



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
DAVI REIS SALLES PIRAJÁ

**A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS HUMANOS FRENTE A MATRIZES
ANÔNIMAS DE COMUNICAÇÃO:**
Uma Abordagem Sistêmica do Conflito na Região dos Grandes Lagos

Brasília-DF

2016

DAVI REIS SALLES PIRAJÁ

**A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS HUMANOS FRENTE A MATRIZES
ANÔNIMAS DE COMUNICAÇÃO:**

Uma Abordagem Sistêmica do Conflito na Região dos Grandes Lagos

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Faculdade de Direito da Universidade de Brasília como
exigência parcial para a obtenção de título em bacharel
em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Marcelo da Costa Pinto Neves

Brasília-DF

2016

DAVI REIS SALLES PIRAJÁ

**A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS HUMANOS FRENTE A MATRIZES
ANÔNIMAS DE COMUNICAÇÃO:**

Uma Abordagem Sistêmica do Conflito na Região dos Grandes Lagos

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Faculdade de Direito da Universidade de Brasília como
exigência parcial para a obtenção de título em bacharel
em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Marcelo da Costa Pinto Neves

Data da Aprovação: ___/___/_____

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Prof. Dr. Marcelo da Costa Pinto Neves

Examinador: Prof. Dr. Pablo Holmes Chaves

Examinador: Me. Edvaldo de Aguiar Portela Moita

Brasília-DF

2016

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, que, em sua infinita graça, traz boas novas aos pobres, tira os cativos das prisões, cura os cegos, liberta os oprimidos e ensina a amar sem perguntar a quem. Ele não só me revelou a esperança, mas se fez a minha própria.

Agradeço aos meus pais, Ciro e Denise, por me estimularem a enxergar além do explícito, a ver o que está escondido aos olhos, mas vivo no coração. Seu esforço constante e tenaz para me fazer crescer, ainda que muitas vezes por vias penosas, será sempre por mim lembrado com orgulho.

Agradeço aos meus irmãos, Samara e Natan, que, ainda em tão verdes anos, conseguem me ensinar, de forma sabia e singela, a trilhar meus passos rumo às coisas que verdadeiramente importam. Obrigado por tamanha paciência durante minha ausência nesse período.

Agradeço aos meus amigos, representados especialmente por Mateus, Camila, Ellysson e Gabriel, que tanto me ajudaram na escolha do tema deste trabalho, como em tantas outras importantes decisões da vida.

Agradeço aos meus professores e mentores, principalmente ao meu orientador, Marcelo Neves, que se dispôs a me acompanhar nessa sinuosa travessia, apontando-me novas perspectivas e paisagens antes por mim desconhecidas.

Agradeço à Mariana, meu eterno amor, a quem confio todas as minhas profundidades, sejam elas de luz ou de escuridão. Por certo, nos vales pelos quais passei para concluir esse trabalho, foram sua companhia e incondicional apoio que me fizeram perseverar. Sua presença é capaz de dar a tudo um significado mais belo, de forma que me faz querer tê-la pela vida inteira.

“(...) El canto del hombre invisible

Que canta con todos los hombres”

(Pablo Neruda)

RESUMO

O debate acerca da eficácia horizontal dos direitos humanos frente a matrizes comunicativas anônimas questiona como o ser humano, em sua esfera psicofísica, pode ser resguardado de tendências expansivas e destrutivas provenientes de sistemas funcionais em direção a seu ambiente não social. Essa problemática ganha contorno especial quando transferida para o contexto do conflito na região dos Grandes Lagos, onde a lógica econômica que norteia as ações de corporações multinacionais mostra-se, muitas vezes, incompatível com preceitos de proteção à integridade do homem. Dessa forma, busca-se readaptar a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais para os direitos humanos, a fim de que estes possam ser aplicados a conflitos envolvendo processos comunicativos invasivos, por um lado, e indivíduos concretos violados, por outro. Para a viabilidade descritiva dessa nova equação pelo vocabulário jurídico, faz-se necessário representar, ainda que de forma incipiente, processos comunicativos anônimos por regimes jurídicos. Assim, conclui-se que a eficácia horizontal dos direitos humanos, no caso em estudo, pode ser compreendida como a inclusão da pessoa – na forma de normas de direitos humanos – em regimes corporativos privados de empresas multinacionais.

Palavras-chave: Direitos Humanos; Matrizes Comunicativas Anônimas; Eficácia Horizontal; Multinacionais; Região dos Grandes Lagos.

ABSTRACT

The debate about the horizontal effects of human rights against anonymous communicative matrices questions how human beings, in their psychophysical sphere, can be protected from expansive and destructive tendencies coming from functional systems towards its non-social environment. This problematic gains special focus when transferred to the context of the Great Lakes region's conflict, where the economic logic that drives the actions of multinational corporations is, many times, incongruous with norms of protection of man. Thus, it intends to readapt the theory of horizontal effects of fundamental rights to human rights, so that these can be applied to conflicts involving invasive communicative processes, on the one hand, and violated individuals, on the other. For the descriptive feasibility of this new equation by law, it is necessary to represent, even if in an incipient form, anonymous communicative processes by legal regimes. Therefore, it concludes that the horizontal effects of human rights, in the case under study, can be understood as the inclusion of the person – in the form of human rights – into private corporate regimes of TNCs.

Keywords: Human rights; Anonymous communicative matrices; Horizontal effects; Multinationals; Great Lakes region.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AFD	Aliança das Forças Democráticas
AFDL	Aliança das Forças Democráticas pela Libertação do Congo-Zaire
CEEC	<i>Coalition for Energy Efficient Comminution</i>
CNS	Conferência Nacional de Soberania
FDLR	Forças Democráticas pela Libertação de Ruanda
FLN	Frente de Liberação Nacional
FMI	Fundo Monetário Internacional
FNI	Frente Nacionalista e Integracionista
HIV	Vírus da Imunodeficiência Humana
ITIE	Iniciativa de Transparência das Indústrias Extrativas
ITRI	<i>Industrial Technology Research Institute</i>
MONUSCO	Missão das Nações Unidas na República Democrática do Congo
MLC	Movimento de Libertação do Congo
OCDE	Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico
OMC	Organização Mundial do Comércio
OMPI	Organização Mundial de Propriedade Intelectual
ONU	Organização das Nações Unidas
PNC	Ponto Nacional de Contato
PWYP	<i>Publish What You Pay</i>
RCD	<i>Rassemblement Congolais pour la Democratie</i>
RDC	República Democrática do Congo
RU	Reino Unido
SADC	<i>Southern African Development Community</i>
SPLA	Exército Popular de Libertação do Sudão
TRIAL	Track Impunity Always

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1. DA PERCEPÇÃO DO CONFLITO NO CONTEXTO MULTICÊNTRICO GLOBAL	16
1.1. Revisão Histórica.....	16
1.2. A Nova Arquitetura do Conflito	22
1.2.1. Demarcação do Plano Fático.....	22
1.2.2. A Expansão do Código Econômico na Sociedade Mundial	26
1.3. Da Violação de Direitos Humanos por Redes Econômicas de Exploração	28
1.3.1. Direitos Humanos Como Direitos Latentes.....	29
1.3.2. Cólera Congolesa	31
2. SEMÂNTICA DOS DIREITOS HUMANOS	34
2.1. Direitos Humanos: Uma Dimensão Social	34
2.1.1. Pretensão de Validade Universal.....	35
2.1.2. Condições de Dissenso Estrutural	37
2.2. Da Institucionalização dos Direitos Humanos na Sociedade Mundial	38
2.2.1. Amplitude Semântica	40
2.2.2. Direitos Fundamentais e Direitos Humanos.....	42
3. DA EFICÁCIA HORIZONTAL: TRADIÇÃO E NOVAS PERSPECTIVAS	46
3.1. A Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais	47
3.1.1. “ <i>State Action</i> ”: A Negação da Eficácia.....	50
3.1.2. A Eficácia Imediata dos Direitos Fundamentais	51
3.1.3. A Eficácia Mediata dos Direitos Fundamentais	53
3.2. Eficácia Horizontal dos Direitos Humanos	55
3.2.1. Generalização	58
3.2.2. “Reespecificação”	59
4. DIREITOS HUMANOS E REDES ANÔNIMAS DE COMUNICAÇÃO	61
4.1. Meios de Poder ou Meios de Comunicação?.....	61
4.2. A Matriz Anônima de Comunicação	65
4.3. “Judiridificação” ou Judicialização.....	67
4.3.1. (Im) Possibilidades da Linguagem Jurídica	68
4.3.2. Proposta Metodológica.....	71
5. Da Retomada do Caso Concreto	78
5.1. Redes de Exploração Sob a Ótica Sistêmica	78

5.2. “ <i>Due Diligence</i> ” e a Racionalidade Econômica	81
5.3. Regime Corporativo de Empresas Multinacionais.....	85
5.4. O Transconstitucionalismo Pluridimensional dos Direitos Humanos	88
CONCLUSÃO	94
REFERÊNCIAS	96

INTRODUÇÃO

A guerra na região dos Grandes Lagos, popularmente conhecida como “Guerra Mundial Africana”, é o conflito com o maior número de mortes desde a II Guerra Mundial, resultando na baixa de mais de 5 milhões de pessoas,¹ além de 400 mil casos de estupro² e de 2,7 milhões desabrigados vivendo em condições de extrema miséria.³ Essa monografia busca, com base na teoria sistêmica de Niklas Luhmann,⁴ estabelecer novos contornos jurídicos a essa situação fática, destacando, sobretudo, o papel de redes comunicativas anônimas na perpetuação do estado de violação aos direitos humanos na região. Sendo assim, procura-se propor uma nova equação para a eficácia horizontal dos direitos humanos, de forma que esta também possa ser entendida para problemas envolvendo transgressões ao ser humano por sistemas de comunicação.

Cabe destacar, desde logo, que, com o crescimento, na arena mundial, do processo de globalização, vem-se percebendo a intensificação dos casos de violações dos direitos humanos por parte de corporações privadas transnacionais. Esse fenômeno é particularmente notado na “Guerra dos Grandes Lagos”, em que multinacionais pautadas na lógica do lucro têm sido acusadas de contribuir para a continuação do embate, uma vez que se beneficiariam economicamente por sua manutenção. É o caso, por exemplo, da *Anglo American*, que através de seu braço na RDC, a *AngloGold Ashanti*, vem desenvolvendo relações comerciais com grupos armados responsáveis por assassinatos de civis e estupros sistematizados, oferecendo apoio logístico e financeiro a tais milícias em troca de acesso ao ouro das minas sob seu controle.⁵ Sob esse escopo, cumpre perguntar se os direitos humanos poderiam ser postos como limite fronteiro à lógica expansionista de atores privados transnacionais. Problema este que pode ser reformulado a partir de um conceito de eficácia horizontal que acolha não apenas

¹ Human Security Report 2009: The Shrinking Costs of War. **Human Security Report Project at the School for International Studies**, Simon Fraser University. 20 Jan. 2010. p. 3.

² CARRANCA, Adrina. Estupro Vira Arma de Guerra no Congo. **O Estado de S.Paulo**. São Paulo, 27 out. 2013. Disponível em <<http://internacional.estadao.com.br/noticias/geral,estupro-vira-arma-de-guerra-no-congo-imp-1090073>>. Acesso em: 28 nov. 2016.

³ ONU lança alerta para ‘atrocidades inimagináveis’ cometidas no leste da RD Congo. **ONU BR**. 28 out. 2013. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/onu-lanca-alerta-para-atrocidades-inimaginaveis-cometidas-no-leste-da-rd-congo>>. Acessado em: 28 nov. 2016.

⁴ A teoria sistêmica de N. Luhmann foi eleita para compor base teórica deste trabalho tanto por conceber de forma precisa a diferença sistema/ambiente – fundamental para a compreensão do significado de direitos humanos a ser desenvolvido – como por definir a sociedade pelo seu conjunto de vários subsistemas autônomos e autorreferentes, ponto central para o entendimento da ideia de matriz comunicativa.

⁵ The Curse of Gold. **Human Rights Watch**. 5 jun. 2005. Disponível em: <<https://www.hrw.org/report/2005/06/01/curse-gold>>. Acessado em: 28 nov. 2016.

conflitos interpessoais, mas que proteja o indivíduo, em sua dimensão de corpo e alma, de ameaças criadas por redes comunicativas.

Para responder a essa questão, projeta-se uma releitura das teorias da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, traçando se e como estas podem ser readequadas aos novos desafios postos pela fragmentação da sociedade mundial. Por certo, o objetivo de projetar um significado de direitos humanos aplicável também a redes anônimas de comunicação gera a necessidade de elucidar como é possível desenvolver tal proposta de forma viável dentro a linguagem do direito, recorrendo, para este fim, ao artefato da pessoa humana e às funcionalidades de ordens jurídicas transnacionais. Esse entendimento, quando reproduzido ao contexto da guerra na República Democrática do Congo, permite refletir a continuação do conflito sob fatores muito mais complexos que os normalmente utilizados pela abordagem tradicional para descrevê-lo,⁶ tornando possível repensar sua resolução a partir dessas novas bases teóricas.

No primeiro capítulo, a análise deste trabalho será orientada à percepção do conflito no cenário multicêntrico global.⁷ Nesse objetivo, retomar-se-á o desenvolvimento da guerra desde a Conferência de Berlim, em 1885, até o Acordo de Pretória, em 2002,⁸ identificando os elementos que se perpetuaram ao longo da história na formação da estrutura do embate. Ainda neste capítulo, as razões da guerra serão localizadas para além de meras divergências étnico-políticas entre países vizinhos, sendo compreendidas como produto do processo de fragmentação da sociedade mundial, em que atores econômicos globais rompem com os limites da “autoreprodução” identificadora de seus subsistemas funcionais, perpetuando uma lógica de “periferização” e de violação aos direitos humanos. Para tanto, recorrer-se-á aos resultados de painéis de especialistas e relatórios de organizações internacionais,⁹ todos convergindo quanto a existência de uma relação diretamente proporcional entre a expansão de redes de exploração

⁶ Determinados autores explicam o conflito na RDC levando em consideração apenas a deficiência do aparato estatal em coibir excessos externos e de seus próprios agentes (VALENZOLA, Renato Henrique. O conflito na República Democrática do Congo e a Ausência do Estado na Regulação das Relações Sociais. **Revistas do Laboratório de Estudos da Violência da UNESP**. Marília, Ed. 12, Nov. 2013). Outros encaram a problemática estritamente sob a perspectiva de interesses políticos internacionais (The Heart of the African Conflict Zone: Democratization, Ethnicity, Civil Conflict, and the Great Lakes Crisis. **Annual Review of Political Science** Vol. 9: 301-328, Jun. 2006).

⁷ A sociedade é multicêntrica ou policontextual no sentido de ser composta por esferas comunicativas autônomas, funcionalmente diferenciadas. É também global, no sentido de apresentar-se como formação desvinculada da segmentação político-territorial.

⁸ Essa delimitação temporal é feita tendo por base o início da colonização européia e o fim do governo de L. Kabila, em 2002, a partir de quando se inicia a atual fase política-governamental do país.

⁹ Vide, por exemplo, o painel de especialistas das Nações Unidas sobre “Exploração Ilegal de Recursos Naturais e Outras Formas de Riqueza na República Democrática do Congo”, os relatórios da ITIE e a seção 1.502 da lei Dodd-Frank, EUA.

pautadas na lógica do lucro e a perpetuação do conflito na Região dos Grandes Lagos. Ainda no que diz respeito aos efeitos da expansão do código econômico na sociedade mundial, tratar-se-á as consequências desse fenômeno em relação às dimensões biológicas e psíquicas do ser humano, observando como essas invasões a integridade do indivíduo se manifestam no contexto caótico vigente na RDC.

Já no segundo capítulo, o intuito será o de estabelecer um significado para direitos humanos que seja apto a lidar com as tendências expansionistas de ordens não estatais em direção a destruição da integridade do homem, como no caso em estudo. Para tanto, direitos humanos serão entendidos em sua concepção social, como a faceta comunicativa dos direitos latentes construída por meio de processos históricos de luta e de ações de transformação na sociedade. Partir-se-á, então, para algumas marcas importantes desses direitos, como sua pretensão de universalidade – no sentido de serem direitos direcionados a toda e qualquer pessoa em toda e qualquer ordem social – e como a heterogeneidade das expectativas de grupos sociais e subsistemas autônomos no tocante ao seu conteúdo. Dessa forma, pretende-se conceituar direitos humanos como expectativas normativas de inclusão jurídica de toda pessoa, em condições de dissenso, na sociedade mundial.¹⁰ Buscar-se-á, ainda, traçar algumas questões quanto ao processo de institucionalização dos direitos humanos na sociedade, analisando a amplitude semântica desses direitos (integralidade dos direitos humanos) e diferenciando-os, tendo por base sua projeção de validade, dos direitos fundamentais. Com amparo nessas disposições, espera-se esclarecer uma noção básica de direitos humanos apta a lidar com os desafios da fragmentação global e suas decorrências no cenário em estudo.

No terceiro capítulo, adentrando à tese da dissertação, tratar-se-á da questão da eficácia horizontal dos direitos humanos como inclusão da pessoa nos subsistemas da sociedade mundial.¹¹ Para tanto, serão analisadas as teorias sobre eficácia horizontal dos direitos fundamentais, apontando como cada uma das teses jurídicas clássicas (*state action*, eficácia horizontal indireta e eficácia horizontal direta) fundamentam a transferência significativa dos direitos fundamentais da esfera pública para privada. Ao descrever as características e disfunções destas abordagens questionar-se-á também se alguma delas seria passível de reaplicação para a relação horizontal dos direitos humanos no plano global, num contexto onde redes comunicativas invadem e destroem a esfera “biopsíquica” dos seres humanos. Neste

¹⁰ Conceito retirado de NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009

¹¹ Enquanto a validade dos direitos humanos está relacionada a expectativas normativas de inclusão jurídica da pessoa na sociedade mundial, a eficácia desses direitos refere-se a inclusão jurídica da pessoa nos subsistemas da sociedade mundial.

ponto, caberá recorrer à reconstrução teórica dos conceitos de generalização e de “respecificação”, implícitos na teoria da eficácia indireta dos direitos fundamentais, projetando-os agora para servirem a eficácia dos direitos humanos frente a processos comunicativos anônimos.¹² Dessa forma, almeja-se que a aplicação desses preceitos possa não só estender a lógica dos direitos humanos a todos os meios comunicativos que compõem a sociedade mundial, mas que também se construa uma equação para a eficácia horizontal dos direitos humanos apta a respeitar a pluralidade conflituosa de expectativas entre essas diversas esferas discursivas autônomas.

