamentais (representativas de interesses da sociedade civil global, sem fins lucrativos) e empresas transnacionais (representativas de interesses privados, com fins lucrativos) cujas ações transcendem fronteiras.

A emergência desses novos atores é fator de complexificação do cenário social mundial, sendo que os sentidos de mundo passam a ser compartilhados de modo cada vez mais rápido (mediante comunicações que se tornam tão velozes quanto os avanços tecnológicos permitem), *pari passu* com os fluxos econômicos. Essa complexidade permite visualizar uma cisão entre política (atividade estatal) e poder (elemento definidor das ações sociais, que se espalha para além do Estado), característica de uma sociedade global mais ampla que a moderna sociedade internacional.

Isso não vem a significar o relegar do Estado à desimportância, mas sim, uma redefinição do seu papel a partir da ressignificação da moderna noção de soberania, que passa a dividir lugar de destaque com esses outros atores globais, cuja ação ora ultrapassa o poder estatal, ora depende deste para a consecução de

⁵⁶ GREGORI, Matheus Silva de; MAYCÁ, Giulia Vogt. Internacionalização do direito: o cosmopolitismo jurídico contemporâneo e os diálogos entre sistemas de justiça. In: STURZA, Janaína Machado; DE GREGORI, Isabel Christine Silva. Diálogos e reflexões na perspectiva do cosmopolitismo jurídico contemporâneo. Porto Alegre: Evangraf, 2018, p. 171.

seus objetivo. Mas se a soberania estatal é ressignificada, isso vem a afetar a própria noção de cidadania e, conseqüentemente, o modo pelo qual os direitos humanos e fundamentais devem ser compreendidos na atualidade.

2 Direitos humanos/fundamentais e inclusão dos excluídos

Os direitos humanos podem ser considerados uma das maiores aquisições evolutivas da sociedade moderna ocidental e da humanidade no plano jurídico-político. Foi com a modernidade que surgiu a compreensão de que a espécie humana compõe a humanidade e possui dignidade independente de qualquer condição. A partir da Segunda Guerra Mundial, os direitos humanos entraram no cenário mundial com órgãos de proteção mais efetivos. Nesse sentido, “os direitos humanos são expressão de processos de emancipação através das lutas e reivindicações dos movimentos e conflitos sociais; e nisso se encontre talvez a sua permanente atualidade”,⁵⁷ características dos processos sociais da emancipação do homem. A concepção dos direitos humanos coincide com a própria evolução da humanidade, expressando-se ao longo da história, passando por lugares e épocas distintas,⁵⁸ sendo que “os direitos humanos são válidos para todos os povos em todos os tempos”.⁵⁹

Alguns dos principais documentos que teriam afirmado os direitos humanos ao longo da história da humanidade, dentre eles: a *Magna Carta* de 1215, a Lei de *Habeas Corpus*, da Inglaterra de 1679; a Declaração de Direitos (*Bill of Rights*), da Inglaterra de 1689; a Constituição Francesa de 1848; a Convenção de Genebra de 1864; a Carta das Nações Unidas; a Declaração Universal dos

⁵⁷ TOSI, Giuseppe. 10 lições sobre Bobbio. Petrópolis: Vozes, 2016, p. 110.

⁵⁸ PES, João Hélio Ferreira. A constitucionalização de direitos humanos elencados em tratados. Ijuí: Ed. Unijuí, 2010, p. 26.

⁵⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes., Direito constitucional e teoria da constituição. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 369.

Direitos Humanos de 1948; a Convenção Americana de Direitos Humanos, aprovada na Conferência de São José da Costa Rica em 1969. Além desses documentos, podem ser mencionados também outros, na história da humanidade, que tiveram significativa importância para a afirmação dos direitos humanos, tais como

a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia de 1776; Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789; [...] a Convenção da Cruz Vermelha de 1880; os Documentos Internacionais da Sociedade das Nações (de 1919 a 1945); [...] o Pacto sobre os direitos econômicos, sociais e culturais e o Pacto sobre os direitos civis e políticos; ambos adotados pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 1966; [...] a descolonização da África e da Ásia, e tantos outros.⁶⁰

Na atualidade, a manifestação dos direitos humanos se deu através de normas internacionais expressas em declarações, recomendações, tratados, entre outros. E, principalmente com a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1948, documento considerado fundamental na história e na garantia dos Direitos Humanos no mundo pós Segunda Guerra Mundial, que ansiava pela afirmação da paz. Os direitos humanos, assim, entraram no cenário mundial após a Segunda Guerra Mundial e

[...] são alardeados como a mais nobre criação de nossa filosofia e jurisprudência e como a melhor prova das aspirações universais da nossa modernidade [...] ligados inicialmente a interesses de classes específicos e [...] armas ideológicas e políticas na luta da burguesia emergente contra o

⁶⁰ PES, João Hélio Ferreira. A constitucionalização de direitos humanos elencados em tratados. Ijuí: Ed. Unijuí, 2010, p. 27-28.

poder político despótico e a organização social estática.⁶¹

A realização dos direitos do homem é um fim desejável, mas não basta esta convicção para que estas condições se realizem”; contudo, a função dos direitos humanos se realiza com facilidade no seu enunciado, porém quando se passa à ação, aí sim que começam as oposições - sendo, por isso mesmo, que “o problema de fundo relativo aos direitos humanos não é hoje tanto o de justificá-los quanto o de protegê-los. É um problema filosófico, se não político”,⁶² que não pode ser dissociado dos problemas históricos, sociais e econômicos. Necessário, portanto, proteger os direitos humanos através de vários fundamentos possíveis.

Não se trata de encontrar o fundamento absoluto — empreendimento sublime, porém desesperado —, mas de buscar, em cada caso concreto, os vários fundamentos possíveis. Mas também essa busca dos fundamentos possíveis — empreendimento legítimo e não destinado, como o outro, ao fracasso — não terá nenhuma importância histórica se não for acompanhada pelo estudo das condições, dos meios e das situações nas quais este ou aquele direito pode ser realizado..⁶³

Devem ser buscados fundamentos possíveis e não um fundamento absoluto a esses direitos, porque “é uma expressão muito vaga [...] mas também contraditória, no sentido de que pode haver um contraste entre um ou mais direitos fundamentais de uma

⁶¹ DOUZINAS, Costas. O fim dos direitos humanos. Tradução de Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009, p. 19.