No quarto capítulo, almejar-se-á desenvolver – a partir da noção de que a eficácia dos direitos humanos não deve ser endereçada apenas ao meio sistêmico-específico de poder político, mas a processos comunicativos anônimos em geral – uma nova equação para a proteção do ser humano frente a tendências expansivas de processos de comunicação. Para tanto, considerar-se-á o conceito de matrizes anônimas de comunicação, introduzido por Teubner como processos autônomos e independentes não personificados como coletividade. Nessa continuidade, será questionada a aptidão prática do direito para alcançar, ou não, esses conflitos, apontando as impossibilidades práticas e teóricas para “juridificação” dessas colisões, principalmente no que diz respeito ao restrito vocabulário jurídico. Nesse sentido, será elaborada uma proposta metodológica, buscando obter respostas aos impedimentos postos e atestando pela viabilidade do enquadramento jurídico-processual desta nova teoria da eficácia horizontal dos direitos humanos mediante a representação do indivíduo como pessoa e de processos comunicativos anônimos por ordens jurídicas transnacionais.

No quinto e último capítulo, voltar-se-á ao plano concreto da dissertação, analisando o conflito dos Grandes Lagos sob a perspectiva dos resultados obtidos no desenvolvimento teórico dos capítulos anteriores. A questão será então reinterpretada tendo por consideração o conceito de matrizes anônimas de comunicação, reenfatizando que a análise do conflito deve se desvincular de sua percepção tradicional para ser redimensionada como fruto da expansão do conjunto de ações comunicativas, desenvolvidas sob a lógica econômica, por corporações transnacionais. Feito isso, caberá refletir como ocorre a inclusão da pessoa nas estruturas sociais ínsitas ao código econômico, tendo por consideração que determinados códigos corporativos transnacionais têm incorporado a noção de *due diligence* como forma de absorver pretensões de direitos humanos na forma própria de sua lógica econômica, adaptando tais expectativas de

¹² Extraem-se tais significados de generalização e reespecificação da fundamentação de Teubner. (Cf. TEUBNER, Gunther. **Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization**. Translated by Gareth Norbury. Oxford: Oxford University Press, 2012, pp. 132-136).

inclusão às normas jurídicas válidas dentro de sua racionalidade específica. Nesse ponto, caberá reiterar o fato de o sistema jurídico ser capaz de representar redes comunicativas por meio da normatização destas; no caso em particular, por códigos corporativos transnacionais, que acabam por transcender os limites de companhias individuais. Por fim, será projetada possível forma de propiciar a incorporação de normas de *due diligence* dentro das ordens privadas de corporações multinacionais, que embora tendam a rejeitar pretensões concernentes a direitos humanos, dispensando a implementação de normas de *due diligence*, têm sido sensibilizadas a tanto pelo diálogo com outras ordens jurídicas autônomas.

1. DA PERCEPÇÃO DO CONFLITO NO CONTEXTO MULTICÊNTRICO GLOBAL

A remissão às origens do conflito na Região dos Grandes Lagos e a seus desdobramentos históricos é essencial para a delimitação do plano fático sobre o qual se construirá esta dissertação. Pretende-se, nesse sentido, evitar a perda de contorno típica à abordagem retórica e, por conseqüente, afastar ambigüidades que prejudiquem o desenvolvimento da tese. A questão centro africana, principalmente no que se refere aos últimos dois séculos, pode ser descrita por uma conjuntura de ações incompatíveis perpetradas por redes complexas de atores internacionais e de locais interconectados por interesses comerciais, objetivos militares e tendências ideológicas.¹³ A guerra na República Democrática do Congo em específico, principal palco do conflito aqui estudado, é produto dessa complexa rede que relaciona grupos, instituições e indivíduos sedentos por acesso aos recursos minerais da região, todos atuando pela lógica econômica.

1.1. Revisão Histórica

Traços desse sistema interconectado de exploração podem ser encontrados na África Central desde a Conferência de Berlim de 1885, que cedeu o território atualmente correspondente à República Democrática do Congo ao controle pessoal do rei belga, Leopoldo II, sob a argumentação de promover o desenvolvimento do país e suprimir o tráfico negreiro na região. Foi assim que surgiu o Estado Livre do Congo, que, embora criado sobre importantes ideais de liberdade, logo teve esses princípios sobrepostos pelos interesses imperialistas do Rei Leopoldo e de complexos industriais europeus.¹⁴ Com efeito, as altas demandas requeridas pelo movimento industrial emergente na Europa, junto a pressões de corporações financeiras e bancárias instaladas naquela área, provocaram um estado de profunda ilegalidade¹⁵ no que se

¹³ JUMA, Laurence. The War in Congo: Transnational Conflict Networks and The Failure of Internationalism. *Gonzaga Journal of International Law*. Cincinnati. Vol. 10, 97, Dezembro, 2006, p. 102.

¹⁴ ALA'I, Padideh. Leopold & Morel: A Story of 'Free Trade' and 'Native Rights' in the Congo Free State. *Stud. Transnational Legal Pol'y*. Washington. Vol. 33, Dezembro, 2005. p. 33-34.

¹⁵ O Reinado de Leopold II foi construído sobre campos de trabalho forçado, torturas e execuções em massa, resultando num total de mais de 10 milhões de mortos entre o período de 1885 e 1908. (O'CEALLAIGH, Liam. When You Kill Ten Million Africans You Aren't Called 'Hitler'. 22 dez. 2010. Disponível em: <<http://www.walkingbutterfly.com/2010/12/22/when-you-kill-ten-million-africans-you-arent-called-hitler>>. Acessado em: 29 nov. 16.)

refere à exploração dos recursos naturais congolese por parte dos agentes do estado “leopoldiano”. Esse contexto de ilegalidade, fruto de um cenário político-global de exploração, resultou na morte de mais de 10 milhões de pessoas na região só durante o referido período¹⁶.

Esse cenário de caos deu razão, posteriormente, à desapropriação das terras do Rei Leopoldo II e à anexação do Estado Livre do Congo ao Estado Belga, isto na expectativa de uma possível reversão do quadro caótico já instalado naquela localidade. A influência política exercida por companhias empresariais sobre o sistema de extração de recursos naturais congolese fica ainda mais clara a partir de 1908, quando a região é reestruturada sobre o domínio belga, o que, apesar de transparecer uma transição bem-sucedida do controle irrestrito de Leopoldo para a submissão ao parlamento Belga, manteve o sistema de opressão.¹⁷ De fato, o período histórico durante o qual subsistiu o Congo Belga foi fortemente impactado pela internacionalização das riquezas congolese, fenômeno maximizado pela eclosão das duas grandes guerras mundiais, o que alterara toda estrutura social centro-africana, inflando o enraizamento de redes transnacionais de exploração no território, com ramificações estendidas a praticamente todos os países europeus e norte-americanos.¹⁸

Em 1957, nasce o primeiro partido nacional do Congo, sob a direção do mais relevante líder político da história do país, Patrice Lumumba. Este, amparado pela ideologia do movimento pan-africano, insurgiu-se contra o neocolonialismo europeu, declarando em 30 de junho de 1960, após um longo período de lutas e negociações, a independência do Congo. Entretanto, poucos meses depois de sua acessão ao poder como o primeiro chefe de Estado eleito, o líder foi assassinado, sendo sua morte fruto da trama elaborada por potências ocidentais (Estados Unidos, França, Bélgica e Reino Unido) em conjunto com a CIA¹⁹ sob a justificativa de uma possível aliança entre Lumumba e a União Soviética durante o período da Guerra Fria. O que se verifica, entretanto, é o interesse econômico dessas potências na eliminação do discurso nacionalista emergente, o qual vinha impondo limites à perpetuação da exploração de recursos no país.²⁰ É ainda como parte dessa estratégia imperialista ocidental que Mobutu ascende ao poder, instalando no país um regime ditatorial que durará de 1965 a 1997.

¹⁶ NZONGOLA-NTALAJA, Georges. **The Congo: from Leopold to Kabila: a people's history**. 1 ed. London and New York: Zed Books, 2002. p. 22.

¹⁷ Ibidem, p. 26.

¹⁸ Juma, 2006, p. 124.

¹⁹ HOWARD, Adam M (Org.). **Foreign Relations of the United States, 1964–1968**: Volume XXIII, Congo, 1960–1968. United States Government Printing Office. Washington: 2013.

²⁰ Juma, 2006, p. 130.

Durante o regime de Mobutu, o estado congolês intensifica suas relações com estados estrangeiros, ficando esse período caracterizado pela emergência de um governo absolutista, firmado em uma política interna repressiva e em uma política externa de considerável dependência econômica.²¹ As relações com os Estados Unidos ganham novas proporções no âmbito comercial e incentivam o apoio financeiro de instituições internacionais, como o FMI, o que sustenta o enriquecimento pessoal de Mobuto e de sua classe política²² em detrimento do Estado Congolês – então, Zaire – que se afundava em uma crise econômica estrutural. Com efeito, o colapso do modelo patrimonialista do antigo Zaire tornara-se preeminente frente ao aumento exponencial da inflação, o acúmulo de débitos externos e a consequente desvalorização abrupta do câmbio;²³ desequilíbrio fiscal gerado pelos altos custos despendidos em agraciamentos oligárquicos. Esse contexto, somado ao distanciamento dos Estados Unidos e, por conseguinte, do apoio externo à Mobutu, retirou qualquer chance de manutenção do Estado ditatorial frente as pressões de abertura política, tornando eminente a queda do regime ditatorial.²⁴

Em meio a essa conjuntura, Laurent Kabila em conjunto à AFDL – um grupo armado que inicialmente buscava proteger os Tutsis “congoleses” da ação de Hutus que migravam à região do leste do Congo, após o genocídio em Ruanda de 1994 – iniciou sua empreitada para libertar o país da opressão de Mobuto e de seus parceiros externos. Nesse processo, contou com o apoio de vários países vizinhos, principalmente Uganda e Ruanda, cujos interesses de se beneficiarem da exploração das riquezas congolesas se tornaram ainda mais claros após a remoção de Mobuto. Esse período, entre 1996 e 1997, ficou conhecido na história como a Primeira Guerra do Congo e teve como principal objetivo o enfrentamento de uma estrutura política viciada e corrupta que perdurou em uma ditadura de mais de 30 anos. Não se tratou a Primeira guerra do Congo, contudo, de um simples conflito interno, mas o auxílio militar externo oferecido em troca de contratos de mineração deu um escopo tipicamente internacional ao embate.²⁵

O conflito encerrou-se, ao menos num primeiro momento, com a ascensão de L. Kabila, em maio 1997, ao poder. No entanto, novo líder Congolês foi posto, ainda no início de seu

²¹ CASTELANO DA SILVA, Igor. **Guerra e Construção do Estado na Rep. Democrática do Congo**: a definição militar do conflito como pré-condição para a paz. 178 f. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Ciência Política, UFRGS, 2011, p. 87.

²² “Ao todo, estima-se que Mobutu e seus comparsas pilharam entre US\$ 4 e US\$ 10 bilhões da riqueza congolesa (praticamente o PIB atual do país)” Silva, 2011, p. 89.

²³ Silva, 2011, p. 91.

²⁴ Nzongola-Ntalaja, 2002, pp. 151-152.

²⁵ Silva, 2011, p. 97.

governo, diante de difícil dilema: por um lado, se via pressionado pelo discurso público a afastar-se da influência e do controle de Ruanda, cujas tropas permaneciam em Kinshasa desde a primeira guerra; por outro, o governo Tutsi alimentava expectativas quanto aos benefícios prometidos por Kabila à época da guerra civil, tendo em vista o esforço militar empenhado por esse parceiro militar. O referido impasse foi resultado do modelo bilateral de legitimação política que deu suporte à ascensão de Kabila, que obtivera, à época do golpe, apoio tanto do movimento nacional de soberania (CNS) do Congo-Zaire, como das forças libertação e resistência ruandesas, em especial a AFDL.²⁶ Diante disso, em julho de 1998, o presidente, preocupado pelo excesso de influência ruandesa no país e pressionado pelas forças internas, determinou a saída das forças de armadas de Ruanda da capital congoleza, posicionando-se claramente a favor da soberania total da novíssima República Democrática do Congo. Dessa forma, não só deixou de honrar acordos feitos durante a guerra com Estados vizinhos (principalmente Ruanda), como com investidores externos,²⁷ provocando intensa desestabilidade no cenário geopolítico da região, o que resultaria, posteriormente, na deflagração de uma guerra de proporções ainda maiores do que a que o levou ao poder.

Com efeito, a Segunda Guerra do Congo foi deflagrada pela entrada das forças militares de Paul Kagame no território congolês em resposta ao mencionado ato de dissociação política.²⁸ Convém analisar, desde logo, a tipologia particular desse novo embate, que absorve aspectos extremamente particulares de coalisão e repulsa entre os Estados envolvidos, expressando de forma ainda mais contundente o caráter transnacional do conflito. Tamanha a complexidade da arquitetura geopolítica da Segunda Guerra do Congo, que algumas teorias têm se referido a ela, ainda que de forma pouco precisa, pelo termo “Guerra Mundial Africana”.²⁹ Essa classificação deve-se ao fato de que, por mais que os países envolvidos carregassem motivações específicas de atuação, tinham o interesse comum pela exploração bens naturais da RDC, formando

²⁶ NZONGOLA-NTALAJA, Georges. **From Zaire to the Democratic Republic of Congo**. Current African Issues n. 28, 2 ed. Nordiska Afrikainstitutet, Uppsala, 2004, p. 13.

²⁷ A título de exemplo cita-se o contrato de U\$ 2 bilhões assinado entre Laurent Kabila e a American Mineral Fields, em 1997. Contratos como esses ficaram conhecidos como “boot futures” e representavam a venda de direitos futuros por parte de “rebeldes” que aspiravam o poder na região. (KETTERLING, Casey; PAPADEMA, Calla. **Capitalizing on Chaos: DeBeers and American Mineral Fields Involvement in the Congo and Suggestions for Regulation**. Disponível em:

<https://web.stanford.edu/class/e297c/trade_environment/wheeling/hchaos.html>. Acesso em 17 nov. 2016.

²⁸ WILLIAMS, Christopher. **Explaining the Great War in Africa: How Conflict in the Congo Became a Continental Crisis**. Fletcher Forum of World Affairs. Summer, 2013. Vol. 37, Issue 2, pp. 88-89.

²⁹ A referência à “Guerra Mundial Africana” é resultado do paralelo teórico proposto por pesquisadores (como Williams, 2013) que, amparados pela teoria neo-realista das relações internacionais, comparam a situação geopolítica desencadeadora da 1ª Guerra Mundial na Europa com a experiência africana em 1998, principalmente no que diz respeito à formação de alianças e ao dilema da segurança.

alianças sobre a máxima: o inimigo do meu inimigo é meu amigo.³⁰ Foi assim que a “Guerra Mundial Africana” potencializou tanto conexões, como rivalidades na África Central, tendo, por um lado, o grupo formado por Ruanda, Uganda e Burundi, que reivindicavam a contrapartida financeira prometida por Kabila durante a primeira guerra, e por outro, as forças aliadas do Congo, composta pelas tropas do Zimbábue, da Angola, da Namíbia e, em menor escala, do Sudão, do Chade e da Líbia, que formavam a frente defensiva.³¹

O financiamento da guerra, também dessa vez, deu-se às custas da riqueza do povo congolês. A pilhagem dos recursos naturais e sua posterior distribuição em troca de apoio bélico foi estratégia usada tanto por parte dos defensores, como dos agressores, a fim de arcar com os elevados custos do conflito. Cumpre registrar, neste ponto, que a pilhagem não se dava pela acumulação desenfreada e desorganizada de bens minerais, mas sim pela imposição de monopólios e pela construção de cadeias comerciais estruturadas entre redes de empresas privadas, estados-nação e grupos internos envolvidos diretamente na extração desses recursos.³² Quanto a isso, é importante salientar que os embates travados no território congolês não se davam apenas entre as forças militares dos países combatentes, mas principalmente por guerrilhas armadas utilizadas como instrumento de atuação bélica. Dentre esses grupos armados, também conhecidos como grupos *proxies*, destacam-se os Mai-Mai, a FDLR, a FLN e a AFD, pelo lado defensor, e a RCD, a SPLA e a MLC, pelo lado agressor.³³

Tais grupos atuavam por ambos os lados do conflito, dominavam pontos logísticos estratégicos, reservas de extração de minérios e províncias inteiras financiados por governos estatais e companhias multinacionais interessadas na exploração mineral. Percebe-se, assim, a existência de uma relação simbiótica entre grupos *proxies*, corporações industriais e estados-nação, sendo os dois últimos responsáveis por conferir elevado grau de autonomia e apoio financeiro aos primeiros em troca de acesso a reservas minerais e a pontos de domínio estratégicos.³⁴ A atuação desses grupos rebeldes pouco organizados e de motivações multiangulares, todavia, perpassava, muitas vezes, os interesses de seus patrocinadores, sendo que logo passaram a agir sobre sua lógica própria, tornando-se em espécies de milícias regionais. Conjuntura essa que propiciou a continuação do conflito mesmo após seu término formal, como se verá adiante.

³⁰ Willians, 2013, p. 90.

³¹ Willians, 2013, p. 90.

³² Castelano da Silva, 2011, p. 123.

³³ Ibidem, p. 113.

³⁴ Ibidem, p. 119 - 125

Em 1999, houve a primeira tentativa real de finalização do embate, proposta pelo Acordo de Lusaka³⁵. A empreitada, todavia, não foi bem-sucedida devido à resistência de Laurent Kabila aos termos propostos. A resistência do presidente desagradou forças colidentes internas e externas, o que resultou em seu assassinato em 2001, seguindo o mesmo trágico destino de Lumumba.³⁶ O vácuo no poder causado por sua morte foi rapidamente preenchido por seu filho Joseph Kabila, que, ao contrário do antecessor, cedeu às pressões externas para o cessar fogo assinando em 2003, no Acordo de Pretória.³⁷ Por mais que o acordo de paz signifique um importante marco para a estabilização do conflito na região dos Grandes Lagos, seus termos foram ineficazes em gerar uma política restaurativa. Tanto o é que a guerra apenas remodelou-se, restringindo-se às regiões mineradoras, principalmente na província de Kivu. O envolvimento dos Estados agressores no conflito da mesma forma reordenou-se. Uganda e Ruanda, por exemplo, mantiveram sua influência na região, passando a agir, contudo, indiretamente, por meio do patrocínio aos grupos *proxies*, como aponta relatório da ONU de 2005.³⁸

A estrutura que se forma no período pós-Pretória será mais detalhadamente analisada no tópico a seguir, sendo que o intuito capital da revisão histórica aqui desenvolvida foi o de auxiliar na localização do conflito no contexto hodierno, diante a permeabilidade histórica de alguns fatores que se perpetuam na formação da arquitetura geopolítica na região dos Grandes Lagos. É o caso da autonomia e da força de atuação dos vários grupos *proxies*, repartindo entre si o domínio de áreas de relevância para a indústria extrativa; do papel intervencionista desempenhado por potências ocidentais, atuando em prol da garantia de seus interesses na região; e, principalmente, das ações expansionistas de multinacionais ligadas à exploração de recursos minerais, contribuindo para a perpetuação do conflito através de seu financiamento. Todos esses fatores são de essencial importância para compreender a ordem multiangular em que se desenvolve o conflito a partir de 2003, quando Joseph Kabila assume um estado herdeiro das particularidades que condicionaram a “Guerra Mundial Africana”. A dinâmica pela qual se firma esse novo período, diante de um cenário global vigorosamente marcado pelo fenômeno

³⁵ Esse acordo criou a missão MONUSCO, que até hoje age para a pacificação da região. Em 2013 a operação adquiriu caráter eminentemente bélico, transformando-se na maior intervenção armada da história da ONU. (FETT, Priscila. Tudo de Novo no Front: MONUSCO, uma nova era para as peacekeeping operations? **Revista de Direito Internacional do UniCEUB**. Vol. 10, N. 2, p. 170-182, 2013).