⁶² BOBBIO, Norberto. **El tiempo de los derechos**. Madrid: Sistema, 1991. Disponível em: http://culturadh.org/ue/wp-content/files_mf/144977835110.pdf. Acesso em: 10 nov. 2018, p. 61.

⁶³ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 16.

categoria de pessoas e um ou mais direitos igualmente fundamentais de outra categoria”.⁶⁴ No atual contexto de globalização, com a mudança de sentidos nas relações internacionais e no universo das relações socioeconômicas, o surgimento e a existência dos direitos humanos “materializam exigências reais da própria sociedade diante das condições emergentes da vida e das crescentes prioridades determinadas socialmente”.⁶⁵ Espera-se que os Direitos Humanos e sua implementação

[...] transcendam as fronteiras dos Estados, do poder e do direito estabelecido. Da mesma forma, reacendem-se velhas esperanças de que, pela via dos direitos humanos, a sociedade moderna possa encontrar um caminho para sua integração. Ou seja, que não apenas direito e política, mas também os outros sistemas sociais, como a economia ou a educação, possam se deixar regular pelo primado dos direitos humanos.⁶⁶

Os direitos humanos advêm das relações ocidentais capitalistas, como produtos culturais que têm por objetivo garantir aos indivíduos uma vida digna. Assim como ocorre para com qualquer produto cultural, pertencem os direitos humanos a um contexto em que emergem “e para o qual funcionam como

⁶⁴ TOSI, Giuseppe. 10 lições sobre Bobbio. Petrópolis: Vozes, 2016, p. 103.

⁶⁵ WOLKMER, Antonio Carlos. Novos Pressupostos para a Temática dos Direitos Humanos. In: RÚBIO, David Sánchez; FLORES, Joaquín Herrera; CARVALHO, Salo de (Org.). Direitos humanos e globalização: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010. Disponível em: <http://bibliodigital.unijui.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/1471/Direitos%20humanos%20e%20globaliza%C3%A7%C3%A3o%20fundamentos%20e%20possibilidades%20desde%20a%20teoria%20cr%C3%ADtica.pdf?sequence=1>. Acesso em: 10 nov. 2018, p. 14.

⁶⁶ MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. O paradoxo dos direitos humanos. Revista da Faculdade de Direito - UFPR, Curitiba, n. 51, p. 31-48, 2010, p. 46.

categorias legitimadoras ou antagonistas da ideia hegemônica de vida digna que prevalece em uma determinada e concreta formação social”.⁶⁷ Nesse mesmo sentido de tratar os direitos humanos como produtos culturais e históricos, que surgem de acordo com as necessidades dos seres humanos dentro de uma sociedade, é que cabe mencionar que

[...] os direitos humanos não nascem todos de uma vez, eles são históricos e se formulam quando e como as circunstâncias sócio-histórico-políticas são propícias ou referem a inexorabilidade do reconhecimento de novos conteúdos – como também a necessidade que temos de dar-lhes efetividade prática.⁶⁸

Os direitos humanos nascem em variadas circunstâncias, a partir das lutas sociais e, por esse motivo, surgem gradualmente, “não todos de uma vez e nem de uma vez por todas. [...] Nascem quando devem ou podem nascer”.⁶⁹ Menciona, ademais, que

os direitos elencados na Declaração [Universal dos Direitos do Homem] não são os únicos e possíveis direitos do homem: são os direitos do homem histórico, tal como este se configurava na mente

⁶⁷ FLORES, Joaquín Herrera. Teoria crítica dos direitos humanos: os direitos humanos como produtos culturais. Tradução de Luciana Caplan et al. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 3.

⁶⁸ MORAIS, José Luis Bolzan de. Direitos Humanos, Estado e Globalização. In: RÚBIO, David Sánchez; FLORES, Joaquín Herrera; CARVALHO, Salo de (Org.). Direitos humanos e globalização: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010. Disponível em: <http://bibliodigital.unijui.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/1471/Direitos%20humanos%20e%20globaliza%C3%A7%C3%A3o%20fundamentos%20e%20possibilidades%20desde%20a%20teoria%20cr%C3%ADtica.pdf?sequence=1>. Acesso em: 10 nov. 2018, p. 129.

⁶⁹ BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 9.

dos redatores da Declaração após a tragédia da Segunda Guerra Mundial, numa época que tivera início com a Revolução Francesa e desembocara na Revolução Soviética.⁷⁰

Devido à relação com o ocidental e o capital tem-se que o que pode ser tratada como universal não é propriamente a ideia de direitos humanos, e sim a de dignidade humana. Diante disso, deve-se avaliar a dignidade individual do ser humano, não se desconsiderando, contudo, a sua dimensão social. A Corte Interamericana de Direitos Humanos – CIDH, nesse sentido, em seu precedente *Niños de la calle*, identifica o direito à vida com dignidade como sendo “não apenas a obrigação negativa de não privar a ninguém da vida arbitrariamente, senão também a obrigação positiva de tomar as medidas necessárias para assegurar que não seja violado aquele direito básico”.⁷¹

“Nos últimos tempos das tendências marcantes é a convicção generalizada de que o verdadeiro fundamento de validade – do direito em geral e dos direitos humanos em particular – está na ‘dignidade humana’”,⁷² a qual pode ser considerada como

um complexo de direitos e deveres fundamentais que protejam a pessoa contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, e que venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável pelos

⁷⁰ BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 20.

⁷¹ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 55.

⁷² PES, João Hélio Ferreira. A constitucionalização de direitos humanos elencados em tratados. Ijuí: Ed. Unijuí, 2010, p. 32.

destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.⁷³

Percebe-se, diante disso, a universalidade dos direitos humanos, e que uma vez que “dirigem-se a todos, o compromisso com sua concretização caracteriza tarefa de todos, em um comprometimento comum com a dignidade comum”.⁷⁴ Nesse mesmo sentido, “os direitos humanos pertencem a todos os seres humanos porque são universais e são universais porque pertencem a todos os seres humanos racionais”.⁷⁵

[...] não se pode negar que também a falta de condições mínimas de sobrevivência para grande parte da população na sociedade mundial de hoje, implicando como que uma exclusão social absoluta dos respectivos grupos humanos, também tem sido vista como violação gritante e escandalosa à “dignidade humana” e, pois, aos direitos humanos enquanto inclusão jurídica generalizada.⁷⁶

Nesse contexto, o princípio da humanidade trata o ser humano como um fim em si mesmo, um sujeito do Direito e da

⁷³ PES, João Hélio Ferreira. A constitucionalização de direitos humanos elencados em tratados. Ijuí: Ed. Unijuí, 2010, p. 33.