³⁶ Nzongola-Ntaja, 2002, p. 246.

³⁷ Juma, 2006, p. 154.

³⁸ Chairman of the Security Council Committee letter. **UN/S/2005/30**. 25 jan. 2005. Disponível em: <<http://www.securitycouncilreport.org/un-documents/document/DRC%20S200530.php>>. Acesso em: 17 Nov. 2016.

da globalização, será debatida a seguir, quando, superada a questão histórica, tratar-se-á da delimitação do contexto fático sob o qual se desenvolverá a tese desse trabalho.

1.2. A Nova Arquitetura do Conflito

Cumprе salientar, desde logo, que o otimismo presente nas prospecções relativas à pacificação da região dos Grandes Lagos no período do pós-guerra fundamenta-se em argumentos bastante questionáveis, uma vez que subsistem as condições que provocaram a erupção do conflito, sendo estas apenas marginalmente endereçadas pelo acordo de paz.³⁹ Tais condições remetem a existência de redes complexas de exploração que operam na manutenção do conflito, agindo a partir de lógicas precipuamente econômicas e por meios que têm se tornado cada vez menos visíveis devido à globalização. Para a devida compreensão das redes estruturantes do conflito, toma-se para análise os resultados dos painéis de especialistas das Nações Unidas sobre “Exploração Ilegal de Recursos Naturais e Outras Formas de Riqueza na República Democrática do Congo”, os relatórios da ITIE sobre o fluxo de divisas provindos da exploração de minérios na região e as considerações feitas pelo congresso norte-americano na promulgação da seção 1.502 – Lei Dodd-Frank, todos concluindo pela existência de uma relação direta entre a lógica de exploração econômica inserida por corporações multinacionais e a manutenção do conflito.⁴⁰

1.2.1. Demarcação do Plano Fático

Primeiramente, cabe a análise referente ao painel de especialistas da ONU, criado por resolução do Conselho de Segurança de junho de 2000. Pode-se afirmar que esse painel, de forma precisa, detalhou os padrões e os atores que compunham a rede de extração de minérios na RDC. O painel indicou a participação de grupos rebeldes, governos de Estados, empresas multinacionais e indivíduos específicos,⁴¹ sendo que, em seu relatório final, apontou: 17 países como usuários finais dos insumos obtidos pela cadeia de exploração, 54 pessoas comprometidas na direção de negócios prejudiciais ao projeto de pacificação e 85 companhias acusadas de

³⁹ Juma, 2006, p. 157.

⁴⁰ DOMINIC, Johnson. **Who's in Charge? Putting the Mineral Trade in Eastern DRC under International Control: An Overview.** In.: Blood Minerals: The Criminalization of the Mining Industry in Eastern DRC. Goma, 2010, Agosto: Pole Institute, p. 38.

⁴¹ UN Security Council Presidential Statement, 2 June 2000. **S/PRST/2000/20.** Disponível em : <www.globalsecurity.org/military/world/war/congo>. Acessado em: 17 Nov. 2016.

violar padrões de conduta internacional (*OECD - Guidelines for Multinational Enterprises*) ao financiarem grupos militares diretamente envolvidos com violações aos direitos humanos.⁴² Nessa continuidade, cumpre destacar as observações do relatório final, confirmando a relação entre as condições herdadas da Segunda Guerra do Congo com a perpetuação do conflito, assim como reiterando a existência de redes de exploração que atuam de forma independente à presença de forças armadas externas:

“149. A exploração ilegal de recursos naturais, as graves violações aos direitos humanos e a terrível situação humanitária são algumas das consequências dos quatro anos de guerra e da falta de um governo central na República Democrática do Congo, com a autoridade e capacidade para proteger seus cidadãos e recursos. 150. A retirada das forças armadas estrangeiras é um passo importante para acabar com a exploração ilegal dos recursos naturais. No entanto, as redes do conflito já estão tão profundamente enraizadas que garantem, por si, a continuação da exploração ilegal, independentemente da presença física dos exércitos estrangeiros.”⁴³

Disso infere-se que o conflito passa a reestruturar-se a partir de uma lógica multifacetada, na qual corporações multinacionais, estados estrangeiros e grupos rebeldes atuam de forma autônoma, porém conectada, perpetuando o estado de violência na região. A percepção dessa rede de exploração fica ainda mais clara quando observada a partir do fenômeno da globalização, que acaba por encurtar as vias de comunicação entre tais atores.

Dentre esses atores, destacam-se as empresas multinacionais, que servem como principal sustentáculo ao novo arranjo. Tanto é assim que a medida central proposta pelo painel de especialistas da ONU, confirmada pelo Conselho de Segurança, diz respeito ao restabelecimento dos padrões postos pela OCDE para corporações multinacionais,⁴⁴ direcionando-se, pois, explicitamente a tais instituições. A renovação do mandato do grupo de especialistas, que estava previsto para encerrar os trabalhos em 2002,⁴⁵ só veio a confirmar esse entendimento, reiterando a responsabilidade de agentes econômicos estrangeiros pela

⁴² UN Secretary-Generals Letter, 16 October 2002. **S/2002/1146**. Disponível em: <<http://www.securitycouncilreport.org/un-documents/document/DRC%20S%202002%201146.php>>. Acesso em: 17 Nov. 2016. (Ver § 141 e Anexo III).

⁴³ “149. The illegal exploitation of natural resources, gross violations of human rights and a dire humanitarian situation are some of the consequences of four years of war and the lack of a central government in the Democratic Republic of the Congo with the authority and capacity to protect its citizens and resources. 150. The withdrawal of foreign forces is an important step towards ending the illegal exploitation of natural resources. Yet the necessary networks have already become deeply embedded to ensure that the illegal exploitation continues, independent of the physical presence of the foreign armies.” (UN Secretary-Generals Letter, 16 October 2002. S/2002/1146).

⁴⁴ Final Report of The Panel of Experts on The Illegal exploitation of natural resources and Other Forms of Wealth of The Democratic Republic of the Congo. S/2002/1146, 16 October 2002. § 177.

⁴⁵ A resolução 1457 do Conselho de Segurança da ONU (**UNSC 1457, 24 January 2003**), decidiu por manter ativo o painel de especialistas em recursos naturais para que este desse continuidade aos trabalhos desenvolvidos em 2001 e 2002.

continuação do conflito na região dos Grandes Lagos, visto que estes injetam alta quantia de dinheiro, sem a qual a potencialidade dos beligerantes seria praticamente inexistente.⁴⁶

Relatórios de outras instituições atuantes na campanha de pacificação da República Democrática do Congo também apontam a ação de multinacionais e de suas cadeias de comércio como o principal fator responsável pela perpetuação do conflito. Sobressai, nesse contexto, os pareceres ITIE, que, cientes do papel desempenhado por corporações internacionais no financiamento de grupos armados, pretendem monitorar o fluxo de caixa dessas corporações, assim como o do próprio governo, a fim de conferir maior transparência aos contratos de comercialização de recursos minerais.⁴⁷ Relatórios elaborados a partir da análise de dados obtidos durante os anos de 2012, 2013 e 2014⁴⁸ na RDC apontam diversas discrepâncias contábeis em relação as entradas e saídas de divisas de algumas empresas, dando margem a deduções preocupantes no que diz respeito a existência de relações comerciais entre estas e grupos *proxies*.

Cabe, ainda, a análise dos argumentos usados pelo Congresso norte-americano como fundamentação para elaboração da seção 1.502 da lei Dodd-Frank, que estabelece que companhias empresariais, ao utilizarem-se de matérias primas provenientes da RDC, deverão apresentar provas de que suas transações não estão vinculadas com o financiamento de violações aos direitos humanos na região.⁴⁹ Para tanto, é necessário retomar, primeiramente, o papel desempenhado pela potência estadunidense na dinâmica do conflito. Os Estados Unidos, seguindo uma tendência histórica de exploração, mantêm na região, desde o século XX, empreendimentos de investimento mínimo e lucro máximo, todos com planos de evacuação a curto prazo, o que tem sido traumático à economia da RDC.⁵⁰ Com efeito, a presença de negócios de elevada magnitude envolvendo gigantes norte-americanas na região sempre incentivou esse Estado a intervir na conjuntura política do Congo,⁵¹ como foi visto no tópico anterior.

⁴⁶ Dominic, 2010, p. 27.

⁴⁷ “What is the EITI?” Disponível em: <www.eiti.org>. Acesso em: 17 Nov. 2016.

⁴⁸ **2014 Democratic Republic of Congo EITI report.** Published in December 2015. Disponível em: <<https://eiti.org/node/7682>>. Acesso em: 17 Nov. 2016.

⁴⁹ Conflict Minerals Provision of Dood-Frank. Imadiate implications and long-terms opportunities for companies. **KPMG**, Cutting through Complexity. Ago. 2001. Disponível em: <<http://www.kpmg.com/Global/en/IssuesAndInsights/ArticlesPublications/Documents/dodd-frank-conflict-minerals.pdf>>. Acessado em: 29 nov. 16.

⁵⁰ MADSEN, Wayne. **Genocide ad Convert operations in Africa 1993-1999.** Lewiston: The Wedwin Mellen Press, 1999, pp, 477-478. 1999.

⁵¹ O anexo III do relatório da ONU de 2002 apontou 9 empresas norte-americanas em violação as normas de conduta da OECD.

Foi tendo por base esse envolvimento histórico dos Estados Unidos e de suas empresas multinacionais na crise humanitária dos Grande Lagos⁵² que diversos grupos ativistas pressionaram Washington a posicionar-se de maneira responsiva quanto ao assunto. Os protestos resultaram numa virada histórica em dezembro de 2010, quando o Congresso promulgou a seção 1.502 da lei Dodd-Frank, que exige da Comissão de Segurança e Comércio dos EUA a implementação de uma série de regras de conduta para as empresas que se utilizam de bens minerais provenientes da região do conflito. Trata-se, pois, de uma tentativa explícita de impedir que companhias norte-americanas continuem a subsidiar grupos armados envolvidos nos embates por intermédio de normas que prescrevam a exposição de negócios econômicos socialmente reprováveis.⁵³

A seção 1.502 da lei Dodd-Frank surge, portanto, com objetivo de trazer maior transparência e, conseqüentemente, maior responsabilidade social às cadeias de comercialização de minerais originados da região dos Grandes Lagos. Reconhece, assim, a incompatibilidade entre a lógica econômica que orienta a atuação dessas corporações multinacionais, em especial as norte-americanas, e a salvaguarda dos direitos humanos das pessoas que vivem na zona do conflito. Trata-se de uma lei que prevê conseqüências econômicas – as sanções são indiretas, geradas principalmente pelas externalidades negativas que a divulgação do envolvimento dessas empresas na violação de direitos humanos pode causar no mercado de ações⁵⁴ – a instituições que funcionam, precipuamente, pela racionalidade econômica.

Deveras, a rede de exploração assume novos contornos no cenário atual, estando cada vez menos ligada à linguagem do poder político e cada vez mais próxima à racionalidade monetária. O arranjo que aqui pretende-se delimitar demonstra o aumento da relevância das corporações transnacionais na estruturação do conflito, sendo que essa rede economicamente condicionada tem expandido sua racionalidade de forma destrutiva em direção ao próprio ser humano, como se consegue perceber nos ainda tímidos discursos sobre o tema no âmbito global. Destarte, pode-se concluir que, ao contrário do que exposições superficiais costumam alegar,⁵⁵

⁵² Quase todos os países envolvidos na segunda guerra do Congo obtiveram assistência militar dos Estados Unidos. De acordo com o relatório da “World Police Institute”, foi o fornecimento de armamentos pelos norte-americanos que inflamou o massacre na região.

⁵³ SILVERMAN, Bryan Stuart. One Mineral at a Time: Shaping Transnational Corporate Social Responsibility Through Dodd-Frank Section 1502. **Oregon Review of International Law**. Vol. 16, N. 1, 2014, p 2.

⁵⁴ Ibidem, p. 2.

⁵⁵ Meios de comunicação de ampla divulgação costumam veicular a causa do conflito na região dos Grandes Lagos a rivalidades étnicas, v.g. (Entenda os conflitos na República Democrática do Congo. G1, portal de notícias. 12 dez. 2008. Disponível em: <<http://g1.globo.com/Noticias/Mundo>>. Acesso em: 29 nov. 16; O

o conflito na região dos Grandes Lagos não tem, hodiernamente, sua razão em controvérsias étnicas entre tribos africanas ou em jogos internos (ou externos) de disputa por poder, antes as questões que dão causa ao conflito são resultado da expansão de uma rede de exploração pautada na lógica do lucro a todo e a qualquer preço.

1.2.2. A Expansão do Código Econômico na Sociedade Mundial

Como tarefa final para compressão dessa rede estruturada por estados estrangeiros, grupos *proxies*, multinacionais e pelo próprio estado congolês, faz-se necessário passar pelos efeitos da expansão do código econômico no contexto da sociedade mundial. O conceito de sociedade mundial deve ser, desde logo, representado pela expansão do complexo comunicativo “societal” para além dos limites político-geográficos. Este fenômeno é proporcionado pelo advento de tecnologias modernas de informação que tornam, a princípio, todo lugar acessível à comunicação.⁵⁶ Com efeito, Luhmann, em sua teoria sistêmica, desvincula a noção de sociedade mundial do fundamento do Estado, isto é, preceitua a existência de um horizonte comunicativo que se estabelece para além das organizações políticas territoriais, por mais que essas sejam um dos meios essenciais para sua reprodução.⁵⁷ Não se trata, contudo, da mera afirmação quanto a possibilidade de existência da comunicação para além dos contornos do Estado, mas sim da verificação de diversos subsistemas funcionais que se utilizam da comunicação como modo particular de reprodução autopoietica no âmbito mundial.⁵⁸

É importante ressaltar que, por mais que a percepção da sociedade mundial só tenha se tornado mais visível a partir dos tempos recentes, com a globalização, esses dois conceitos não se misturam. Os movimentos de globalização são heterogêneos, referentes a expansão de determinados sistemas funcionais,⁵⁹ enquanto a concepção de sociedade mundial faz referência a um conceito unitário de sociedade, embasado no fechamento autopoietico desse sistema macro que abrange todos os outros subsistemas, toda comunicação.⁶⁰ Deveras, a classificação

interminável conflito na República Democrática do Congo. DW, made for minds. Disponível em: <<http://www.dw.com>>. Acesso em: 29 nov. 16.

⁵⁶ BECHMANN, Gotthard; STEHR, Nico. Niklas Luhmann. **Tempo Social: Revista de Sociologia da USP**. São Paulo, USP, Vol. 13(2), Novembro, 2001, pp. 194-195.

⁵⁷ LUHMANN, Niklas. **La Sociedad de la Sociedad**, Mexico: Herder/Universidad Iberoamericana, 2007, pp. 120 - 121

⁵⁸ LUHMANN, Niklas. **The autopoiesis of social systems**. In: Geyer F; van der Zouwen J. *Sociocybernetic paradoxes*. London: Sage, 1986, pp. 172–192. Disponível em <<http://cepa.info/2717>>.

⁵⁹ Para tanto vide as perspectivas de investigação apontadas por Luhmann, 2007, pp. 126-129.

⁶⁰ Luhmann, 2007, p. 129.

(ou diferenciação) dos diversos sistemas sociais pela comunicação é independente da globalização, mas só ganha visibilidade a partir desta.

Ainda nesse seguimento, pode-se afirmar que a sociedade mundial é multicêntrica, visto que há diferentes pretensões entre os subsistemas que a compõe, cada um existindo autonomamente como seu centro de mundo. A economia, a ciência, a política, o direito, cada um detém sua própria racionalidade parcial, operando sobre um específico código-diferença:⁶¹ o direito pela distinção “lícito/ilícito”, a economia pelo “dinheiro/não-dinheiro”, a ciência pelo “verdadeiro/falso” e a política pelo “poder/não-poder”, para citar apenas alguns exemplos. Conclui-se, dessa forma, que não há um único centro de observação na sociedade, mas que cada racionalidade parcial, operando sobre seu próprio código binário, constitui-se em uma esfera autônoma de comunicação.⁶²

Esses apontamentos acerca da existência de uma sociedade mundial formada por esferas autônomas de comunicação, cujas operações se manifestam para além dos limites dos Estados-nação, encontram correspondência quando analisados sobre o contexto que envolve a problemática da República Democrática do Congo. É que, com base na análise feita no tópico anterior, pode-se concluir que a razão de ação das redes de exploração do conflito é pautada essencialmente na lógica específica do subsistema econômico. Os fundamentos que embasam os painéis de especialistas da ONU, que justificam a seção 1.502 da Lei Dodd-Frank e que dão suporte aos relatórios da EITI, todos apontam para evolução da lógica do dinheiro – proporcionado por ações de corporações multinacionais – como a causa central da perpetuação do conflito.

Por certo, a hipertrofia da influência do código econômico na estruturação do atual arranjo da guerra dos Grandes Lagos releva-se como consequência dos processos de fragmentação que ocorrem na sociedade mundial. Instituições nacionais da RDC, Estados estrangeiros, grupos rebeldes, todos passam a atuar sob a estrita perspectiva do lucro, afastando-se das razões políticas, jurídicas e morais que costumavam definir suas dimensões existenciais, de forma que manutenção da rede de exploração deixa de depender da segmentação territorial para sua reprodução e passa a desenvolver-se no âmbito da sociedade mundial.

De fato, uma questão importante a ser considerada, no tocante à sociedade mundial, diz respeito a força crescente de seus sistemas baseados em expectativas cognitivas, neste caso em específico, do sistema econômico. É que, segundo Luhmann, sistemas que detêm o primado no

⁶¹ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 24.

⁶² *Ibidem*, 2009, p. 25.

plano estrutural (economia, associada à técnica e à ciência) e semântico (mídia) não dependem da segmentação territorial para sua reprodução,⁶³ o que propicia a expansão generalizada destes em relação ao ambiente que os envolve, principalmente em realidades periféricas como a da RDC. É notável, no contexto em estudo, a fortíssima influência do código econômico sobre outras racionalidades autônomas, provocando, por conseguinte, o rompimento operativo de outros subsistemas pela ação evasiva da lógica comunicativa do dinheiro.

Cumprido destacar, ainda, que hipertrofia da esfera do capital que se protagoniza na conjuntura estudada ocorre mediante a participação de corporações multinacionais envolvidas na exploração de recursos naturais na região. Por certo, essas empresas têm função primordial nas mencionadas redes de extração, estruturando-as em códigos privados transnacionais seja mediante acordos comerciais, seja por estímulos financeiros indiretos. Essas cadeias transnacionais de exploração, pautadas na expansão do código econômico, ditam a nova arquitetura do conflito no âmbito da sociedade multicêntrica global, transcendendo os limites dos Estados-nação para reprodução do mencionado subsistema.