⁷⁴ MORAIS, José Luis Bolzan de. Direitos Humanos, Estado e Globalização. In: RÚBIO, David Sánchez; FLORES, Joaquín Herrera; CARVALHO, Salo de (Org.). **Direitos humanos e globalização: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010. Disponível em: <http://bibliodigital.unijuí.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/1471/Direitos%20humanos%20e%20globaliza%C3%A7%C3%A3o%20fundamentos%20e%20possibilidades%20desde%20a%20teoria%20cr%C3%ADtica.pdf?sequence=1>. Acesso em: 10 nov. 2018, p. 131.

⁷⁵ FLORES, Joaquín Herrera. **Teoria crítica dos direitos humanos: os direitos humanos como produtos culturais**. Tradução de Luciana Caplan *et al.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 22.

⁷⁶ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 252.

História que jamais pode ser tratado como um objeto.⁷⁷ Trata-se, assim, da concepção kantiana de dignidade da pessoa, tratada como valor absoluto de cada homem, onde se fundamenta o respeito entre todos os seres humanos. É, assim, o ser humano como portador de direitos para garantia da dignidade.

A partir de uma perspectiva sistêmica, por sua vez, os Direitos Humanos devem ser vistos como “um programa jurídico que visa à inclusão dos excluídos nas comunicações sistêmicas”.⁷⁸ Tais direitos estão ligados ao problema da exclusão e, devem, por isso, criar mecanismos para incluir os excluídos das comunicações sistêmicas, possibilitando a efetivação dos direitos e a equalização entre os indivíduos. Isso porque vivemos “numa sociedade complexa, em que se deve considerar não apenas o sujeito como detentor de direitos e possibilidades, mas sim, sua inclusão/exclusão dos sistemas comunicativos”.⁷⁹

A reflexão acerca dos Direitos Humanos na atualidade requer a compreensão da existência de contingências em uma sociedade dita complexa. Nesse sentido, “a observação, numa perspectiva sistêmico-constitutivista, transcende o ser humano, o contexto histórico e cultural, mas não os ignora. Significa que os considera e os equaciona em uma observação da complexidade”.⁸⁰ É por isso que a teoria sistêmica de considera os direitos humanos

⁷⁷ PES, João Hélio Ferreira. A constitucionalização de direitos humanos elencados em tratados. Ijuí: Ed. Unijuí, 2010, p. 29.

⁷⁸ FORNASIER, Mateus de Oliveira; FLORES, Luis Gustavo Gomes. Direitos humanos e teoria dos sistemas autopoieticos: da desconstrução do sujeito moderno a uma epistemologia baseada no social. RBSD – Revista Brasileira de Sociologia do Direito, v. 4, n. 3, p. 39-67, set./dez. 2017, p. 40.

⁷⁹ FORNASIER, Mateus de Oliveira; FLORES, Luis Gustavo Gomes. Direitos humanos e teoria dos sistemas autopoieticos: da desconstrução do sujeito moderno a uma epistemologia baseada no social. RBSD – Revista Brasileira de Sociologia do Direito, v. 4, n. 3, p. 39-67, set./dez. 2017, p. 39.

⁸⁰ FORNASIER, Mateus de Oliveira; FLORES, Luis Gustavo Gomes. Direitos humanos e teoria dos sistemas autopoieticos: da desconstrução do sujeito moderno a uma epistemologia baseada no social. RBSD – Revista Brasileira de Sociologia do Direito, v. 4, n. 3, p. 39-67, set./dez. 2017, p. 46.

como uma tentativa de “inclusão de excluídos, inclusive numa projeção do futuro para aqueles que sequer existem”.⁸¹

A partir do advento da Modernidade, quando a diferenciação fundamental da sociedade deixa de ser aquela em estratos (nobreza/plebe, principalmente), e se torna funcional, baseada em sistemas de sentido (Política, Economia, Direito, Religião, Ciência, Arte, etc.), passa-se a ser menos refutável um raciocínio de exclusão das pessoas das comunicações de tais sistemas (ou seja, alguém que é comunicado como sendo pessoa, digna portanto, em um sistema como o do Direito, é alguém que tem seus direitos fundamentais respeitados - o que significa que está incluído na sociedade).

A exclusão compreensível a partir da lógica da diferenciação funcional é muito mais paradoxal, dando-se para além da lógica de nascimento (de famílias e estratos): apesar de os sistemas sociais pressuporem a inclusão de todos os seres humanos, excluem pessoas que não atendam aos seus requisitos (i.e. pessoas que não atendem padrões mínimos de institucionalização, tais como registros de nascimento na burocracia estatal; pessoas que não estejam aptos a consumirem conforme os padrões de mercado; aqueles que não tenham escolaridade mínima, ou nacionalidade reconhecida como detentora de cidadania em um determinado contexto). Nesse sentido, vários são os grupos de excluídos em maior ou menor grau: miseráveis, desempregados, imigrantes, perseguidos (em razão da etnia, da religião que professam, etc.), pessoas com deficiência, etc. Alguns são excluídos por via de ação (perseguidos, barrados, interditados, destruídos violenta e

⁸¹ FORNASIER, Mateus de Oliveira; FLORES, Luis Gustavo Gomes. Direitos humanos e teoria dos sistemas autopoieticos: da desconstrução do sujeito moderno a uma epistemologia baseada no social. *RBSD – Revista Brasileira de Sociologia do Direito*, v. 4, n. 3, p. 39-67, set./dez. 2017, p. 46.

agressivamente); outras, por via de omissão (aqueles sobre os quais simplesmente não se comunica).⁸²

É importante trazer, diante dessas informações, a questão da diferenciação e aproximações entre direitos humanos e fundamentais, que comumente são tratados como unidade conceitual. A diferenciação destas noções conceituais, se deu a partir do processo de constitucionalização, momento em que muitos direitos humanos passaram a ser entendidos como fundamentais. “No século XVIII, essa diferença terminológica veio sugerir que os direitos fundamentais são os direitos de liberdade positivados em uma ordem jurídico-política concreta, isto é, em um determinado Estado”,⁸³ sendo que os direitos humanos seriam aqueles advindos da condição de ser humano.

Dessa forma, sabendo-se que os direitos humanos “devem ser entendidos como possuindo uma diferença semântica das liberdades comunicativas pessoais, nomeadamente como garantias intentadas da integridade de corpo e mente”,⁸⁴ pode-se trazer as noções de direitos fundamentais, enquanto direitos de liberdade garantidos pelas Constituições dos Estados. Diante disso, é imprescindível fazer-se, para o presente estudo, a distinção terminológica entre direitos humanos e fundamentais, sendo possível afirmar que

Os primeiros são aqueles reconhecidos internacionalmente, com seu marco jurídico inicial

⁸² FORNASIER, Mateus de Oliveira; LEITE, Flávia Piva Almeida. A exclusão do idoso no ambiente urbano. *Revista de Direito da Cidade*, v. 10, n. 3, Rio de Janeiro, p. 2073-2105, 2018, p. 2099-2100.

⁸³ MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. O paradoxo dos direitos humanos. *Revista da Faculdade de Direito - UFPR, Curitiba*, n. 51, p. 31-48, 2010, p. 41.

⁸⁴ TEUBNER, Gunther. The anonymous matrix: Human Rights Violations by ‘Private’ Transnational Actors. *Modern Law Review*, [S. l.], v. 69, n. 3, p. 327-367, 2006, p. 338, tradução nossa. Texto original: “are to be understood as having a semantic difference from personal communicative freedoms, namely as intended guarantees of the integrity of mind and body”.

na Declaração Universal de Direitos Humanos. Os direitos fundamentais são reconhecidos dentro de cada ordem jurídica interna, de acordo com os dogmas e peculiaridades atuais de cada Estado, sendo, portanto, nacionais, variando de tempos em tempos e de local para local.⁸⁵

Os direitos fundamentais podem ser definidos por seu caráter de temporalidade, uma vez que projetam-se para o futuro e, exatamente por isso, podem ser efetivados no presente. Essa projeção para o futuro e a incerteza quanto ao direito, contudo, “não significa que esse seja menos direito. Importa, exatamente, que decisões presentes sejam tomadas com base nas expectativas futuras que, por sua vez, podem vir a não se realizarem”.⁸⁶

No cerne da criação do Estado e da ordem jurídica interna, portanto, estão os direitos fundamentais, como direitos humanos positivados na ordem jurídica interna. O Estado nasceu para resguardar os direitos dos indivíduos em relação a eles mesmos e em relação ao próprio Estado, como forma de defender o indivíduo de eventuais violações de direitos advindas do Estado. A Constituição surgiu nesse momento com a função limitadora e de organização do poder, bem como de garantia dos direitos dos indivíduos. É nesse sentido que os direitos fundamentais podem ser considerados como direitos fundantes e limitadores do Estado.

O processo de fundamentalização dos direitos humanos perpassa pela constitucionalização, motivo pelo qual não seja aqui deveras especificada, sendo tratado em item subsequente. O que importa mencionar é que os direitos fundamentais são direitos humanos e, independentemente de qualquer distinção, o

⁸⁵ ALBUQUERQUE, Fabíola Freire de. Propriedade e autonomia privada: uma análise da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. *Revista Direito e Práxis*, 01 Setembro 2011, Vol. 2(2), pp. 60-76. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/1273/8220>. Acesso em: 29 out. 2018, p. 62.

⁸⁶ MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. O paradoxo dos direitos humanos. *Revista da Faculdade de Direito - UFPR, Curitiba*, n. 51, p. 31-48, 2010, p. 41.

principal é que direitos humanos sejam universalizados e efetivados pelo Estado e por cada um dos indivíduos da sociedade, e que por estes não sejam violados.

Além disso, ambos os direitos aqui tratados (humanos e fundamentais) podem ser estudados a partir da perspectiva sistêmica, pertencentes aos Sistemas do Direito e da Política, além de outros. Isso ocorre porque o sistema é formado por comunicações sociais, e a própria sociedade baseia-se nessa comunicação uma vez que subdivide-se em diversos outros sistemas. Cabe mencionar, ainda, que direitos humanos e fundamentais não se excluem, mas se complementam na busca da efetivação da dignidade humana.

3 Direitos fundamentais como barreiras à tendência expansiva dos sistemas globais

Os direitos fundamentais podem ser considerados como direitos humanos positivados em uma Constituição, vigentes em uma ordem jurídica interna. Esses direitos são reconhecidos pelo Estado e por ele devem ser protegidos, seja de si mesmo ou da atuação dos demais indivíduos. Além disso, os direitos fundamentais, assim como os direitos humanos, visam a garantia da dignidade, igualdade e liberdade do ser humano de forma individual, contra o arbítrio do poder estatal e dos demais indivíduos.

A trajetória histórica da humanidade demonstra que esses direitos não foram criados todos de uma vez e de uma vez por todas, mas sim, a partir do amadurecimento da própria sociedade, pois dependem, das condições e da evolução desta. Foram sendo concretizados ao longo da história da humanidade,

fruto das lutas contra o poder e devido à necessidade de proteção da liberdade, igualdade e dignidade dos indivíduos.

“Não existem direitos fundamentais por natureza. O que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas”.⁸⁷ Isso porque, cada Estado ou sociedade se desenvolve com tempo e necessidades diversas, o que causa a necessidade da criação de direitos adequados à sua realidade e atendendo à sua população.

A conceituação dos direitos fundamentais não é tarefa fácil, pois baseia-se na fundamentalidade dos direitos, a qual possui diferentes concepções como se verá mais adiante. O que se pode dizer de pronto é que “os direitos fundamentais são, em sua essência, direitos humanos transformados em direito constitucional positivo”,⁸⁸ com o intuito de proteger o indivíduo da ingerência do Estado em relação à esfera privada. Nesse sentido, o autor alega que “a todo direito corresponde um dever, dever do Estado na dimensão vertical e dever de cada um na dimensão horizontal”.⁸⁹

Diante disso, menciona-se o processo de fundamentalização dos direitos a partir do surgimento das Constituições que passam a ter força normativa apenas após a Segunda Guerra Mundial, pois antes disso, eram consideradas apenas cartas políticas. De acordo com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, surgida após a Revolução Francesa, “qualquer sociedade, na qual a garantia de direitos não seja assegurada, nem a separação de poderes determinada, não tem constituição”, sendo, por esse motivo, “imprescindível a

⁸⁷ BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 13.

⁸⁸ PES, João Hélio Ferreira. A constitucionalização de direitos humanos elencados em tratados. Ijuí: Ed. Unijuí, 2010, p. 37.