Impõe-se salientar, finalmente, que o desenvolvimento da lógica do dinheiro na esfera da sociedade mundial pode causar não só a destruição dos limites dos subsistemas funcionais localizados em seu ambiente externo, mas também pode atingir a integridade do próprio ser humano.⁶⁴ É o que acontece na região dos Grandes Lagos, onde a atuação conjunta de multinacionais, de grupos *proxies* e de Estados-nação pautada sob o código econômico acaba por atingir o indivíduo em suas dimensões de corpo e alma, como será analisado mais atentamente a seguir.

1.3. Da Violação de Direitos Humanos por Redes Econômicas de Exploração

Feitos os esclarecimentos quanto à relação entre a expansão do código econômico e a atual situação na região dos Grandes Lagos, adentra-se no âmago deste capítulo, que é acusação de que as multinacionais envolvidas na exploração de recursos minerais agridem, além de outras esferas comunicativas, no que se refere à autonomia de subsistemas, o próprio ser humano, em sua esfera biológica e psíquica. Para o alcance desta conclusão será delimitado o conceito latente de direitos humanos e, então, apontado como estes têm sido violados por redes econômicas exploração na região leste da República Democrática do Congo.

⁶³ Ibidem, p. 30.

⁶⁴ TEUBNER, Gunther. The Anonymous Matrix: Human Rights Violations by 'Private' Transnational Actors. *Modern Law Review*, Oxford, Vol. 69, 2006, p. 335.

1.3.1. Direitos Humanos Como Direitos Latentes

Nesse primeiro momento não serão examinadas as possibilidades de comunicação entre ser humano e sociedade, nem mesmo a questão da pretensão de validade desses direitos. Pretende-se tão somente definir direitos humanos sob seu caráter primário, como direitos de proteção inerentes a toda e qualquer pessoa em relação à expansão da sociedade sobre seu ambiente. Para essa definição inicial, recorro ao conceito de “direito latente” trazido por Riccardo Prandini, que, propondo um suplemento à teoria de Gunther Teubner, defende a existência de um direito contido em sua própria interpretação, sendo este revelado por meio de sua aplicação cotidiana na forma “vivente”, ou seja, um direito vivenciado por meio da sua institucionalização social, mas compreendido como anterior a esta,⁶⁵ assim como pode-se notar no trecho transcrito:

“A sociedade mundial pode ser apresentada como a sociedade do direito vivente – direito gerado autonomamente em toda a sociedade e não apenas no sistema político ou econômico – e direito latente – direito de princípios potenciais de justiça que encontram sua realização na morfogênese jurídica.” (Prandini, 2005, p. 223).⁶⁶

O conceito de direito latente surge, portanto, como a tentativa de retomar o aspecto do direito que não pode ser socialmente compreendido. Tais direitos são intrínsecos, no sentido de não terem fundamentos na ordem social; são “pré-sociais”, “pré-legais” e “pré-políticos”, de modo que não podem ser abarcados pelo código do lícito ou ilícito, ou seja, são anteriores a própria juridicidade do direito,⁶⁷ como articula Teubner diante a suplementação oferecida por Prandini. Cabe destacar, entretanto, a cautela com que aquele autor reutiliza-se da inovação teórica ora em exame, visto que entende os direitos latentes não como tendências inseridas dentro da sociedade, mas como estímulos direcionados à ação do ambiente.⁶⁸ Neste sentido, tratar-se-ia de tendências de preservação de uma cadeia de diferenças em relação ao ambiente (não à sociedade).

⁶⁵ PRANDINI, Riccardo. La ‘costituzione’ del diritto nell’epoca della globalizzazione. Struttura della società-mondo e cultura del diritto nell’opera di Gunther Teubner. In: TEUBNER, Gunther (Org.). **La cultura del diritto nell’epoca della globalizzazione. L’emergere delle costituzioni civili**. Roma: Aramndo editore, 2005, (191 – 225), p. 223.

⁶⁶ “La società-mondo potrebbe presentarsi come società del diritto vivente – diritto generato autonomamente in tutta la società e non solo nei sistemi politici ed economici – e del diritto latente – diritto retto da principi potenziali di giustizia che trovano una loro attualizzazione nella morfogenesi dei diritti.” (Prandini, 2005, p. 223).

⁶⁷ Teubner, 2006, p. 335.

⁶⁸ Ibidem, nota 40.

Vale-se aqui dessa noção de direitos latentes para apontar seu paralelo com o conceito de direitos humanos, os quais devem ser percebidos no seu potencial biológico e psíquico como direitos de preservação do ser humano em relação à sociedade. Ao contrário do que preceitua a divisão tradicional, o ser humano não é o centro das instituições sociais, e os direitos humanos, por consequência, não devem ser encarados como áreas de autonomia pessoal;⁶⁹ antes o ser humano é aqui referido pela conjunção de corpo e alma, e os direitos humanos, conseqüentemente, como proteção à integridade de corpo e alma ameaçada pela expansão da esfera comunicativa.⁷⁰

É nesse sentido que Teubner alega pela impossibilidade de uma dependência do aparato societário para o entendimento de processos orgânicos e mentais que existem de forma independente a ele e que, ao mesmo tempo, se afirmam, diante sua tendência destrutiva, através dos direitos humanos – agora devidamente assimilados como direitos latentes.⁷¹ Deveras, o indivíduo está dissociado da sociedade. A dor, o prazer, a alegria ou a angústia são fenômenos relacionados à inteireza do ser humano, gerados na sua natureza íntima e, a princípio, inacessíveis à esfera social por intermédio da comunicação.⁷² Nesse sentido, a comunicação parece emergir-se autônoma à criatura, formando um mundo de significado próprio e alheio, o qual pode ser usado produtivamente para a sobrevivência da humanidade, ou pode se voltar contra ela, ameaçando a integridade de corpo e alma de seus indivíduos.⁷³

Destaca-se nesse trabalho, como caso de externalidade negativa da comunicação sobre a integridade de corpo e alma, as redes de exploração envolvidas na extração de recursos naturais na Região dos Grandes Lagos, que mediante uma cadeia de comandos acaba por causar a tortura, o estupro, a miséria e até a morte. Os processos comunicativos, portanto, são aptos a irritar estruturas físicas e psicológicas, ameaçando a inteireza e, até mesmo, a existência de gente de carne e osso. Os direitos humanos surgem exatamente para impor limites e essa lógica expansiva do sistema comunicativo, insistindo na sua preservação contra perturbações destrutivas do meio externo.⁷⁴ Uma vez que a ampliação do ambiente social, externo ao indivíduo, tem capacidade de interferir diretamente na sua autopreservação, faz-se necessária a

⁶⁹ Ibidem, p. 334.

⁷⁰ TEUBNER, Gunther. **Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization.** (Translated by Gareth Norbury). Oxford: Oxford University Press, 2012, pp. 145.

⁷¹ Idem, 2006, p. 336.

⁷² Ibidem, p. 334.

⁷³ Ibidem, p. 335.

⁷⁴ Ibidem, p. 335.

garantia dos direitos latentes desses mesmos indivíduos perante sistemas sociais de comunicação, como a religião, a ciência, a política, o direito e a economia.

É importante enfatizar, ainda, que a argumentação aqui construída refere-se a direitos humanos desvinculados de uma decisão política soberana (não restritos a limites estatais), assim como que afastados de uma lógica jus naturalista na sua pretensão de direitos universais conhecidos de validade absoluta. São conceituados, por consequência, como direitos “pré-sociais” – no sentido de direitos latentes alusivos ao corpo e à mente – “pré-políticos” e “pré-legais”, no que se refere ao fato de serem afirmados em decorrência de conflitos sistêmicos, que, ao violarem a integridade do ser humano, exigem a auto realização de seus direitos de preservação.⁷⁵

Voltando ao plano fático, tem-se que a expansão do código econômico na região dos Grandes Lagos por intermédio da ação de corporações multinacionais é causa do estado de grave ameaça aos direitos humanos na localidade, vez que é capaz de agredir e até mesmo destruir indivíduos em sua faceta não social. Os contratos de corporações privadas, a estipulação das taxas no contrabando de minérios, a depreciação do Estado em suas funções políticas e jurídicas, todos são fenômenos que começam na esfera social, mas que se projetam para além dela, desencadeando uma corrente de ações e reações com efeitos diretos na destruição do corpo e da mente de indivíduos reais. Essas ameaças à esfera biológica e psíquica do ser humano têm alcançado patamares alarmantes no conflito da República Democrática do Congo, transformando-se em verdadeira cólera.

1.3.2. Cólera Congoleza

O conflito na Região dos Grandes Lagos é considerado o que mais mata no mundo desde a Segunda Guerra Mundial. Tomando a demarcação temporal da eclosão da Segunda Guerra do Congo até os dias atuais, tem-se que aproximadamente cinco milhões de pessoas morreram em razão do embate.⁷⁶ Esses números ficam ainda mais absurdos quando referentes aos casos de estupro na região. Em outubro de 2008, foram registrados 50 casos por hora⁷⁷, em 2011 o

⁷⁵ Ibidem, p. 336.

⁷⁶ SANDERS, Edmund. Uganda's Conflict Spreads to Congo, Where LRA Rebels Massacre Villagers. **Los Angeles Times**. Los Angeles, 11 Jan. 2009. Disponível em: <<http://www.latimes.com/news/nationworld/world/la-fg-congo-massacre>>. Acesso em: 11 nov. 2016.

⁷⁷ OURY, Jeanine. The Rape Epidemic in the Congo: Why Impunity in the Congo Can Be Solved by International Intervention. **Loyola University Chicago International Law Review**. Chigado, Volume 6, n. 2, p. 421-432, spring/summer 2009, p. 424

quantum permaneceu elevado, com cerca de 45 vítimas a cada hora, resultando num total de quase 400 mil vítimas durante o ano.⁷⁸ Outro ponto alarmante é o recrutamento endêmico de crianças soldados, que, maioria das vezes vítimas de sequestro, são ensinadas à cultura da violência e do medo desde cedo. Relatório da operação MONUSCO registrou que somente durante o período de janeiro de 2012 a agosto de 2013 mais de 2 mil crianças aliciadas escaparam do controle grupos armados.⁷⁹

Como já foi dito, após o término formal de “Guerra Mundial Africana” não houve o fortalecimento do poder de polícia do Estado congolês; pelo contrário, a esfera coercitiva interna tornou-se ainda mais incipiente, dando lugar ao crescimento de grupos internos nacionais e estrangeiros financiados por companhias multinacionais.⁸⁰ Tais grupos robusteceram comportamentos de ódio étnico em suas regiões de domínio. A incitação ao desprezo recíproco entre povos surge como uma das estratégias das milícias para provocar instabilidades regionais entre tribos que até então conviviam pacificamente, como é o caso dos “hema” e dos “lendu”, que compartilharam pacificamente o mesmo território até 2003⁸¹. Essas controvérsias provincianas têm facilitado a penetração de milícias interessadas no contrabando de matéria-prima corporações transnacionais e, por conseguinte, propiciado a destruição de muitas das comunidades locais.

Nessa mesma lógica, é importante ressaltar os casos de violência sexual, que também surgem como estratégia no plano de pilhagem de minérios. Os casos de estupro no Congo tendem a acontecer de forma sistemática e organizada, cada grupo adotando uma forma única (e igualmente perversa) de atuação: uns assassinam suas vítimas após o ato, outros marcam o padecedor com fogo e ainda há aqueles que o fazem coletivamente, expondo o conjunto do ato frente toda a comunidade.⁸² As mulheres, principais alvos dessa cultura de violência, tendem a se exilar de suas vilas após o abuso, muitas delas, com ferimentos graves e padecendo de sintomas de doenças sexualmente transmissíveis, sofrem por anos pela falta de assistência médica e, em sua grande parte, vêm a falecer.⁸³ A violência sexual, nesse contexto, não deve

⁷⁸ CARRANCA, Adrina. Estupro Vira Arma de Guerra no Congo. **O Estado de S.Paulo**. São Paulo, 27 out. 2013. Disponível em <<http://internacional.estadao.com.br/noticias/geral,estupro-vira-arma-de-guerra-no-congo-imp-1090073>>. Acesso em: 11 nov. 2016.

⁷⁹ Report of the Secretary-General on the United Nations Organization Stabilization Mission in the Democratic Republic of the Congo. **S/2013/581**, 30 set. 2013, § 50.

⁸⁰ CASTELLANO DA SILVA, Igor. **Congo: A Guerra Mundial Africana**. Conflitos Armados, Construção do Estado e alternativas para a Paz. Porto Alegre: Leitura XXI /Cebrafrica /UFRGS, 2012, p, 181.

⁸¹ Ibidem, p. 182.

⁸² OURY, 2012, p. 425.

⁸³ Ibidem. 426

ser encarada como mera consequência do conflito bélico ou de uma tradição sexista, mas sim como estratégia para facilitação na pilhagem de recursos por parte de milícias locais, para sua posterior comercialização.⁸⁴ As próprias Forças Armadas da República Democrática do Congo, a despeito da repulsa formal do Estado congolês no que se refere aos mencionados atentados, são responsáveis por grande parte dos atos de violência sexual na região, conforme demonstrou relatório da ONU de 2014.⁸⁵ É que, no intuito de punir indivíduos integrantes de grupos armados contrários ao governo de Joseph Kabila, o Estado, por meio de seu braço armado, utiliza-se dos mesmos métodos torpes desses grupos; o que só reitera a tese de que o estupro, no referido cenário, serve principalmente como estratégia de guerra para ambos os lados do conflito.

Deveras, a conjuntura é complexa, envolve o histórico de violência do país, a ineficiência e a corrupção do aparato estatal, a cultura de silêncio, a instabilidade geopolítica da região e preconceitos étnicos; contudo, todos esses fatores são compreendidos e instrumentalizados pela nova lógica que permeia as mais diversas facetas do conflito: a econômica. Por certo, é a expansão da esfera comunicativa da economia através da atuação de corporações privadas que estimula e patrocina a situação de caos humanitário na região. Essa configuração social ultrapassa a esfera da sociedade, causando danos diretos a seu ambiente, à integridade do ser humano em suas dimensões de corpo e alma, as quais a sociedade não é nem sequer capaz de compreender. De fato, não compreende o sofrimento da mãe que perde seu filho para guerra ou do filho que vê sua própria mãe sendo violentada, não escuta a dor pai, do marido, que não consegue proteger a própria casa, a própria família. Essa é a cólera do Congo, a aflição que não é descritível, a angústia que transcende a própria comunicação para ter como único fim o ser, o humano. E, então, destruí-lo.

⁸⁴ SORENSEN, Karsten Engsig; OLSEN, Birgitte Egelund. Strengthening the Enforcement of CSR through Mediation and Conflict Resolution by National Contact Points: Finding a New Balance between Hard Law and Soft Law. **Nordic & European Company Law**, pp. 10-38, oct. 2013, pp. 5

⁸⁵ Progress and obstacles in the Fight Against Impunity for Sexual Violence on Democratic Republic of Congo. United Nations Human Rights Office of the High Commissioner. **UNJHRO, Relatório 9**. Abril, 2004.

2. SEMÂNTICA DOS DIREITOS HUMANOS

Como visto no capítulo pretérito, o processo comunicativo que envolve as redes de exploração na guerra dos Grandes Lagos produz externalidades negativas, violando, muitas vezes, a integridade do homem em sua faceta física e psicológica. Todavia, o conflito gerado pela expansão da matriz social acontece em esfera distinta do conflito real, questão que tem gerado verdadeiro paradoxo quanto a afirmação dos direitos humanos, uma vez que a ameaça à esfera “biopsíquica” – localizada fora do âmbito comunicativo – só pode ser evitada se expressa por meio da comunicação. Assim sendo, esse capítulo dedicar-se-á a questão de como direitos latentes, afastados do vocabulário social por sua própria definição, podem ser por ele formulados, visando, dessa forma, alcançar uma concepção social de direitos humanos coerente com os pressupostos teóricos adotados e hábil a lidar com os desafios da modernidade, principalmente, no que diz respeito à tendência expansionista de ordens não estatais que ameaçam a inteireza do indivíduo.

2.1. Direitos Humanos: Uma Dimensão Social

Impende salientar, desde logo, que a dimensão de direitos humanos aqui desenvolvida, se dissocia da noção de direitos latentes, pois enquanto estes são referentes ao plano ecológico da sociedade, aqueles se manifestam na esfera social da comunicação, só então sendo traduzidos como direitos humanos. Sob essa ótica, direitos humanos não podem ser descritos como direitos eternos, a-históricos ou essenciais. Antes constituem uma conquista ou até mesmo uma invenção social partir das percepções do ambiente social.⁸⁶ É que, embora sua concepção e morfogênese remontem a noções pré-sociais, ou seja, ao seu caráter latente;⁸⁷ sua faceta acessível à comunicação deve ser entendida como uma construção da sociedade moderna.⁸⁸ Nesse sentido, pode-se concluir por uma concepção moderna de direitos humanos que remeta a direitos socialmente construídos a partir de percepções de seu ambiente, ideia essa que convive e, inclusive, dialoga com a de direitos latentes.

⁸⁶ NEVES, Marcelo. A Força Simbólica dos Direitos Humanos. *Revista Eletrônica do Estado*, n. 4, Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, outubro/novembro/dezembro, 2005, p. 6.

⁸⁷ Prandini, 2005, pp. 223 - 224.

⁸⁸ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. (Tradução Carlos Nelson Coutinho). Nova Edição. 7ª impressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 93.

Assim, a reflexão acerca da semântica dos direitos humanos deve fazer revelar sua dimensão social, correspondendo, pois, a transformações radicais na estrutura social, a direitos conquistados com barricadas por meio de longos e sinuosos processos históricos que aos poucos se articularam no sentido de consolidar suas reivindicações e estandartes de lutas na forma de direitos.⁸⁹ A concepção contemporânea de direitos humanos, portanto, reflete um construído axiológico, a partir de um espaço simbólico de luta e ação social⁹⁰, remete a construções sociais dadas ao longo da história destinadas a preservar a integridade humana, a sensibilizar o sistema social quanto às atrocidades constantes na esfera psicológica e biológica do ser. Dessa forma, pode-se concluir por uma tênue diferenciação entre direitos humanos e direitos latentes, sofisticando a concepção de direitos humanos proposta no tópico 1.3.1. É que, embora ambos os significados façam referência ao mesmo objeto – o ser humano –, os direitos latentes concernem a sua faceta não-social, enquanto os direitos humanos representam sua dimensão social, compreensível à comunicação. São dois lados da mesma moeda e, por mais que se relacionem, não devem ser conceitualmente confundidos, sob o risco de perderem suas funções explicativas.