⁸⁹ PES, João Hélio Ferreira. A constitucionalização de direitos humanos elencados em tratados. Ijuí: Ed. Unijuí, 2010, p. 44.

constitucionalização dos direitos humanos [...], a partir daí indicados como direitos fundamentais”.⁹⁰

Nesse momento, os direitos passam a assumir a ótica de direitos de liberdade, a partir do surgimento das Constituições e do processo de constitucionalização dos Estados, com a limitação do poder do Estado frente aos indivíduos. Por esse motivo que trata-se aqui da fundamentalização dos direitos, como se verá mais adiante, com papel de barrar as tendências expansivas dos sistemas, entrando nesse ponto os sistemas Político e Econômico (Estado e Economia).

Em relação à fundamentalidade dos direitos, pode-se falar da existência de, pelo menos, “três concepções de direitos fundamentais: *formal*, *material* e *procedimental*. O conceito formal de direitos fundamentais considera como sendo todos os direitos catalogados expressamente como tais pela própria Constituição”.⁹¹ Essa fundamentalidade formal, baseia-se na previsão constitucional, com a positivação dos direitos na ordem jurídica, com menção e proteção dos direitos dos indivíduos pelo texto constitucional. Nesse tipo de fundamentalidade “os direitos fundamentais encontram-se positivados no vértice do ordenamento jurídico, no ponto mais alto, usufruindo de uma supremacia hierárquica”.⁹²

Além da fundamentalidade formal, pode-se mencionar a fundamentalidade material, tendo em vista que existem direitos não positivados no texto da Constituição, mas que gozam de garantia e eficácia tal qual os positivados. “Assim, há direitos fundamentais em sentido material que não o são formalmente, por-

⁹⁰ MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. O paradoxo dos direitos humanos. Revista da Faculdade de Direito - UFPR, Curitiba, n. 51, p. 31-48, 2010, p. 33.

⁹¹ PES, João Hélio Ferreira. A constitucionalização de direitos humanos elencados em tratados. Ijuí: Ed. Unijuí, 2010, p. 37.

⁹² BITTENCOURT, Caroline Müller; LIMA, Sabrina Santos. A efetividade dos direitos fundamentais sociais diante da teoria da reserva do possível: uma análise doutrinária e jurisprudencial. p. 621-646. In: GORCZEVSKI, Clovis. (org.). Direitos humanos e participação política. Vol 8. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2017, p. 625.

que não estão incluídos no catálogo constitucional”.⁹³ A fundamentalidade material “relaciona-se com o conteúdo dos direitos, com a sua substância, sua essência. Está ligada aos anseios de cada sociedade em específico”.⁹⁴

Ou seja, “o que define se um direito é fundamental é a análise da fundamentalidade formal (positivação diferenciada) e da fundamentalidade material (essência do direito, relação com a dignidade humana)”.⁹⁵ Além desses dois conceitos, há ainda, conforme mencionado, a fundamentalidade procedimental dos direitos fundamentais, a qual “enlaça elementos formais e materiais”.⁹⁶ Nesse sentido, pode-se dizer que

Os direitos serão formal e materialmente fundamentais se, a par de sua relevância para o Estado e para a sociedade, estiverem incorporados a uma Constituição escrita. Serão apenas formalmente fundamentais se estiverem, só por isso, inseridos num texto constitucional escrito, embora não representem importância para o Estado e para a sociedade. Serão (só) materialmente fundamentais se, embora se revelando, por seu conteúdo, imprescindíveis para as estruturas básicas

⁹³ PES, João Hélio Ferreira. A constitucionalização de direitos humanos elencados em tratados. Ijuí: Ed. Unijuí, 2010, p. 38.

⁹⁴ BITTENCOURT, Caroline Müller; LIMA, Sabrina Santos. A efetividade dos direitos fundamentais sociais diante da teoria da reserva do possível: uma análise doutrinária e jurisprudencial. p. 621-646. In: GORCZEVSKI, Clovis. (org.). Direitos humanos e participação política. Vol 8. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2017, p. 625.

⁹⁵ BITTENCOURT, Caroline Müller; LIMA, Sabrina Santos. A efetividade dos direitos fundamentais sociais diante da teoria da reserva do possível: uma análise doutrinária e jurisprudencial. p. 621-646. In: GORCZEVSKI, Clovis. (org.). Direitos humanos e participação política. Vol 8. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2017, p. 642.

⁹⁶ PES, João Hélio Ferreira. A constitucionalização de direitos humanos elencados em tratados. Ijuí: Ed. Unijuí, 2010, p. 37.

do Estado e da sociedade, não estiverem expressos na Constituição.⁹⁷

A fundamentalidade formal é inerente a posituação do direito constitucional, ou seja, que este está consagrado na Constituição de forma expressa. Esse tipo de fundamentalidade se divide em três elementos: a) normas de superior hierarquia axiológica: direitos fundamentais no ápice do ordenamento jurídico; b) normas fundamentais: encontram-se submetidos aos limites formais e materiais da reforma constitucional; e, c) normas definidoras: diretamente aplicáveis, vinculando de forma imediata às entidades estatais e os particulares. Já em relação à fundamentalidade material, esta estaria ligada a relevância do bem jurídico tutelado pela ordem constitucional.⁹⁸

Direitos fundamentais, portanto, são todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas que, do ponto de vista do Direito Constitucional Positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparadas, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal.⁹⁹

⁹⁷ PES, João Hélio Ferreira. A constitucionalização de direitos humanos elencados em tratados. Ijuí: Ed. Unijuí, 2010, p. 42.

⁹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. Revista Eletrônica sobre a reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n° 11, setembro/outubro/novembro, 2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>. Acesso em: 29 nov. 2018, p. 3.

⁹⁹ PES, João Hélio Ferreira. A constitucionalização de direitos humanos elencados em tratados. Ijuí: Ed. Unijuí, 2010, p. 39.

“A crença oitocentista na Constituição supusera que, quando esta existisse, estariam necessariamente garantidos os direitos e liberdades fundamentais; nem a lei, obra da razão, os poderia ofender”.¹⁰⁰ A partir da Constituição Federal de 1988 os direitos fundamentais passaram a fazer parte do texto constitucional, estando expressos em um rol de direitos fundamentais, no Título II, Dos Direitos e Garantias Individuais. Nesse momento houve grande preocupação com a proteção do indivíduo e de sua dignidade assegurada através da garantia dos direitos fundamentais.

Contudo, ainda que hoje, com o advento das Constituições dos Estados, em especial a CF/88 no caso do Brasil, a preocupação em relação aos direitos fundamentais dos indivíduos está longe de ter se exaurido, muito pelo contrário, na contemporaneidade mesmo após o processo de internacionalização dos direitos humanos e a internalização nas constituições contemporâneas como direitos fundamentais, essa preocupação continua. A não concretização dos direitos pelo Estado viola a garantia dos Direitos Humanos e, com isso a possibilidade de uma vida digna e a capacidade de exercício da cidadania. Isso ocorre porque, ainda que os direitos fundamentais sejam direitos de todos, o modelo econômico vigente na atualidade, não tem privilegiado os menos favorecidos, que permanecem às margens da sociedade. É a partir daí que os direitos fundamentais surgem como forma de proteção dos indivíduos em relação ao Estado, ou seja, do mais fraco em relação ao mais forte, a fim de garantir seus direitos considerados básicos.

Os direitos fundamentais têm o importante papel de barrar juridicamente as tendências expansivas dos sistemas sociais (Direito, Economia, Política, etc.), pois nenhum sistema deve ser absoluto, uma vez que todos podem ser falseados sob pena de estar ferindo direitos fundamentais. Os direitos fundamentais, assim,

¹⁰⁰ PES, João Hélio Ferreira. A constitucionalização de direitos humanos elencados em tratados. Ijuí: Ed. Unijuí, 2010, p. 11.

“veem como seu problema a tendência dos sistemas funcionais que se tornam autônomos em transgredir seus limites funcionais específicos e procuram garantias para a exclusão de âmbitos de autonomia”.¹⁰¹ Nesse sentido, “as tendências sistêmicas expansivas tem gerado uma cadeia infindável de externalidades negativas, que vão desde a perda da autonomia funcional de alguns subsistemas, até a exclusão massiva de pessoas ao acesso às prestações sistêmicas básicas”.¹⁰²

Dessa forma, os direitos fundamentais de defesa se colocam em posição de barrar as tendências expansivas dos sistemas para que um sistema não ultrapasse seus limites em relação a outros sistemas de atuação da sociedade, respeitando os espaços de autonomia comunicativa. Essa delimitação das dinâmicas sistêmicas expansivas, “inibiriam as compulsões patológicas pelo excessivo crescimento, estimulando a autodelimitação dos sistemas com relação ao seu ambiente”.¹⁰³

Ademais, é importante mencionar a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, sendo possível mencionar o caso Lüth, o mais importante da história do constitucionalismo alemão pós-guerra. Referido caso traz a questão de um conflito privado entre dois indivíduos, um alemão e um judeu, após o judeu Eric Lüth produzir uma carta-boicote ao filme “Amada Imortal” de Veit

¹⁰¹ TEUBNER, Gunther. Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 252.

¹⁰² ELMAUER, Douglas. Sociedade global e fragmentação constitucional: os novos desafios para o constitucionalismo moderno. pgs. 11 – 44. In: Revista de Direito da Universidade de Brasília, v. 02, n° 02, abril–agosto de 2016. Brasília: UnB, 2016. Disponível em: revista-direito.unb.br/index.php/revistadireito/article/download/123/121. Acesso em: 20 fev. 2018, p. 16.

¹⁰³ ELMAUER, Douglas. Sociedade global e fragmentação constitucional: os novos desafios para o constitucionalismo moderno. pgs. 11 – 44. In: Revista de Direito da Universidade de Brasília, v. 02, n° 02, abril–agosto de 2016. Brasília: UnB, 2016. Disponível em: revista-direito.unb.br/index.php/revistadireito/article/download/123/121. Acesso em: 20 fev. 2018, p. 21.

Harlan. O boicote se deu devido ao fato de que à época do nazismo, Harlan havia sido o principal responsável pela divulgação de filmes com ideia nazista.

Diante disso, Lüth propôs o boicote que surtiu efeito e fez com que o filme fosse um fracasso total, trazendo prejuízos ao cineasta e às empresas que investiram na produção. Por esse motivo, Harlan e os empresários ingressaram com ação judicial contra Lüth alegando que havia causado-lhes prejuízo, o que era vedado pelo Código Civil alemão. Lüth, por sua vez, recorreu à Corte Constitucional alemã alegando que a Lei Fundamental assegurava a liberdade de expressão. Nesse sentido, a

Corte Constitucional alemã percebeu e, a partir dele, desenvolveu alguns conceitos que atualmente são as vigas-mestras da teoria dos direitos fundamentais, como por exemplo: (a) a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, (b) a eficácia horizontal dos direitos fundamentais e (c) a necessidade de ponderação, em caso de colisão de direitos. Aqui no Brasil, esses fenômenos chegaram ainda que com outras roupagens. Fala-se em constitucionalização do direito privado, filtragem constitucional, interpretação conforme os direitos fundamentais etc. (LIMA, 2008, s.p.).¹⁰⁴

Esse caso demonstra a possibilidade de aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações privadas, através do desdobramento da eficácia horizontal. Demonstra, ainda, a necessidade dos direitos fundamentais como garantidor dos direitos individuais. Além da mencionada eficácia horizontal, existe também a eficácia vertical dos direitos fundamentais. A eficácia vertical seria a comumente aceita para aplicação dos direitos fundamentais, ou

¹⁰⁴ LIMA, George Marmelstein. 50 Anos do Caso Lüth: o caso mais importante da história do constitucionalismo alemão pós-guerra. 2008. Disponível em: <https://direitosfundamentais.net/2008/05/13/50-anos-do-caso-luth-o-caso-mais-importante-da-historia-do-constitucionalismo-alemao-pos-guerra/>. Acesso em: 02 jan. 2019.

seja, entre indivíduo e Estado, já a horizontal é aquela em que aplica-se os direitos fundamentais a casos privados, como ocorrido no caso Lüth.¹⁰⁵

Daí surge a indispensabilidade de atuação do Estado e fica evidente que este não pode escusar-se do cumprimento dos direitos fundamentais. Independentemente de sua eficácia ser vertical ou horizontal, estes devem ser protegidos, uma vez que “a eficácia dos direitos fundamentais não pode se esgotar na limitação do poder estatal, pois devem ter uma eficácia irradiante por todos os campos do ordenamento jurídico vigente.”¹⁰⁶ “O efeito horizontal dos direitos fundamentais, i.e. a questão se eles impõem obrigações não apenas nas instituições fundamentais, bem como diretamente no setor privado, está tomando dimensões muito maiores na esfera transnacional do que já teve nacionalmente”¹⁰⁷

Fica evidente, portanto, que a eficácia horizontal dos direitos fundamentais deve ser considerada pelo Estado, fazendo parte de uma visão atual da Constituição e tendo em vista a atual

¹⁰⁵ ALBUQUERQUE, Fabíola Freire de. Propriedade e autonomia privada: uma análise da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. *Revista Direito e Práxis*, 01 Setembro 2011, Vol. 2(2), pp. 60-76. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/1273/8220>. Acesso em: 29 out. 2018, p. 61.