2.1.1. Pretensão de Validade Universal

As anotações feitas a respeito dos direitos humanos – como construções sociais conscientes voltadas a evitar o sofrimento humano – são fundamentais para a compreensão do caráter universalista conferido a esses direitos. É que, do ponto de vista pragmático do portador, esses direitos de proteção devem abranger todas as pessoas, ou seja, têm pretensão universal de validade. Tal problemática nasce da pergunta “quem tem direitos humanos?” e é respondida logo no primeiro parágrafo da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948: todo o ser humano.⁹¹ É nesse sentido que se entende a pretensão de validade universal dos direitos do homem, como direitos generalizados para toda e qualquer pessoa.⁹²

⁸⁹ SACHS, Ignacy. Desenvolvimento, direitos humanos e cidadania. In: **Direitos humanos no século XXI**. Instituto de Pesquisas e Relações Internacionais e Fundação Alexandre Gusmão, 1998, p. 156. Apud, Piovesan, 2012, p. 176.

⁹⁰ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**, 13ª ed. revista e atualizada, São Paulo: Saraiva, 2012, p. 175-176.

⁹¹ “Todas os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade. ” **Declaração Universal dos Direitos Humanos** – 1948. Acessado no Site da UNESCO.

⁹² Neves, 2005, p. 8.

Deveras, o caráter universal dos direitos humanos foi tema de várias pesquisas no campo filosófico-jurídico que visaram desdobrar a maneira pela qual o direito poderia demarcar normas legais de direitos humanos na arena transnacional. O primeiro módulo teórico a oferecer garantia global aos direitos do homem foi embasado na lei natural. Nesta visão, a natureza humana seria portadora de verdades manifestas em si mesmas e a lei seria uma representação dessas verdades perenes e conhecidas em sua essência. O principal protagonista da tese foi o eminente filósofo alemão Immanuel Kant, que definiu a dignidade humana, ínsita a cada ser, a partir do direito à liberdade de escolha de cada indivíduo (autonomia), desde que essa escolha não viole a liberdade do outro.⁹³ Dessa forma, a “lei universal do direito” agiria no âmbito da manifestação da vontade, de forma a coibir que o livre uso do arbítrio de uns, afetasse a liberdade de todos.⁹⁴ Tratar-se-ia a liberdade como um direito inato e manifesto capaz de obrigar outros por ter sua validade fundamentada na própria natureza do direito.

Essa concepção de direitos humanos vinculada à noção de lei natural⁹⁵ não sobreviveu, contudo, a críticas impetradas por diversas correntes teóricas ao longo da história, que propuseram fundamentos ao direito diversos àquele estruturado com base na natureza humana,⁹⁶ de forma que o jus naturalismo só pode ser sustentado atualmente pelo enfrentamento das críticas a ele diferidas no seu processo de afirmação histórica. Além disso, cumpre referir que, para se desenvolver a universalidade prevista aos direitos humanos, é necessário que esses direitos respondam às exigências de autonomia das diversas esferas de comunicação, zelando pela manutenção da pluralidade discursiva na sociedade.⁹⁷ Logo, a negação da diferenciação sistêmica por um código comunicativamente mais forte atuaria no sentido contrário a positivização desses direitos.⁹⁸

Dessa forma, suscita-se a questão da universalidade dos direitos humanos a partir da definição de direitos humanos como expectativas normativas de inclusão jurídica de toda e qualquer pessoa na sociedade.⁹⁹ Adota-se esta concepção para projetar a pretensão de validade universal dos direitos humanos pois ela prevê a inclusão de todas as pessoas no âmbito

⁹³ Piovesan, 2012, p. 5 e nota 11.

⁹⁴ KANT, Immanuel. **A Metafísica dos Costumes**. Contendo a Doutrina do Direito e a Doutrina da Virtude (Traduzido por Edson Bini). Bauru, São Paulo: Edipro, 2003, p. 76 -77.

⁹⁵ Além de Kant há outros teóricos espontes desta tese, como Spinoza (ESPINOZA, Baruch de. Tratado político. Traduzido por Manuel Castro. São Paulo: Nova Cultural, 1996.)

⁹⁶ Bobbio, 2004, pp. 54 -55.

⁹⁷ Neves, 2005, p. 7.

⁹⁸ Ibidem.

⁹⁹ Essa é apenas uma perspectiva do conceito de direitos humanos, que será complementado no tópico seguinte. (c.f. Neves, 2005, p. 8).

específico do subsistema jurídico. A ideia de inclusão torna-se, assim, central para a definição semântica dos direitos humanos, que absorvem um sentido eminentemente sistêmico ao desvincularem-se da noção de meras expectativas de proteção à integridade do indivíduo, para fazerem menção ao acesso ao direito no âmbito da sociedade mundial como requisito essencial para a salva guarda da inteireza humana.

2.1.2. Condições de Dissenso Estrutural

Por certo, só se convém falar em pretensão universal de validade para os direitos humanos no que se refere ao ponto de vista pragmático de seus destinatários, compreendendo que o “universalismo” desses direitos deve se referir a inclusão generalizada de pessoas em grupos com valores e expectativas dissonantes na sociedade mundial.¹⁰⁰ Quanto a isso, cumpre assinalar que enquanto alguns modelos jus naturalistas clássicos, pautados no ideário do homem europeu, pregavam um espectro único e universal de valores dominantes, tendiam a excluir escravos, mulheres e, em certa medida, até estrangeiros do âmbito dos direitos humanos. É por isso que a concepção moderna aqui desenvolvida surge com a pretensão de inclusão generalizada de todos os homens em condições de dissenso estrutural.¹⁰¹ Dessa forma, o universalismo pretendido aos direitos humanos não faz referência a um conjunto de compreensões éticas compartilhadas por coletivos particulares, mas a expectativas normativas e pretensões heterogêneas que devem conviver na sociedade mundial.

Cabe ressaltar, nesse sentido, que a proposição quanto a existência de uma lei natural por todos conhecida fica ainda mais complexa ante o caráter extremamente pluralista da sociedade hodierna, na qual conflitos culturais, étnicos, morais e religiosos emergem de controvérsias que dificilmente seriam resolvidas pelo apontamento da existência de um consenso, inclusive no que diz respeito aos limites de liberdade de cada indivíduo.¹⁰² Ainda nessa continuidade, é importante salientar que uma ordem fundada no consenso a respeito de conteúdos normativos prescindiria de direitos humanos, afinal a própria harmonia social trataria, no plano das estruturas normativas, de incluir os que a aceitassem e excluir os que discordassem da respectiva ordem.¹⁰³ É por isso que uma moral universalista moderna dos

¹⁰⁰ Ibidem.

¹⁰¹ Ibidem, p.9.

¹⁰² Para uma análise de crítica de direitos humanos como direitos naturais ver: POLLMANN, Arnd. Human Rights Beyond Naturalism. In. **Human Rights and Human Nature**, Hamburg: Springer, 2014 pp. 121 – 136.

¹⁰³ Neves, 2005, p. 9.

direitos humanos não pode estar ligada a condições reais de consenso estrutural, antes o universalismo dos direitos humanos deve ser entendido como uma moral do dissenso, que permita a autonomia das esferas comunicativas e de discursos em condições de dissenso estrutural. É dessa forma, pois, que os direitos humanos devem ser compreendidos no sistema societário, formado por subsistemas autônomos, como “expectativas normativas de inclusão jurídica generalizada nas condições de dissenso estrutural da sociedade mundial”¹⁰⁴

2.2. Da Institucionalização dos Direitos Humanos na Sociedade Mundial

Cabe refletir, assim, como se dão as percepções no meio social em relação a processos dele afastados, processos referentes à esfera “biopsíquica” do homem. Aqui se migra, portanto, para outra questão, que é como saber o que (ou quais) são os direitos humanos referentes à inclusão jurídica generalizada.¹⁰⁵ Trata-se do processo de tornar direitos latentes conhecidos no sistema da sociedade e, para tanto, constata-se a importância de processos de tradução que permitam a institucionalização procedimental dos direitos humanos no âmbito das diversas racionalidades heterogêneas existentes no contexto global. A questão da institucionalização, nesse sentido, surge como fechamento do processo de sensibilização social pelo sofrimento humano, funcionando para a compreensão das reações de repulsa que vêm construindo historicamente a noção de direitos humanos.

Para o entendimento do processo de institucionalização, faz-se oportuno recorrer, desde logo, ao conceito de “cólera pública”, proposto por Durkheim, como fenômeno possivelmente apto a elucidar o processo de construção social dos direitos humanos na história e a transição destes de um plano não comunicativo para o um plano comunicativo. O conceito de cólera pública pode ser entendido pelo conjunto de reações derivadas de sentimentos mútuos de ofensa em relação a determinado fato social. Em outras palavras, é a indignação de um grupo de pessoas direcionada a composição específica de alguns acontecimentos repulsivos.¹⁰⁶ As referidas reações de repulsa acontecem de forma coletiva, aproximando consciências que compartilham do mesmo sentimento de negação, que extrai sua força exatamente do fato de ser

¹⁰⁴ Neves, 2009, p. 255.

¹⁰⁵ Neves, 2009, p. 11

¹⁰⁶ DURKHEIM, Émile. **Da Divisão do Trabalho Social**. (Traduzido por Eduardo Brandão), São Paulo: Martins Fontes, p. 75.

coletivo a todos, sendo, só então – quando expresso por uma similitude de impressões que se entrecruzam em uma única cólera – definido como cólera pública.¹⁰⁷

Por certo, tal consciência, exatamente por ser comum ao todo, tem a pretensão de ser por todos respeitada e, por mais que haja divergências quanto aos sentimentos compartilhados,¹⁰⁸ comprometendo a sua unidade por não serem absolutamente iguais, é exatamente pela junção do pensamento coletivo em reação a sua violação que a resistência de tal consciência é garantida.¹⁰⁹ Disso infere-se que os direitos humanos, existentes no ambiente da sociedade, podem ser socialmente compreendidos através do processo de cólera pública, por meio do qual a violação desses direitos é absorvida pela formação de um sentimento coletivo e comunicativamente expresso, que firma socialmente violações ocorridas em seu ambiente.

Entretanto, fundamentar a validade dos direitos humanos tendo por base sua infringência real e respectiva tradução para sociedade através da indignação generalizada, na forma de cólera pública, também é insuficiente, pois esse fenômeno constitui um paradoxo, no sentido de que determinados direitos só passariam a adquirir significado externo a partir de seu respectivo bloqueio.¹¹⁰ Embora esta teoria tenha ganhado grande aceitabilidade entre os pesquisadores da atualidade por permitir a construção de uma estrutura jurídica independente de tradições comunicativas locais,¹¹¹ adequando-se, dessa forma, ao senso de sociedade mundial; as percepções sociais de escandalização devem ser institucionalizadas, a fim de possibilitar a “desparadoxificação” do processo de cólera pública.¹¹²

Por certo, a superação do mencionado paradoxo deve ocorrer mediante a prática jurídica, que através da institucionalização confere validade ao fenômeno da cólera pública, condenando práticas socialmente questionáveis por sua descrição no vocabulário jurídico.¹¹³ Isto, pois expectativas cognitivas mutuamente compartilhadas no plano global não são

¹⁰⁷ Ibidem

¹⁰⁸ O crime para Durkheim é o caso de rompimento com a consciência comum, provando não ser seu respeito completamente universal. Ibidem, 76 e ss.

¹⁰⁹ Ibidem, pp. 76.

¹¹⁰ LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la Sociedad**. Versão 5, 2003. Disponível em: <http://lkservicios.com/maestria-2013-1/descargas/517derecho_luhmann.pdf>. Acessado em: 11 nov. 2016, p, 424.

¹¹¹ A tradição europeia por muito ditou o conteúdo jurídico dos direitos humanos no plano global; principalmente no que se refere a democracias em emergência, que tendem a “ajustar” seu ordenamento doméstico a diretrizes internacionais sobre o assunto, a fim de ganhar aceitação e legitimidade na comunidade internacional (Thornhill, Chris. 2014. Rights and constituent power in the global constitution. **International Journal of Law in Context**, Vol. 10, N. 3, pp. 357-396, 2014, p. 366). Dessa forma, muitos países periféricos acabam por ser constringidos a adequarem-se a normas pré-definidas sobre direitos humanos, o que prejudica a concepção de validade desses direitos como um fenômeno de consciência global.

¹¹² Teubner, 2012, pp. 127-128.

¹¹³ Teubner, 2012, p. 130.

suficientes para conferir validade a direitos, é preciso que tais pretensões sejam reflexivamente observadas pelo sistema jurídico, de forma a serem institucionalizadas por ele. Existem diferentes teses que buscam explicar como acontece essa institucionalização, alguns defendem que a institucionalização dos direitos humanos depende da construção de procedimentos democráticos,¹¹⁴ outros são mais flexíveis e ressaltam o papel dos tribunais arbitrais privados para a institucionalização desses direitos no âmbito de regimes transnacionais.¹¹⁵ Não se busca adentrar a fundo no processo de institucionalização desses direitos, bastando, por ora, concluir que existem procedimentos no âmbito nacional, supranacional, internacional e transnacional responsáveis pela sua institucionalização.

2.2.1. Amplitude Semântica

A respeito ainda da institucionalização dos direitos humanos, pode-se afirmar que esses direitos se diferenciam em diferentes tipos ou níveis. Com efeito, a teoria de Norberto Bobbio agrupa os direitos humanos em diversas dimensões com a capacidade de se desdobrarem em novas formas de proteção do homem;¹¹⁶ muitos desses direitos têm significado recentíssimo, como é o caso dos direitos fundamentais de quarta, quinta e, até mesmo, sexta geração.¹¹⁷ A ampliação do rol desses direitos parece ser bastante razoável dentro da regionalidade de cada Estado, mas essa lógica deve ser analisada com mais cautela quando transportada a direitos com pretensões de validade universal na sociedade.

Luhmann, nesse sentido, propõe que o vocabulário dos direitos humanos deveria se restringir às questões em que a violação é “inequivocamente evidente”, ou seja, apenas aos casos de flagrante opressão à dignidade humana.¹¹⁸ Nessa linha, faz-se importante crítica à dimensão simbólica na qual esses direitos têm sido concebidos; sendo confundidos, muitas vezes, com aspirações de assistência e desenvolvimento social ideologicamente firmadas.¹¹⁹ Segundo o autor, o problema dessa semântica aberta dos direitos humanos, estendida ao combate de discrepâncias de oportunidade e de vida, é que não pode ser convertida em expectativas jurídicas claras e aplicáveis, o que impede, conseqüentemente, o devido resguardo

¹¹⁴ Neves, 2005, p. 11.

¹¹⁵ Teubner, 2012, p. 129.

¹¹⁶ Bobbio, 2004, p. 10.

¹¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

¹¹⁸ Luhmann, 2003, p. 422.

¹¹⁹ Ibidem.

dos direitos humanos frente a “intromissões verdadeiramente grosseiras, indignantes e ativas na zona daquilo que merece ser incondicionalmente protegido.”¹²⁰

Por certo, a inflação da semântica dos direitos humanos é um fenômeno paralelo ao enfraquecimento da retórica política na sociedade mundial.¹²¹ É que, na esfera transnacional, a semântica desses direitos vem se sobrepondo a discursos antes referentes à democracia e à constituição¹²² e essa hipertrofia do vocabulário dos direitos humanos, como aponta Luhmann, tende a gerar o esvaziamento de seu significado.¹²³ Por mais que a gramática dos direitos humanos seja essencial para a limitação do poder em áreas não-estatais, seu uso indiscriminado pode levar a uma projeção simbólica desses direitos no plano da sociedade mundial.¹²⁴ Por outro lado, é importante que, ao mesmo tempo em que ressaltado o perigo de esvaziamento dos direitos humanos pelo uso excessivo de seu vocabulário, sejam apontadas as mazelas de uma semântica demasiadamente restritiva. No raciocínio desenvolvido por Luhmann, os direitos humanos não poderiam ser conclamados em situações de desrespeito a direitos sociais, por exemplo, inclusive quando a ausência desses direitos provocasse risco à própria sobrevivência do homem.¹²⁵ O que aqui se argumenta, no entanto, é que direitos de prestações positivas também devem ser acolhidos pela semântica dos direitos humanos, desde que a ausência de sua afirmação esteja apta a criar um cenário de real ameaça ao corpo e à alma do indivíduo.

Cabe destacar, nesse ponto, que a concepção moderna de direitos humanos é marcada não só pela universalidade, mas também pela indivisibilidade desses direitos. Indivisibilidade porque os direitos sociais, econômicos e culturais são necessários para a garantia de direitos civis e políticos, sendo que “quando um deles é violado, os demais também o são”.¹²⁶ Há uma relação simbiótica entre ambos. Dessa forma, a amplitude semântica dos direitos humanos deve ser ampliada a ponto de abarcar também os ditos direitos sociais, cujas funções são as de

¹²⁰ Ibidem, p. 422-423.

¹²¹ RESENDE, Maurício Palmas. **Gazes at the Monsters: Courts, NGOs, and the UM Security Council**. 2016. 366 fl. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação da Universidade de Brasília, p. 305.

¹²² Resende, em sua tese, desenvolve a ideia de concorrência semântica entre direitos humanos, democracia e constituição. Essas três concepções comunicativas estariam em constante disputa, sendo que a semântica dos direitos humanos haveria se projetado com maior vigor após o término da Segunda Guerra Mundial devido ao enfraquecimento da retórica da política e da constituição em uma sociedade multicêntrica e com relações comunicativas autônomas da referência estatal. (Resende, 2016, pp. 305-306).

¹²³ Luhmann, 2003, p. 422.

¹²⁴ Neves, 2005, p. 22 – 24.

¹²⁵ Luhmann, 2003, p. 423. (Cf. Neves, 2009, p. 251-252).

¹²⁶ PIOVESAN, Flávia. Proteção dos Direitos Sociais: desafios do lus Commune Sul Americano, **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito** (RECHTD), Vol. 3(2), pp. 206-226 julho-dezembro 2011, p. 208.

garantir condições para uma vida digna e a satisfação a necessidades básicas do ser humano.¹²⁷ A afirmação desses direitos de prestação positiva é essencial para a existência dos direitos civis e políticos, pois, sem aqueles, estes não subsistem se não como meras categorias formais.¹²⁸ Deveras, uma esfera sucumbe sem a afirmação da outra, o que consolida a noção de integralidade dos direitos humanos, cuja semântica deve abranger tantos direitos cunho negativo, como positivo.

2.2.2. Direitos Fundamentais e Direitos Humanos

Para diferenciar direitos fundamentais de direitos humanos, Teubner faz duas observações importantes em relação a expansão do tema comunicativo, as quais se vê por bem ressaltar. A primeira diz respeito à invasão de um subsistema por outro, isto é, ao perigo da “desdiferenciação”. Nesse ponto, alega que o aparecimento dos direitos fundamentais está intimamente ligado a demarcação de áreas de autonomia de instituições sociais; enfatiza, quanto a isso, que na modernidade essa reação teria se materializado em relação a expansão do código político perante os demais subsistemas.¹²⁹ A segunda observação, por outro lado, descreve a ameaça aos direitos de corpo e alma por tendências expansionistas existentes na sociedade. Em contrapartida a tais violações teriam surgido os direitos humanos, os quais também haveriam se protagonizado na modernidade contra a opressão política, onde, por meio de compromissos históricos, passaram a garantir a limitação da expansão da lógica política frente ao indivíduo.¹³⁰

Percebe-se, assim, que a diferenciação teubneriana entre direitos humanos e direitos fundamentais é, em sua essência, conteudista. Enquanto a matéria dos direitos humanos se projetaria sobre a perspectiva da exclusão, protegendo corpo e alma perante a sociedade, os direitos fundamentais estariam conduzidos para a exclusão e para a inclusão, preservando a autonomia de espaços de comunicação dentro da coletividade social.¹³¹ O autor faz essa distinção por acreditar ser insuperável a diferença entre mente e comunicação (ou entre corpo

¹²⁷ SEN, Armatya. **Desenvolvimento como Liberdade**. Traduzido por Laura Teixeira Motta. 8ª reimpressão. Companhia das Letras: São Paulo, 2000, pp. 31-32.