¹⁰⁶ ALBUQUERQUE, Fabíola Freire de. Propriedade e autonomia privada: uma análise da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. *Revista Direito e Práxis*, 01 Setembro 2011, Vol. 2(2), pp. 60-76. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/1273/8220>. Acesso em: 29 out. 2018, p. 67.

¹⁰⁷ TEUBNER, Gunther. Globalized Society – Fragmented Justice: Human Rights violations by “Private” transnational actors. In: Manuel Escamilla and Modesto Saavedra (eds.): *Law and Justice in a global society*, International Association for philosophy of law and social philosophy. Granada, 2005, S.547-562. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/14504105.pdf>. Acesso em: 02 jan. 2019. Tradução nossa. Texto original: “The “horizontal” effect of fundamental rights, i.e. the question whether they impose obligations not only on governmental bodies but also directly on private actors, is taking on much more dramatic dimensions in the transnational sphere than it ever had nationally”, p. 547.

tecnologização e globalização, entrando nesse caso a aplicabilidade de garantia de direitos fundamentais em relação às empresas. Diante disso, o que se quer aqui demonstrar com a aplicação da teoria da eficácia horizontal é que tanto as relações Estado-cidadão quanto as relações privadas devem ser protegidas pela Constituição sempre que disserem respeito a direitos fundamentais, protegendo-os e garantindo sua plena segurança. Isso porque, propõe-se que a Constituição, por ser hierarquicamente superior às demais normas legais, deve abranger as relações que ofenderem seus preceitos fundamentais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

À guisa de conclusão é possível destacar algumas ideias importantes, oriundas do trabalho recém realizado. Primeiramente, tem-se que a sociedade internacional moderna, caracterizada pela predominância do Estado, sem qualquer outra instituição paritária para além de outros Estados, tem de dividir espaço e poder para com outros atores na sociedade global contemporânea: organizações internacionais, organizações não-governamentais e empresas transnacionais cujas ações transcendem as fronteiras delimitadas politicamente pelos Estados soberanos de outrora.

O surgimento desses novos atores complexifica a sociedade mundial, ao lado de outros como a velocidade de fluxos comunicacionais e econômicos (possibilitados pelo avanço tecnológico, principalmente). A essa complexificação do mundo soma-se a cisão entre política (estatal) e poder (que se espalha para além do Estado, passando a ser detido também por outros atores que não fazem parte das instituições estatais, necessariamente), característica de uma sociedade global mais ampla que a moderna sociedade internacional.

Mas isso não significa que o Estado perde sua importância - apenas a sua soberania é ressignificada, muitas vezes em prol da defesa dos interesses desses outros atores globais. Isso vem a afetar

a própria noção de cidadania e, conseqüentemente, o modo pelo qual os direitos humanos e fundamentais devem ser compreendidos na atualidade.

Os direitos fundamentais se encontram no cerne do Estado e da ordem jurídica interna, eis que constitucionalmente positivados como limitadores e programadores da extensão da ação estatal. Quando observados a partir de uma perspectiva social (sistêmica), direitos humanos e fundamentais, pertencentes, a princípio, aos sistemas do Direito e da Política, além de outros, se tornam mais do que postulados positivados (seja em tratados, seja em Constituições): assumem uma conotação relacional muito maior, de inclusão de excluídos nos sistemas. Ora, seja para evitar/denunciar perseguições políticas; descasos para com a manutenção de um mínimo existencial (material e/ou espiritual); rejeição a condições desumanas em razão de uma carência de recursos; existem os direitos humanos/fundamentais.

Assim, a eficácia desses direitos deve cada vez mais ser afirmada e incrementada pelo Estado, mesmo que este não seja mais o único e soberano ator internacional. Forças extraestatais que assumem uma condição de poder que pressiona sobremaneira o Estado devem também ter sua ação em relação à pessoa limitada pelo Direito, mesmo com a tecnologização/globalização da sociedade mundial. Direitos humanos/fundamentais devem ter seu sentido elevado à potência *social como um todo*, sendo ressignificados nos mais variados sistemas sociais, a partir da irritação que a comunicação sobre eles nos sistemas da Política e do Direito possam fazer repercutir.

REFERÊNCIAS

- ALBUQUERQUE, Fabíola Freire de. **Propriedade e autonomia privada**: uma análise da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. *Revista Direito e Práxis*, 01 Setembro 2011, Vol. 2(2), pp. 60-76. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/1273/8220>. Acesso em: 29 out. 2018.
- BEDIN, Gilmar Antonio. **A sociedade internacional clássica**: aspectos históricos e teóricos. Ijuí: UNIJUÍ, 2011.
- BEDIN, Gilmar Antonio. **A sociedade internacional e o século XXI**: em busca da construção de uma ordem mundial justa e solidária. Ijuí: UNIJUÍ, 2001.
- BEDIN, Gilmar Antonio. A sociedade global e suas possibilidades de realização: um olhar a partir das relações internacionais. p. 505-536. *In*: OLIVEIRA, Odete Maria de; DAL RI JÚNIOR, Arno. (organizadores). **Relações internacionais**: interdependência e sociedade global. Ijuí: UNIJUÍ, 2003.
- BITTENCOURT, Caroline Müller; LIMA, Sabrina Santos. A efetividade dos direitos fundamentais sociais diante da teoria da reserva do possível: uma análise doutrinária e jurisprudencial. p. 621-646. *In*: GORCZEVSKI, Clovis. (org.). **Direitos humanos e participação política**. Vol 8. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2017.
- BOBBIO, Norberto. **El tiempo de los derechos**. Madrid: Sistema, 1991. Disponível em: http://culturadh.org/ue/wp-content/files_mf/144977835110.pdf. Acesso em: 10 nov. 2018.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/297730/mod_resource/content/0/norberto-bobbio-a-era-dos-direitos.pdf. Acesso em: 10 nov. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29 out. 2018.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. Tradução de Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009. 418p.