¹²⁸ ESPIELL, Hector Gros. **Los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano**, San José: Libro Libre, 1986, p. 16-17.

¹²⁹ Teubner, 2006, p. 337

¹³⁰ Ibidem

¹³¹ Teubner, 2012, p. 145.

e comunicação).¹³² Nesse sentido, rejeita o artefato da pessoa¹³³ como suficiente para representação dos direitos latentes no âmbito da sociedade, uma vez que não haveria correspondência entre a pessoa humana, construção social, e o indivíduo.¹³⁴ É por isso que assinala a diferença entre direitos fundamentais da pessoa, como sendo aqueles a garantir liberdade e autonomia comunicativa, e os direitos do homem, como aqueles pertinentes à plenitude física e psíquica.

Em contraponto a esta percepção, Luhmann defende a indissociabilidade entre direitos de exclusão e direitos de inclusão, por se tratarem de conceitos complementares. Dessa forma, argumenta que a esfera “biopsíquica” sempre será alheia a sociedade – tanto em casos de inclusão, como de exclusão –, mas que, quando o estado do indivíduo, em sua concepção corporal e mental, se torna relevante à comunicação, este encontra-se incluído na sociedade; o status de exclusão se configuraria, por outro lado, quando os fatos que atingem a esfera da realidade deixassem de se projetar na esfera comunicativa e vice-versa¹³⁵:

“Estas reflexões podem representar uma boa oportunidade de se precisar a distinção entre inclusão e exclusão dentro da teoria sociológica. A esse respeito, deve-se presumir que não se trata da questão de que se os indivíduos são parte da sociedade ou não. Em nenhum caso o são. A distinção inclusão/exclusão é uma distinção interna do sistema, o que significa, em nosso caso, que só pode ser aplicada na ordem da comunicação. No primeiro caso (inclusão), algo na ordem comunicativa vai depender da forma como agem e reagem ; no outro (exclusão), ao contrário, não.” (Luhmann, 1998, p. 193).¹³⁶

Em suma, tem-se que pela teoria sistêmica a exclusão do homem, em garantia a sua integridade de corpo e alma, só se torna possível por intermédio de sua inclusão na sociedade, ou seja, quando subsistemas e organizações passam a enxergá-lo como sujeito dotado de personalidade, como indivíduo integrado ao processo comunicativo.¹³⁷ Assim como uma espada de dois gumes, a pessoa humana ataca o sistema social por um lado e o indivíduo pelo

¹³² Teubner, 2006, p. 337.

¹³³ Die Form ‘Person’. In.: **Luhmann. Soziologische Aufklärung 6: Die Soziologie und der Mensch.** Opladen: Westdeutscher Verlag, pp. 142-154.

¹³⁴ Teubner, 2006, p. 337.

¹³⁵ LUHMANN, Niklas. **Inclusión e Exclusión. Complejidad e Modernidad:** de la unidad a la diferencia. (Traduzido por Jostxo Beriain y José Maria García Blanco). Madrid: Editorial Trotta, 1998, p. 192-193.

¹³⁶ “estas reflexiones podrían representar una buena oportunidad para precisar el status de la distinción entre inclusión e exclusión dentro de la teoría sociológica. En relación con ella hay que partir de que no se trata de la cuestión de si los individuos son parte de la sociedad o no. En ningún caso lo son. La distinción inclusión/exclusión es una distinción interna del sistema, lo que significa, en nuestro caso, que sólo puede ser aplicada en el orden de la comunicación. En el primer caso (inclusion), algo en orden comunicativo dependerá de cómo accionem y reaccionen; en el otro (exclusion), en cambio, no.” (Luhmann, 1998, p. 193).

¹³⁷ Neves, 2009, p. 255.

outro. Transpõe à comunicação mensagens de seu ambiente intangível, postulando, dessa forma, pela completude do ser humano vis-à-vis a expansão dos subsistemas que constituem a sociedade.

Essa proposta parece ser mais factível no que se refere ao desenvolvimento de uma teoria hábil a assegurar a inteireza do ser humano. Pois, ainda que não haja garantia de correspondência entre os fatos vivenciados no mundo real e a mensagem transmitida, o artefato da pessoa é único instrumento apto a fazer ponte entre indivíduo e sociedade, permitindo que esta seja irritada e, conseqüentemente, modificada pela ação daquele. Assim sendo, pode-se afirmar que os direitos humanos – considerados em sua faceta comunicativa e não apenas como direitos latentes – dedicam-se ao problema da exclusão do homem, ao direcionar a inclusão do mesmo, como pessoa, nos vários subsistemas da sociedade.¹³⁸ Conclui-se, portanto, pela impossibilidade funcional da diferenciação entre direitos fundamentais e direitos humanos feita por Teubner, uma vez que ambos estão projetados para inclusão do homem na sociedade.

Cabe assinalar, ainda, que a inclusão do indivíduo nos sistemas sociais, principalmente no jurídico, pode ser orientada tanto no âmbito do Estado, como no da sociedade mundial. O estabelecimento do Estado Democrático de Direito seria, nessa perspectiva, um “equivalente funcional do reconhecimento dos direitos humanos”,¹³⁹ tornando-os espécies normativas prescindíveis do ponto de vista “técnico-jurídico”, uma vez que o Estado já garantiria a proteção do indivíduo de violações a sua esfera mental e biológica pela própria afirmação de seu ordenamento jurídico.¹⁴⁰ Nessa perspectiva, o protagonismo dos direitos humanos só se materializaria quando o Estado de Direito fosse ausente ou incapaz de enfrentar tais violações inequivocamente evidentes à dignidade do homem.

Esse apontamento, quanto o papel do Estado de Direito na proteção dos direitos do homem, é essencial para distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais no tocante a sua extensão de validade. É que, superada a diferenciação com base no conteúdo (direitos de inclusão e direitos de exclusão), é cabível a seguinte distinção: direitos fundamentais como sendo aqueles relacionados a expectativas normativas afirmadas dentro de uma ordem jurídica territorialmente demarcada e direitos humanos como aqueles com presunção de validade no plano global, isto é, “para qualquer ordem jurídica existente na sociedade mundial.”¹⁴¹ Essa

¹³⁸ Luhmann, 2003, p. 424 e ss.

¹³⁹ Ibidem, p. 422.

¹⁴⁰ Ibidem.

¹⁴¹ Neves, 2009, p. 253.

separação entre direitos garantidos pelo Estado e direitos protegidos “internacionalmente”¹⁴² é historicamente recente, remetendo a movimentos políticos e sociais típicos da modernidade.

A noção de direitos inerentes a pessoa humana e com pretensão de validade para além de uma região territorialmente delimitada tem marco na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948,¹⁴³ mas ganha o devido peso com a intensificação do processo de globalização, que exige, cada vez mais, um sistema de proteção ao homem que possa ser afirmado além do Estado e contra ele. Cabe esclarecer, entretanto, que a concepção dialógica aqui proposta não pretende conceituar direitos humanos como espécies de direitos fundamentais protegidos no plano internacional apenas, antes a extensão de validade almejada aos direitos humanos deve ser compreendida no contexto fragmentado da sociedade multicêntrica global, sendo aplicável não só ao direito internacional, mas também a ordens jurídicas locais, supranacionais, transnacionais *strictu sensu*, assim como nacionais e internacionais.¹⁴⁴

Assim, tem-se que a demanda por validade universal dos direitos humanos remete a construção, no plano jurídico, de direitos capazes de ultrapassar os limites do Estado-nação, podendo ser defendidos, inclusive, contra esses.¹⁴⁵ Os direitos humanos diferenciam-se de direitos fundamentais exatamente nesse ponto, pois enquanto estes se referem a inclusão jurídica do sujeito no âmbito da segmentação político territorial dos Estados, aqueles apontam para a inclusão jurídica da pessoa no plano de toda a sociedade mundial, seja em face aos diversos níveis de ordens jurídicas.¹⁴⁶ Os direitos humanos, como direitos de inclusão da pessoa, estendem-se, nesse sentido, para qualquer ordem jurídica na sociedade em que expectativas normativas tenham relevância estrutural, inclusive àquelas dissociadas do meio sistêmico-específico de poder político, isto é, quando formam-se ordens transnacionais do entrelaçamento do subsistema jurídico com outros subsistemas que não o político. Afirmam-se, portanto, esses direitos, perante a pluralidade de ordens existentes no fragmentado contexto global, estejam essas ordens vinculadas, ou não, aos limites territoriais dos Estados-nação.¹⁴⁷

¹⁴² A diferenciação proposta entre direitos humanos e fundamentais nem sempre é colocada de maneira precisa em decisões, tratados ou resoluções internacionais, que muitas vezes tratam ambos os significados como sinônimos.

¹⁴³ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional de Direitos Humanos**. Volume I, Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1997.

¹⁴⁴ Neves, 2009, p. 256.

¹⁴⁵ Piovesan, 2012, p. 181-183.

¹⁴⁶ Neves, 2005, p. 8.

¹⁴⁷ *Ibidem*.

3. DA EFICÁCIA HORIZONTAL: TRADIÇÃO E NOVAS PERSPECTIVAS

Feitas as considerações a respeito do significado e da validade dos direitos humanos, ainda fica pendente a questão pertinente à eficácia desses direitos em relação às redes de comunicação que compõem a sociedade mundial. Esse problema ganha relevância no caso do conflito na região dos Grandes Lagos, quando da análise de violações a indivíduos perpetradas por corporações multinacionais que operam sobre o código econômico. Tal situação não é nova no cenário global, sendo que a eficácia dos direitos humanos frente à lógica destrutiva das empresas transnacionais tem sido relevante objeto de debate e pesquisa no direito desde o início dos anos 70, quando houve o fortalecimento de movimentos pela elaboração de códigos de conduta que impusessem maior controle às atividades dessas companhias.¹⁴⁸

Mesmo que o propósito originário dos direitos individuais fosse o de coibir abusos por parte do aparato estatal em relação à integridade do indivíduo,¹⁴⁹ o desenvolvimento da sociedade ao longo da história requereu a reformulação desse projeto inicial. Não obstante a atuação do Estado continue a constituir ameaça relevante aos direitos do homem e sua ação deva permanecer sobre o controle normativo, surge a preocupação quanto a violação de direitos subjetivos por atores não estatais. Sendo assim, exige-se um novo esforço do movimento doutrinário, a fim de que a eficácia desses direitos possa ser estendida também a outras relações diversas da vertical, entre o Estado e seus cidadãos.¹⁵⁰

Cabe salientar, por oportuno, a distinção entre a noção de eficácia de uma norma e o seu conceito de validade. A validade normativa diz respeito à inclusão de determinadas pretensões no ordenamento jurídico mediante o processo de formação legal, em correspondência com seus próprios requisitos estabelecidos.¹⁵¹ Nesses termos, a questão quanto à validade de uma norma está estritamente relacionada ao preenchimento de critérios jurídicos pré-estabelecidos a sua formação, como ensina Robert Alexy ao dizer que, se determinada norma satisfaz seus tantos requisitos de validade, essa norma consequentemente é conhecida pelo ordenamento jurídico

¹⁴⁸ DE SCHUTTER, Oliver (Org.). **Transnational corporations and Human Rights**. Oxford: Hart Publishing, 2006, p. 2.

¹⁴⁹ Ainda que pertinente a diferenciação entre direitos humanos e direitos fundamentais feita no início desse capítulo, cumpre assinalar que a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 tinha como fim precípua restringir a atuação expansiva do Estado em relação ao indivíduo. (Bobbio, 2004).

¹⁵⁰ CLAPHAM, Andrew. Human Rights and the Private Sphere. **The American Journal of international Law**. Vol. 89, N. 4, Oct. 1995, p. 845.

¹⁵¹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A Validade das Normas Jurídicas**. (s.l.). Ver. 28, Ano 15, jun. 1994. Disponível em: <www.ufsc.br>. Acesso em: 18 nov. 2016, p. 9.

como válida.¹⁵² A eficácia da norma, por outro lado, pode dizer respeito tanto a sua possibilidade de aplicação jurídica,¹⁵³ como a sua observação no mundo real, ou seja, à correspondência entre a conduta do receptor da norma e o seu conteúdo prescritivo.¹⁵⁴ Por mais que teóricos como Kelsen defendam, com base nessa segunda concepção, que haja uma relação de complementariedade entre validade e eficácia, uma vez que aquela não subsistiria se ausente esta,¹⁵⁵ dizer que uma norma vale é diferente de dizer que ela tem eficácia. Assim, ao se transcorrer sobre a eficácia dos direitos humanos, utiliza-se o termo eficácia no sentido da produção de efeitos, analisando a possibilidade de aplicação das normas protetivas, sua aptidão para incidir.

Isso posto e tendo em vista as considerações feitas no capítulo pretérito, pode-se inferir que, uma vez que a questão da validade dos direitos humanos esteja relacionada a expectativas normativas de inclusão jurídica generalizada da pessoa na sociedade mundial, a eficácia desses direitos deve dizer respeito à inclusão, em si, de todas as pessoas nos subsistemas da sociedade mundial. Percebe-se, assim, uma conexão entre as concepções de validade e de eficácia, pois enquanto aquela se refere à existência de normas de inclusão jurídica nos subsistemas sociais, esta concerne à inclusão da pessoa na estrutura desses subsistemas.

Devidamente esclarecida essa questão, fica a pergunta acerca da maneira como se desenvolve a eficácia dos direitos humanos na sociedade mundial em relação aos múltiplos subsistemas funcionais autônomos, muito deles, inclusive, operando de forma ofensiva à inteireza humana. Para tanto, recorre-se às diversas teorias que tentam explicar a eficácia dos direitos fundamentais diante de atores não-estatais em relação em relação outros atores particulares, pensando como essas concepções teóricas a respeito da eficácia horizontal dos direitos fundamentais poderiam ser reaproveitadas, em um contexto global fragmentado, para a formulação de uma teoria sólida para a eficácia horizontal dos direitos humanos.

3.1. A Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais

A eficácia dos direitos fundamentais foi, por muito tempo, entendida como uma garantia exclusiva das pessoas em relação ao poder estatal. Entretanto, a doutrina dos direitos

¹⁵² ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Traduzido por Virgílio. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 60

¹⁵³ Sarlet, 2009.

¹⁵⁴ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Traduzido por João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 8.

¹⁵⁵ Ibidem.

fundamentais evoluiu ao longo da história de modo que se pudesse admitir que os efeitos desses direitos fossem estendidos também a relações entre particulares. Foi dessa forma que emergiu a doutrina da eficácia horizontal ou da eficácia entre terceiros, passando a incluir as relações privadas no âmbito normativo alcançado pelos direitos fundamentais. Neste tópico, pretende-se delinear o desenvolvimento teórico da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, apontando como foi fundamentada a transferência significativa desses direitos da esfera pública para privada.

O surgimento da doutrina da eficácia horizontal dos direitos fundamentais ocorre em meados da década de 50, quando a Corte Constitucional Alemã, firmando um dos precedentes mais importantes de sua história, julgou o “caso Luth”, que tratava de controvérsia entre o Presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo, Erich Luth, e Veit Harlan. À época, E. Luth defendeu boicote ao filme de V. Harlan (“*Unsterbliche Geliebt*”), por ter o referido cineasta dirigido também filme antissemita durante o 3º Reich.¹⁵⁶ O diretor, em resposta, impetrou ação perante o Tribunal Estadual de Hamburgo, alegando que as ações de boicote violavam o § 826 do BGB (Código Civil Alemão).¹⁵⁷ Julgada procedente a ação, o presidente do clube de imprensa recorreu ao Tribunal Constitucional Alemão, argumentando que a decisão do tribunal “*a quo*” violara o direito fundamental a livre manifestação de opinião, previsto no art. 5, I, da Lei Fundamental. Na oportunidade, a Corte Constitucional (*Bundesverfassungsgericht*) entendeu que, embora os direitos fundamentais tivessem a função precípua de proteger os cidadãos contra o Estado, o significado de suas cláusulas gerais seriam aplicáveis a todo o ordenamento jurídico.¹⁵⁸ Dessa forma, o valor substancial do direito à livre manifestação se aplicaria indiretamente às relações privadas,¹⁵⁹ entendendo o tribunal pela eficácia irradiante desse postulado, que também deveria ser observado por cláusulas do direito privado, a fim de dar a estas sentido constitucional.¹⁶⁰

¹⁵⁶ MARMELESTEIN, George. **50 Anos do Caso Lüth**: o caso mais importante da história do constitucionalismo alemão pós-guerra. Disponível em: <<https://direitosfundamentais.net>>. Acessado em: 18 nov. 2016.

¹⁵⁷ *Ibidem*.

¹⁵⁸ Esse caso foi suscitado pelo Min. Gilmar Mendes no julgamento do RE 201.819/RJ, julgado paradigma para a eficácia horizontal dos direitos fundamentais no Brasil. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **RE 201.819-8/RJ**, Relatora Min. Ellen Gracie. Diário de Justiça da União, Brasília, 27 out. 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br>>. Acessado em: 18 nov. 2016, p. 595.)

¹⁵⁹ A teoria da eficácia indireta dos direitos fundamentais será desenvolvida no tópico 3.1.3.

¹⁶⁰ BVerfGE 7, 198 (1958). **Luth-decision**. Translated by Tony Weir. Disponível em: <<https://law.utexas.edu/transnational/foreign-law-translations/german/case.php?id=1369>>. Acesso em: 18 nov. 2016.

O ponto cerne dessa decisão diz respeito aos efeitos dos direitos fundamentais¹⁶¹ sobre normas do direito privado, no caso em específico, ao § 826 do BGB. A fundamentação central da Corte Constitucional Alemã para a resolução da controvérsia gira em torno da eficácia irradiante dos direitos fundamentais, ou seja, da aplicabilidade desses direitos a toda as dimensões jurídicas, sejam elas públicas ou privadas.¹⁶² A temática quanto à eficácia dos direitos fundamentais em relação a terceiros (*Drittwirkung*) trata, portanto, num primeiro momento, dos efeitos dos direitos fundamentais em relação a normas, para então serem estes aplicáveis aos sujeitos integrantes da relação privada. Essa mudança de paradigma, que fomenta o reconhecimento da ameaça dos direitos fundamentais dos cidadãos por seus iguais, forma-se no contexto de uma sociedade plural, na qual as relações privadas são, muitas vezes, embasadas em atos de poder aptos a causar danos à integridade do ser humano. Diante disso, surge a necessidade de que a tutela seja completa, isto é, que os efeitos protetivos dos direitos fundamentais sejam ampliados para englobar tanto a esfera pública como a privada.

Cumprе assinalar, nesse ponto, que o debate doutrinário acerca da eficácia desses direitos distingue, com base nas formas de produção de efeitos, os indivíduos, enquanto pacientes, do Estado. Em outras palavras, a dogmática jurídica tem apontado que os efeitos da aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações entre particulares (eficácia horizontal) não podem ser equiparados com os efeitos protetivos desses direitos nas relações entre a pessoa e o Estado (eficácia vertical),¹⁶³ afinal “o indivíduo é titular de direitos fundamentais, e está investido pela própria Constituição em um poder de autodeterminação de seus interesses privados”; já o Estado, por outro lado, não goza dessa mesma presunção de autonomia em relação a seus cidadãos.¹⁶⁴ As diferentes propostas doutrinárias quanto à eficácia dos direitos fundamentais em relação a particulares lidam exatamente com os pontos onde os efeitos da aplicabilidade horizontal se distinguem dos da eficácia vertical. Para tanto, elegem-se dois problemas centrais: o primeiro deles concerne à forma como os direitos fundamentais incidem

¹⁶¹ Para diferenciação entre efeito, eficácia e aplicabilidade ver: SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 54 – 55.

¹⁶² A fundamentação da Corte Constitucional Alemã no caso Luth, com base na tese da “eficácia de irradiação” dos direitos fundamentais, gerou várias críticas por parte da dogmática civilista. O professor C. Canaris, no intuito de rebater as críticas postas, sugere uma reconstrução crítica da decisão, argumentando que o conceito de “eficácia de irradiação” de fato peca por sua imprecisão e dá margem à confusão teórica entre seu conceito e o de “super-revisão”. Por isso, propõe a substituição da fundamentação embasada na “eficácia de irradiação” dos direitos fundamentais, por uma construída sob a afirmação da função de proibição interventiva, típica dos direitos fundamentais. (CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Traduzido por Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2006, pp. 43 e ss.)

¹⁶³ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 185.

¹⁶⁴ Ibidem.

nas relações privadas e o segundo diz respeito à veemência com que o fazem.¹⁶⁵ Essas duas questões hão de guiar o desenvolvimento teórico a respeito das modalidades de teses a respeito da eficácia entre terceiros.

3.1.1. “*State Action*”: A Negação da Eficácia

A doutrina do *state action* trata, na realidade, do não reconhecimento da relevância dos direitos fundamentais sobre as relações de direito privado, uma vez que tais direitos estariam adstritos exclusivamente a defesa da pessoa contra o Estado.¹⁶⁶ Os defensores dessa tese pugnam pela independência das relações desenvolvidas na esfera privada, permitindo-se inferir, por conseguinte, que rejeitam a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, visto que esses não irradiariam efeitos para todo o ordenamento jurídico, mas estariam restritos às questões de direito público.¹⁶⁷

Essa tese de dissociação entre o direito privado e os direitos fundamentais ganha força axiomática no direito norte-americano, na medida em que se pacifica tanto na legislação, como na jurisprudência, a limitação de aplicação desses direitos apenas ao regime público. Tal posição jurídica desenvolve-se com base em três argumentos principais: a liberdade privada, a autonomia do direito civil e o pacto federativo¹⁶⁸. No tocante à liberdade individual, alega-se que, caso os cidadãos fossem obrigados a conformar suas ações aos parâmetros constitucionais, perderiam sua liberdade de agir e escolher de acordo com a própria vontade.¹⁶⁹ Já no que concerne ao argumento civilista, o que se defende é que a Constituição, ao julgar relações jurídicas privadas, ultrapassaria os limites postos ao poder público, invadindo, em consequência, a esfera da lei cível, senão a dos próprios direitos subjetivos.¹⁷⁰ E, por fim, quanto ao enunciado federalista, seu ponto cerne é o da competência exclusiva dos estados, em contraposição à União, para legislar sobre direito privado, sendo que a doutrina do *state action* preservaria esse espaço de autonomia.¹⁷¹

¹⁶⁵ Alexy, 2011, p. 528.

¹⁶⁶ BILBAO UNILLOS, Juan Maria. **La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares**: análisis de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 1997, p. 278.

¹⁶⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 31ª ed, São Paulo: Malheiros, 2016, p. 541.

¹⁶⁸ Sarmiento, 2006, pp. 189-190.

¹⁶⁹ TRIBE, Laurence H. **American Constitutional Law**. 2nd ed., Mineola: The Foundation Press, 1988, p 1691.

¹⁷⁰ Bilbao Unillos, 1997, pp. 281-282.

¹⁷¹ Sarmiento, 2006, p. 189.

A Suprema Corte norte-americana, entretanto, tem admitido, desde meados do século passado, uma aplicação mais flexível à tese, adotando dentro da *state action* a teoria da função pública, pela qual os particulares estariam vinculados às disposições fundamentais constitucionais quando assumissem funções tipicamente estatais.¹⁷² Essa nova interpretação teórica encontra importante marco no caso *Marsh vs. Alabama*, no qual foi verificada a possibilidade de uma empresa privada (*Gulf Shipbuilding Corporation*), possuidora de cidadela no interior dos Estados Unidos, poder, ou não, proibir Testemunhas de Jeová de pregarem no interior de sua propriedade.¹⁷³ Segundo a tese firmada pela referida Corte Constitucional, proprietários de instalações feitas para benefício público não podem abster-se da regulação estatal por operarem função essencialmente pública, devendo, portanto, respeitar o direito fundamental à liberdade religiosa.¹⁷⁴

Isto posto, pode-se concluir que a doutrina do *state action*, muito embora negue a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, prevê a possibilidade de responsabilização de atores privados por seus atos de infringência a tais direitos desde que haja em suas ações elemento referente a atividade pública, seja pelo envolvimento de órgãos estatais, seja pelo próprio caráter da atividade desempenhada. Entendimento este que atualmente vem enfrentando duras críticas, devido ao baixo valor que atribui aos direitos humanos nas relações privadas.

3.1.2. A Eficácia Imediata dos Direitos Fundamentais

A teoria da eficácia direta¹⁷⁵ tem como principal expoente Hans C. Nipperdey, que sustenta que os direitos fundamentais devem ser compreendidos, em sua forma tradicional, como direitos públicos dirigidos contra o Estado e, ao mesmo tempo, com fluência direta para os indivíduos.¹⁷⁶ Segundo o autor, há a incidência frontal das ideias constitucionais fundamentais nas relações privadas, sem que seja necessário, para a concretização de direitos subjetivos nas relações entre particulares, apelar a mediações legislativas. Pode-se inferir,

¹⁷² Ibidem.

¹⁷³ Ibidem, p. 190-191.

¹⁷⁴ 326, U.S. 501 (1946). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/326/501/case.html>>. Acessado em 18 nov. 2016.

¹⁷⁵ Para fins descritivos das teorias da eficácia horizontal, os termos eficácia direta e eficácia imediata serão tidos como sinônimos. O mesmo vale para os termos eficácia indireta e eficácia mediata.

¹⁷⁶ Nipperdey, Hans C. Direitos fundamentais e direito privado. Traduzido por Waldir Alves. In: HECK, Afonso Luís (Org.). **Direitos Fundamentais e Direito Privado**: textos clássicos. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2012, p. 24.

portanto, que os direitos fundamentais na teoria da eficácia imediata surgem como direitos de caráter absoluto.¹⁷⁷

Com efeito, o desenvolvimento dessa tese inicial dedicou-se, entre outros aspectos, a infirmar a ideia de unidade do ordenamento jurídico por meio da expansão da eficácia dos direitos fundamentais. Nesse sentido, se postula que o direito privado não pode estar marginalizado em relação aos direitos fundamentais, motivo pelo qual, caso a legislação cível seja insuficiente em proteger os direitos da pessoa na sua interação com outras pessoas, as normas constitucionais deverão fluir de forma a penetrar no negócio jurídico e impor diretamente a respeitabilidade às garantias subjetivas.

Dessa forma, a hipótese de que apenas o Estado poderia figurar como ameaça à autonomia individual fica mitigada frente à prepotência de alguns sujeitos “formalmente privados” que oferecem potencial perigo à inteireza da pessoa humana. É por isso que a teoria de eficácia imediata insiste pela unidade do sistema protetivo, o que significa, em outras palavras, que as garantias fundamentais devem ser aplicadas da mesma maneira tanto na esfera pública, como na privada, podendo variar, contudo, quanto a sua intensidade.¹⁷⁸ Assim sendo, a tese dispensa a transmutação jurídica de normas fundamentais em estruturas do direito privado e supera a dicotomia público/privado, uma vez que estes não atuam apenas como valores norteadores da interpretação jurídica, mas expandem-se no ordenamento para ter aplicação individual a todas as relações que se desenvolvem no mundo do direito.

É importante ressaltar, ainda, que a teoria da eficácia direta, da forma como proposta por Nipperdey, ao dispensar a necessidade de mediações legislativas ou estratégias interpretativas para incidência dos direitos fundamentais em relações privadas, não exclui o fato de que alguns desses direitos só são passíveis de aplicação em relação ao Estado. Daí a importância da prática judicial para decidir, no caso concreto, quanto à aplicabilidade ou não desses direitos. Caso relevante a esse respeito foi julgado em 1957 pelo Tribunal Federal do Trabalho alemão, quando este decidiu que o direito à igualdade de condições de trabalhistas entre homens e mulheres também se aplicaria à esfera dos tratos privados, declarando, por conseguinte, nula cláusula privada que previa a extinção de contrato de trabalho caso enfermeiras de determinado hospital viessem a contrair matrimônio.¹⁷⁹ Cumpre enfatizar que o

¹⁷⁷ Em Nipperdey, o caráter absoluto dos direitos fundamentais significa pura e simplesmente que estes têm eficácia direta nas relações privadas. O termo “absoluto”, dessa forma, não está a fazer referência a direitos de conteúdo invariável no tempo ou impedidos de sofrer qualquer limitação (Silva, 2005, p. 89).

¹⁷⁸ Bilbao Unillos, 1997, p. 326.

¹⁷⁹ BAGE 3, 119, em N.J.W. 1995, pp. 606 e ss. Apud. Bilbao Unillos, 1997, p. 272.

Tribunal Federal do Trabalho, ao proferir essa decisão, não necessitou recorrer a nenhuma cláusula geral, a fim de irradiá-la ao direito civil, o que reafirma o entendimento de que normas fundamentais não precisariam de “entradas” para se infiltrarem nas relações privadas, podendo assim fazer diretamente.

Essa linha de pensamento, todavia, não tem logrado ampla aceitabilidade nos países onde é debatida. Na própria Alemanha, lugar de sua concepção, tem pouca força teórica. Isso se dá principalmente devido a dois problemas advindos da tese da eficácia direta: o esvaziamento interpretativo da autonomia privada no direito e a falta de clareza ou previsibilidade do direito civil, quando à mercê de normas fundamentais.¹⁸⁰ Nesse sentido, destaca-se importante pontuação de Canaris a respeito da impossibilidade de uma aplicação imediata da teoria da eficácia dos direitos fundamentais entre terceiros:

“Se, porém, generalizarmos este entendimento, ele conduz a consequências dogmáticas insustentáveis, pois então amplas partes do direito dos contratos e da responsabilidade civil, seriam guinadas ao patamar do direito constitucional e privadas de sua autonomia. Além disso, incorre-se em grandes dificuldades de ordem prática, já que a maioria dos efeitos jurídicos a que, se conseqüentemente prosseguida, tal concepção forçosamente chegaria – tal como a nulidade de contratos que restringem direitos fundamentais – teria de ser afastada logo por interpretação, pela sua evidente insustentabilidade.”¹⁸¹

Tal posicionamento crítico, é oportuno assinalar, deve ser operado com cautela, sendo que a teoria da eficácia imediata não é tão radical ao defender a aplicação das normas fundamentais, uma vez que, como anteriormente assinalado, a própria tese dispõe que não são todos os direitos fundamentais que se aplicam às relações privadas. Direitos cujo principal destinatário é o poder público, por exemplo, não poderiam influenciar no tráfico das relações privadas, sob o perigo de ferir sua autonomia.¹⁸² É nessa lógica que diversas reconstruções teóricas vêm procurando conciliar a autonomia privada com a eficácia direta dos direitos fundamentais em relações privadas. A doutrina e jurisprudência brasileira, a título de exemplo, têm adotado a teoria da eficácia direta como meio, inclusive, de redução da desigualdade social no país.¹⁸³

3.1.3. A Eficácia Mediata dos Direitos Fundamentais

¹⁸⁰ Silva, 2005, p. 96.

¹⁸¹ Canaris, 2006, pp. 53-54.

¹⁸² Sarlet, 2009, pp. 358-359.

¹⁸³ Sarmiento, 2011, p. 245.

A teoria da eficácia horizontal indireta dos direitos fundamentais (*Mittelbare Drittwirkung*) preconiza, seguindo o pensamento de Günter Düring, que o ingresso dos direitos fundamentais na esfera privada deve ser intermediado por pontes de ligação.¹⁸⁴ Nesse aspecto, a conexão entre o direito constitucional e o direito civil se daria por intermédio de conceitos jurídicos indeterminados contidos no próprio ordenamento privado e capazes de propiciar a conciliação das normas do direito civil com os preceitos fundamentais.¹⁸⁵ Dessa maneira, de acordo com a tese da eficácia mediata, os direitos fundamentais servem como ordem de valor norteadora da aplicação de normas privadas por meio de mecanismos interpretativos.

Como se percebe, tal teoria emerge como contraponto à tese da eficácia imediata e, para tanto, alega que a ausência de um mecanismo de interconexão entre o direito público e o direito privado conferiria demasiada discricionariedade ao poder judiciário para interferir em relações firmadas sobre o postulado da autonomia privada. Por mais que tais críticas já tenham sido assinaladas, é importante ressuscitá-las nesse momento para apontar o porquê dos defensores da teoria da eficácia indireta argumentarem que os direitos fundamentais devem ser protegidos no âmbito privado por meio de seus próprios instrumentos, as chamadas cláusulas gerais, que serviriam como pontos de encontro entre o direito público e o privado, sob a forma de normas de direito civil. Nesta continuidade, fica a pergunta se caberia ao legislador ou ao juiz definir quais seriam tais pontos de conexão, de forma que possam estabelecer uma “disciplina das relações privadas que se revele compatível com os valores constitucionais”.¹⁸⁶

Tem-se por relevante, desse modo, distinguir o papel do legislativo e do judiciário na mediação da aplicação dos direitos fundamentais. Primeiramente, quanto aos aspectos relativos à teoria da mediação pelo legislador, impõe-se que a concretização do alcance dos direitos fundamentais em relação a terceiros só se dá através da regulação do conteúdo e das condições de aplicação desses direitos pela casa legislativa competente. Parecem claros os motivos pelos quais se confere tal preferência à atividade do legislador, visto que, quando este desenvolve a acomodação dos direitos fundamentais, está amparado pela legitimação democrática.¹⁸⁷ Impõe-se ressaltar, contudo, que o sucesso da função legislativa não retira do juiz a atribuição de determinar a norma no caso concreto. É nesse sentido que a doutrina da mediação pelo juiz relata ser cabível ao judiciário – em última instância –, definir como os direitos fundamentais

¹⁸⁴ DURING, Gunter. Direitos Fundamentais e Jurisdição Civil. Traduzido por Luís Afonso Heck. In: HECK, Afonso Luís (Org.). **Direitos Fundamentais e Direito Privado**: textos clássicos. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2012, pp. 35-42.

¹⁸⁵ Sarmiento, 2006, p. 198.

¹⁸⁶ *Ibidem*, p. 200.

¹⁸⁷ Ubillos Bilbao, 1997, p. 291.

se aplicam às relações privadas.¹⁸⁸ Essa inclusive é a tese adotada pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, que pressupõe o reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais como direitos axiomáticos capazes de irradiar seus significados a toda ordem jurídica estatal.¹⁸⁹

Embora a tese da eficácia indireta dos direitos fundamentais tenha pretensões teóricas diversas da linha de pensamento da eficácia direta, elas chegam a respostas bastante semelhantes no plano dos resultados, como bem pontua Robert Alexy.¹⁹⁰ O autor demonstra, nesse sentido, que nenhuma das duas teses defende, de fato, que a aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas deve se dar da mesma forma como na relação cidadão/Estado; pelo contrário, ambas reconhecem que os dois polos que compõem as negociações privadas são titulares de direitos fundamentais e, portanto, devem ser preservados em sua autonomia.¹⁹¹ Logo, por mais que haja divergência quanto a aspectos de *construção*, as duas linhas de pensamento aceitam a ponderação de efeitos das normas objetivas: enquanto na abordagem direta essa ponderação se faz no âmbito do direito público, pela seleção dos direitos fundamentais que fluem para os indivíduos; na reflexão da eficácia indireta, as limitações são feitas dentro do direito privado, por intermédio da interpretação de sua própria legislação, especialmente, de cláusulas de gerais.¹⁹²

Nem se alegue, por isso, pela inutilidade das distinções teóricas entre ambas as projeções acima analisadas, pois, por mais que elas tendam a resultados semelhantes, seus apontamentos são de extrema importância para a definição da forma como um Estado declina importância a seus direitos constitucionais e confere discricionariedade ao seu poder judiciário. Por certo, tais diferenças e particularidades ganham ainda maior relevância quando saem do cenário regional do estado-nação, para a meditação sobre eficácia horizontal dos direitos humanos no plano global.

3.2. Eficácia Horizontal dos Direitos Humanos

Como visto do capítulo anterior, a concepção de direitos fundamentais diverge da de direitos humanos quanto à extensão de validade desses direitos, pois, enquanto aqueles estão

¹⁸⁸ Ibidem, p. 291.

¹⁸⁹ Ibidem, p. 291-292.

¹⁹⁰ Alexy, 2011, pp. 529.

¹⁹¹ Ibidem, p. 533.

¹⁹² Ibidem.

vinculados a limites político-territoriais, estes carregam expectativa de concretização global.¹⁹³ A questão que se perpetua, portanto, é como direitos humanos são direcionados, em um contexto global, a atores não estatais, ou, de forma mais específica, a redes anônimas de comunicação. Nesse sentido, seria alguma das teorias acima analisadas, acerca da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, passíveis de reaplicação para a relação horizontal dos direitos humanos no plano global? E, caso sim, quais seriam as mudanças necessárias a essa teoria para sua releitura no contexto da sociedade multicêntrica global?

Desde logo, refuta-se a possibilidade de aproveitamento da doutrina do *state action* no âmbito transnacional. É que essa linha teórica se dedica a encontrar os pontos onde a ação governamental está implícita nas relações privadas, o que não se dá com a mesma clareza na esfera mundial como na doméstica.¹⁹⁴ A localização dos elementos referentes à atividade pública no contexto das relações particulares perde sentido quando se fala em eficácia entre terceiros na esfera transnacional, visto que não se pode achar a ubiquidade caracterizadora do *state action* nessa dimensão fática.¹⁹⁵ Em tal conjuntura, tem-se que a denominada função pública das ações privadas só seria discernível em algumas raras situações,¹⁹⁶ nas quais estruturas político-territoriais estejam envolvidas nas violações impetradas por corporações privadas transnacionais.