ELMAUER, Douglas. Sociedade global e fragmentação constitucional: os novos desafios para o constitucionalismo moderno. pgs. 11 – 44. *In*: **Revista de Direito da Universidade de Brasília**, v. 02, n° 02, abril–agosto de 2016. Brasília: UnB, 2016. Disponível em: revistadireito.unb.br/index.php/revistadireito/article/download/123/121. Acesso em: 20 fev. 2018.

FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito fundamental à saúde**: parâmetros para sua eficácia e efetividade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

FLORES, Joaquín Herrera. **Teoria crítica dos direitos humanos: os direitos humanos como produtos culturais.** Tradução de Luciana Caplan *et al.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

FORNASIER, Mateus de Oliveira; FERREIRA, Luciano Vaz. A regulação das empresas transnacionais entre as ordens jurídicas estatais e não estatais. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 12, n. 1, 2015, p. 395-414.

FORNASIER, Mateus de Oliveira; FERREIRA, Luciano Vaz. Regulação do risco nanotecnológico e normas do sistema ISO: da possibilidade de uso criativo do direito global transnacional. **Revista Paradigma**, Ribeirão Preto-SP, a. XXII, v. 26, n. 1, p. 75-102, jan./jun. 2017.

FORNASIER, Mateus de Oliveira; FLORES, Luis Gustavo Gomes. Direitos humanos e teoria dos sistemas autopoieticos: da desconstrução do sujeito moderno a uma epistemologia baseada no social. **RBSD – Revista Brasileira de Sociologia do Direito**, v. 4, n. 3, p. 39-67, set./dez. 2017.

FORNASIER, Mateus de Oliveira; LEITE, Flávia Piva Almeida. A exclusão do idoso no ambiente urbano. **Revista de Direito da Cidade**, v. 10, n. 3, Rio de Janeiro, p. 2073-2105, 2018.

GREGORI, Matheus Silva de; MAYCÁ, Giulia Vogt. Internacionalização do direito: o cosmopolitismo jurídico contemporâneo e os diálogos entre sistemas de justiça. *In*: STURZA, Janaína Machado; DE GREGORI, Isabel Christine Silva. **Diálogos e reflexões na perspectiva do cosmopolitismo jurídico contemporâneo.** Porto Alegre: Evangraf, 2018.

IANNI, Octavio. **Teorias da globalização.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1995.

LIMA, George Marmelstein. **50 Anos do Caso Lüth**: o caso mais importante da história do constitucionalismo alemão pós-guerra.

2008. Disponível em:

<https://direitosfundamentais.net/2008/05/13/50-anos-do-caso-luth-o-caso-mais-importante-da-historia-do-constitucionalismo-alemao-pos-guerra/>. Acesso em: 02 jan. 2019.

LIMA, Juliana Schmitz Paes de. Interdependência e os organismos internacionais: reflexões sobre as manifestações do poder. p. 371-392. *In*: OLIVEIRA, Odete Maria de; DAL RI JÚNIOR, Arno. (organizadores). **Relações internacionais**: interdependência e sociedade global. Ijuí: UNIJUÍ, 2003.

LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Traducción: Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana, 2006.

MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. **O paradoxo dos direitos humanos**. Revista da Faculdade de Direito - UFPR, Curitiba, n. 51, p. 31-48, 2010.

MAURIEL, Ana Paula Ornellas. **Capitalismo, políticas sociais e combate à pobreza**. Ijuí: Ed. UNIJUI, 2011.

MENEZES, Wagner. **Ordem global e Transnormatividade**. Ijuí: UNIJUÍ, 2005.

MORAIS, José Luis Bolzan de. Direitos Humanos, Estado e Globalização. *In*: RÚBIO, David Sánchez; FLORES, Joaquín Herrera; CARVALHO, Salo de (Org.). **Direitos humanos e globalização: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010. Disponível em: <http://bibliodigital.unijui.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/1471/Direitos%20humanos%20e%20globaliza%C3%A7%C3%A3o%20fundamentos%20e%20possibilidades%20desde%20a%20teoria%20cr%C3%ADtica.pdf?sequence=1>. Acesso em: 10 nov. 2018.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

OLIVEIRA, Emerson Ademir Borges de; PAYÃO, Jordana Viana. Direitos fundamentais na pós-modernidade sob a perspectiva da análise econômica do Direito. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, v. 21, n. 41, Marília, p. 203-224, 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - ONU.
Declaração Universal dos Direitos Humanos – DUDH.
Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris. 10 dez. 1948.
Disponível em:
<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>. Acesso em: 05 fev. 2018.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE (OMS/WHO).
Constituição da Organização Mundial de Saúde – 1946.
Disponível em:
<http://apps.who.int/gb/bd/PDF/bd47/EN/constitution-en.pdf>.
Acesso em: 05 fev. 2018.

PES, João Hélio Ferreira. **A constitucionalização de direitos humanos elencados em tratados**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2010.

SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal.** São Paulo: Record, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. **Revista Eletrônica sobre a reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n°. 11, setembro/outubro/novembro, 2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>. Acesso em: 29 nov. 2018.

TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização.** São Paulo: Saraiva, 2016.

TEUBNER, Gunther. Globalized Society – Fragmented Justice: Human Rights violations by “Private” transnational actors. *In: Manuel Escamilla and Modesto Saavedra (eds.): Law and Justice in a global society, International Association for philosophy of law and social philosophy.* Granada, 2005, S.547-562. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/14504105.pdf>. Acesso em: 02 jan. 2019.

TEUBNER, Gunther. **The anonymous matrix: Human Rights Violations by ‘Private’ Transnational Actors.** *Modern Law Review*, [S. l.], v. 69, n. 3, p. 327-367, 2006.

TOSI, Giuseppe. **10 lições sobre Bobbio.** Petrópolis: Vozes, 2016.

WOLKMER, Antonio Carlos. Novos Pressupostos para a Temática dos Direitos Humanos. *In*: RÚBIO, David Sánchez; FLORES, Joaquín Herrera; CARVALHO, Salo de (Org.). **Direitos humanos e globalização**: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010. Disponível em: <http://bibliodigital.unijui.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/1471/Direitos%20humanos%20e%20globaliza%C3%A7%C3%A3o%20fundamentos%20e%20possibilidades%20desde%20a%20teoria%20cr%C3%ADtica.pdf?sequence=1>. Acesso em: 10 nov. 2018.