Embora Stephen Gardbaum, em detalhada análise das funções e diferenças entre a eficácia horizontal e vertical dos direitos constitucionais, argumente que a doutrina do *state action* não tenha caráter estritamente vertical, mas que todo tipo legislativo estaria sujeito à Constituição norte americana,¹⁹⁷ visão que em muito se assemelha com a doutrina da eficácia indireta dos direitos fundamentais.¹⁹⁸ Esse posicionamento, todavia, ainda parece ser incipiente na doutrina estadunidense. Por certo, na forma como esta teoria é genericamente compreendida, não há como prever sua extensão ao meio transnacional, pois há, nesse contexto, constantes transgressões aos direitos humanos advindas de atores privados não estatais, nas quais, nem sempre, há implícita uma ação estatal, de maneira que se tornaria extremamente difícil a invocação da doutrina do *state action* nessa conjuntura.

¹⁹³ Neves, 2009, p. 253.

¹⁹⁴ TUSHNET, Mark. The Issue of State Action/Horizontal Effect in Comparative Constitutional Law. **International Journal of Constitutional Law**, Vol. 1, N.1, pp. 79-98, 2003, p, 79.

¹⁹⁵ Teubner, 2012, p. 131-132

¹⁹⁶ Vide, por exemplo, o caso *Evans v. Newton*. Disponível em: <<http://supreme.justia.com/us>>. Acesso em: 28 nov. 2016.

¹⁹⁷ GARDBAUM, Stephen. The 'Horizontal Effect' of Constitutional Rights. **Michigan Law Review**, Vol. 102, pp. 388-459, 2003; UCLA School of Law Research Paper No. 03-14, p. 414.

¹⁹⁸ Idem, p. 414-415.

Superado este ponto, cabe questionar se e de qual forma as doutrinas que dividem a eficácia estrutural dos direitos fundamentais nas modalidades direta e indireta devem ser entendidas na esfera transnacional. Neste aspecto, pugna-se que a eficácia dos direitos humanos, para com redes anônimas de comunicação e atores transnacionais, deveria ocorrer na sua forma mediata. Teubner, em conformidade com essa compreensão, alega que a eficácia horizontal deve se dar, no plano global, por meio da reformulação da abordagem tradicional da doutrina da eficácia indireta dos direitos fundamentais.¹⁹⁹ O autor, nessa toada, deduz pela impossibilidade propositiva da tese dos efeitos imediatos, porquanto a pretensão de assegurar a fluência ininterrupta dos direitos fundamentais causaria um “curto-circuito” entre a política e o social.²⁰⁰

Com efeito, a argumentação pela eficácia mediata dos direitos fundamentais, que tem origem na teoria liberal dos direitos fundamentais, enxerga tais direitos, em sua essência, como direitos políticos dos cidadãos contra o Estado. Seguindo esse raciocínio, ampliar a eficácia direta dos direitos fundamentais a atores não-estatais resultaria numa colonização do setor privado, violando, conseqüentemente, a autonomia intrínseca ao funcionamento de diversas esferas desvinculadas da segmentação territorial.²⁰¹ Tais anotações ganham ainda mais relevância quando aplicadas ao contexto da sociedade mundial, onde intensificam-se as relações entre diferentes setores de racionalidade, cada um dotado de estrutura social própria, sendo que a aplicação direta de determinados valores fundamentais a tais estruturas ameaçaria sua autonomia funcional, necessária a garantir a própria existência desses sistemas.²⁰² Assim, no intuito de que incidência de normas de direitos humanos possa se desenvolver de forma sustentável no sistema global, torna-se necessária a manutenção dos limites semânticos de cada estrutura comunicativa, concluindo-se que a pretensão de aplicação direta dos direitos humanos às relações entre terceiros pode desencadear um processo de invasão a estruturas autorreferentes.

Sendo assim, entende-se que a teoria da eficácia mediata, quando observada sob a ótica dos direitos humanos, defere maior consideração aos processos de auto-organização dos subsistemas em espaços não-estatais. Com efeito, a tese clássica da eficácia indireta dos direitos fundamentais, ao propor a relativização do caráter “absoluto” desses direitos diante da

¹⁹⁹ Teubner, 2012, pp. 135.

²⁰⁰ Ibidem.

²⁰¹ AMSTUTZ, Marc; ABEGG, Adreas; KARAVAS, Vaios. Civil Society Constitutionalism: the Power of Contract Law. *Indiana Journal Of Global Legal Studies*, Vol. 14, N. 2, pp. 235-258, 2007, p. 250.

²⁰² Teubner, 2012, p. 132.

autonomia individual,²⁰³ em muito se assemelha com as considerações feitas no capítulo pretérito a respeito do significado dos direitos humanos, posto como expectativas normativas de inclusão jurídica da pessoa em condições de dissenso estrutural. Deveras, a inclusão em condições de dissenso implica exatamente que o desenvolvimento dos direitos humanos nos subsistemas sociais se dá em harmonia com a manutenção da “pluralidade conflituosa de expectativas” entre as diversas esferas discursivas com pretensão de autonomia existentes na sociedade mundial.²⁰⁴ Por fim, para que seja devidamente compreendida como se dá a reformulação da teoria da eficácia horizontal indireta dos direitos fundamentais para a problemática dos direitos humanos, devem-se reconstruir seus conceitos implícitos de generalização e de reespecificação sob o ângulo sociológico que pauta a estrutura de direitos humanos aqui desenvolvida.²⁰⁵

3.2.1. Generalização

A questão da generalização, expressa pela teoria da eficácia horizontal indireta dos direitos fundamentais proposta por G. Duing, está relacionada a ampliação de regras direcionadas contra o Estado em valores gerais passíveis de reinterpretação pela esfera privada. Neste caso, os direitos fundamentais são generalizados de pretensões normativas contra o poderio estatal para direcionarem-se a valores gerais.²⁰⁶ A primeira modificação necessária para a reinterpretação desse pensamento no âmbito da sociedade mundial diz respeito ao endereçamento expansivo da eficácia dos direitos, que deixa de ser direcionada ao Estado, para referir-se a meios de poder em geral. Uma teoria geral dos direitos humanos deve transcender a funcionalidade restrita de garantias deferidas contra o aparato estatal, para aplicar-se a outras formas de poder estruturadas na sociedade moderna ampliando-se de um conceito estreito de referência ao Estado a uma teoria com pretensão de realização universal.

A institucionalização dos meios de poder pela reação diferenciadora que exerce o direito sobre a política é uma das principais funções da constituição moderna, ao passo que é capaz de promover a autonomização do sistema político em relação ao seu ambiente.²⁰⁷ Os direitos

²⁰³ Duing, 2012, p. 35.

²⁰⁴ Neves, 2005, p. 8-9.

²⁰⁵ Teubner, 2012, p. 132.

²⁰⁶ Ibidem.

²⁰⁷ LUHMANN, Niklas. A Constituição como Aquisição Evolutiva. (Tradução Menelick de Carvalho Netto para fins acadêmicos. In: ZAGREBELSKY, Gustavo (coord.) *Il Futuro Della Costituzione*, Torino: Einaudi, 1996. Disponível em: <<http://docslide.com.br/documents>>. Acessado em: 18 nov. 2016, p. 16 e ss.

fundamentais, analisados sob a perspectiva dos processos políticos, são operacionalizados como componentes estruturais de autoridade, em outras palavras, como formas legais de meios de poder.²⁰⁸ De forma análoga, poder-se-ia inferir que os direitos humanos, no plano transnacional, funcionariam como componentes individuais de estruturação de meios de poder constituídos para além do Estado-nação, servindo simultaneamente para as finalidades de exclusão e de inclusão da pessoa humana nesses sistemas comunicativos.

A inclusão e a exclusão, sob a ótica das funções dos direitos fundamentais no estado moderno, são fenômenos relacionados, respectivamente, com a inserção da população no processo político e com a separação do sistema político dos demais. Seguindo essa ideia, a generalização conceitual para o contexto dos direitos humanos, se expressaria também sobre uma faceta dúplce: a exclusão reagiria ao perigo da “desdiferenciação”, de forma a garantir a autonomia dos sistemas sociais e do próprio homem em relação a tendências evasivas externas; e a inclusão, por outro lado, exprimiria a pretensão de integração generalizada dos indivíduos no “âmbito jurídico”, e, em seguida, em todos os sistemas funcionais.

Sendo assim, poder-se-ia inferir, numa primeira análise, que o processo de generalização dos direitos fundamentais quando aplicado aos direitos humanos redireciona o endereçamento desses direitos – tanto na dimensão da inclusão, como na da exclusão – para meios de poder com capacidade reprodutiva autônoma, desvinculados da estrutura estatal para sua operacionalização. Contudo, é importante referir, que não é apenas do Estado que os direitos humanos devem se libertar no processo de generalização, mas também do meio sistêmico do poder político, orientando-se também em direção a outros sistemas de comunicação da sociedade global.²⁰⁹ Tal concepção de generalização está implícita no próprio conceito de direitos humanos, entendidos como direitos de inclusão jurídica em todos os sistemas que compõe a sociedade mundial, sendo que o processo de desvinculação do meio político para aplicação em outras racionalidades comunicativas será melhor estudado no tópico 4.1.

3.2.2. “Reespecificação”

O segundo passo na teoria da eficácia horizontal indireta é a “reespecificação”, que constitui na adaptação de valores gerais (direitos fundamentais) em regras específicas de direito privado. Por certo, a transformação de postulados fundamentais em valores objetivos de

²⁰⁸ Teubner, 2012, p. 133.

²⁰⁹ Ibidem, p. 132-133.

significação na esfera privada é própria da teoria clássica da eficácia horizontal indireta dos direitos fundamentais, todavia, não basta, para a devida especificação dos direitos humanos nos subsistemas que se reproduzem no plano global, a sua transformação em princípios gerais de valoração semântica.²¹⁰ Antes, é necessário que tais preceitos sejam reajustados às lógicas particulares de qualquer arena comunicativa. No caso da aplicação mediata dos direitos fundamentais à esfera privada, – que se dá por intermédio do preenchimento conceitual de conceitos e cláusulas gerais jurídico-privadas por valores modelados nos direitos fundamentais²¹¹ – percebe-se a adaptação de normas constitucionais gerais às propriedades do ordenamento privado. Isso pode ser reproduzido de maneira semelhante, porém não idêntica, na concretização dos direitos humanos na sociedade multicêntrica moderna, vez que cada subsistema se desenvolve sobre o código próprio de seu contexto social²¹².

Com efeito, o empenho demonstrado pela teoria da eficácia horizontal mediata na preservação da autonomia privada deve ser redimensionado à lógica dos direitos humanos, a fim de garantir que a inclusão desses direitos nos subsistemas funcionais não negligencie a especificidade semântica e pragmática de cada um deles.²¹³ Conclui-se, dessa forma, que a eficácia horizontal dos direitos humanos no contexto transnacional deve se desenvolver dentro da operacionalidade de cada subsistema social, transmutando-se em regras comunicativas capazes de dialogar com o código interno de qualquer estrutura funcional, como bem pontua Teubner no trecho transcrito:

“Em vez disso, os direitos fundamentais devem ser reajustados à lógica e à normatividade sociais próprias de cada setor parcial específico e naturalmente ser igualmente adaptados às normas jurídicas ali válidas (na maior parte dos casos, mas não sempre, normas de direito privado)”²¹⁴

Assim sendo, e tendo por consideração as anotações feitas ao longo deste capítulo, tem-se que da mesma forma como esses direitos fundamentais devem preservar a autonomia do direito privado, a aplicabilidade dos direitos humanos, ao estender-se a todos os meios comunicativos (generalização), deve estar em harmonia com identidade estrutural das várias conjunturas sociais.

²¹⁰ Ibidem, 2012, p. 134.

²¹¹ During, 2012, p. 36.

²¹² Teubner, 2012, p. 134.

²¹³ Ibidem.

²¹⁴ Ibidem, p. 134-135.

4. DIREITOS HUMANOS E REDES ANÔNIMAS DE COMUNICAÇÃO

Uma nova equação para a proteção do indivíduo frente a tendências expansivas de sistemas de comunicação pode-se formar a partir das noções de reespecificação e de generalização que a eficácia dos direitos humanos empresta da teoria da eficácia horizontal indireta dos direitos fundamentais. Com efeito, a missão de inibir as invasões de redes anônimas de comunicação ao ambiente social é uma tarefa difícil e requer, por isso mesmo, que os direitos humanos sejam estendidos a todos os subsistemas da sociedade mundial, readequando-se a lógica de cada um deles. Impõe-se, nesse ponto, destrinchar as particularidades da relação entre redes de comunicação e seres humanos, enfatizando, sobretudo, o papel do sistema jurídico na sua descrição. Assim, busca-se refletir não os impedimentos postos ao sistema jurídico para a execução de tal tarefa, mas também elaborar vias teóricas que contribuam para a viabilidade dessa nova equação da eficácia horizontal dos direitos humanos.

4.1. Meios de Poder ou Meios de Comunicação?

Nas considerações expostas no capítulo pretérito, concluiu-se que o debate acerca da eficácia horizontal dos direitos humanos não pode ficar restrito à transferência das limitações impostas ao poder político-estatal para âmbito da sociedade mundial, propondo que é igualmente preciso que tais direitos tenham sua concepção significativa ampliada, para alcançar, além da política, outras referências sociais de comunicação, a fim de garantir a defesa do indivíduo também em frente aos perigos advindos de mídias comunicativas. No presente tópico, pretende-se desenvolver o conteúdo dessa tese, concluindo, de forma ainda mais descritiva e persuasiva, que a eficácia dos direitos humanos não deve ser endereçada apenas ao meio sistêmico-específico de poder político, mas a processos comunicativos anônimos em geral.

Cumprе ressaltar, desde logo, que essa visão encontra contraponto em Chris Thornhill, que é notável em conferir primazia às estruturas de poder que se formam na sociedade mundial. Entende o autor, nesse sentido, que a eficácia horizontal dos direitos fundamentais se manifesta, de fato, na forma de modificações de regras constitucionais inspiradas e pressionadas por “novas” condições de poder social.²¹⁵ É que o autor parte do pressuposto de uma teoria

²¹⁵ THORNHILL, Christopher. Constitutional Law from the Perspective of Power: Response to Gunther Teubner. *Social & Legal Studies*, Vol. 20, N. 2, pp. 244-247, 2011, p. 247.

constitucional como sendo, deveras, uma teoria de poder, na qual a constituição é tida como uma estrutura política, descrita por meio da linguagem jurídica, capaz de “produzir”, “restringir” e “refinar” o poder utilizado pelos Estados.²¹⁶ Todavia, quando se eleva essa tese ao âmbito dos problemas constitucionais globais, essa proposição encontra algumas limitações, pois restringe a eficácia dos direitos humanos à fenômenos de poder, ignorando ameaças provenientes de outros meios de comunicação.²¹⁷

De fato, tratar direitos do homem sob a estrita perspectiva do poder, impondo a necessidade de configuração prévia da conexão entre poder e sociedade para incidência de normas protetivas sobre estruturas comunicativas, exclui do âmbito dos direitos humanos meios sociais que não se entendem como estruturas de poder. Não parece subsistir essa concepção no contexto da sociedade multicêntrica global, que admite, por definição, a existência de várias estruturas comunicativas que ultrapassam questões de alocação do poder, dependendo, antes, de outros processos de fragmentação que se desenvolvem na sociedade mundial.²¹⁸ Assim, pretende-se demonstrar como a expansão de determinados discursos comunicativos como o conhecimento, a economia, a medicina, entre outros desvinculados do meio sistêmico-específico de poder, pode violar a integridade de corpo e alma do ser humano. Nesse intuito, cabe uma releitura do caso quanto a proteção de patentes de remédios para o tratamento da AIDS no Brasil, como exemplo da invasão do código econômico sobre o ambiente da sociedade.²¹⁹

O Decreto lei 9.279/90 dispõe, em seu art. 68, que o titular de uma patente será compulsoriamente licenciado se exercer os direitos dela decorrentes com abuso de poder econômico, sem corresponder às necessidades do mercado ou sem estabelecer a exploração do objeto da patente no território nacional, salvo inviabilidade econômica.²²⁰ A lei 6.360/76, por

²¹⁶ THORNHILL, Christopher. **A sociology of constitutions: constitutions and state Legitimacy in historical-sociological perspective**,. Cambridge:Cambridge University Press, 2001, p. 11.

²¹⁷ Teubner, 2012, p. 136.

²¹⁸ TEUBNER, Gunther; FISCHER-LESCANO, Andreas. Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law. **Michigan Journal of International Law**, Vol. 25, N. 4., pp. 999-1046, 2004, pp 1.004 e ss.

²¹⁹ Ibidem, pp 1.024 e ss.

²²⁰ “Art. 68. O titular ficará sujeito a ter a patente licenciada compulsoriamente se exercer os direitos dela decorrentes de forma abusiva, ou por meio dela praticar abuso de poder econômico, comprovado nos termos da lei, por decisão administrativa ou judicial.

§ 1º Ensejam, igualmente, licença compulsória:

I - a não exploração do objeto da patente no território brasileiro por falta de fabricação ou fabricação incompleta do produto, ou, ainda, a falta de uso integral do processo patenteado, ressalvados os casos de inviabilidade econômica, quando será admitida a importação; ou

II - a comercialização que não satisfizer às necessidades do mercado.” (Dec. Lei 9.279/96: Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9279.htm>. Acesso em: 18 nov. 2016.

outro lado, em seu art. 3º, prevê a produção de remédios genéricos para atendimento das necessidades da parte mais carente da população, no caso de renúncia ou expiração da proteção patentearia. Interpretando ambos os dispositivos de forma conjunta e tendo em vista que empresas farmacêuticas estrangeiras não estabeleceram, no prazo de 3 anos, meios para a produção dos medicamentos referentes ao tratamento da AIDS em território brasileiro, além do fato de que o número de mortes pelo vírus do HIV vinha aumentando exponencialmente no país, o Ministério da Saúde determinou que a produção dos referidos remédios fosse feita no Brasil também na forma genérica. Este ato causou insatisfação às empresas multinacionais proprietárias das patentes, fazendo com que os Estados Unidos, representando as companhias transnacionais produtoras dos fármacos, suscitasse o conflito perante a OMC, a fim de discutir o direito à proteção da patente.²²¹

Há, segundo Teubner e Fischer-Lescano, diferentes maneiras de interpretar o caso acima descrito, que pode ser entendido tanto sob a perspectiva política, dos meios de poder, como a partir da ótica comunicativa, que relata o conflito como sendo fruto de colisões entre racionalidades parciais, pela expansão do código econômico.²²² A primeira das abordagens, que se dedica a uma releitura político-jurídica, dispõe que o problema deve ser descrito como um conflito entre a lei doméstica brasileira e o direito dos proprietários das patentes, requerendo-se, para a devida resolução da controvérsia, que seja determinada a limitação e o conteúdo da proteção internacional do direito à patente.²²³ Segundo essa visão teórica, colisões entre diferentes regimes no âmbito transnacional introduziriam concepções de direitos aptas a reformar os fundamentos da política, produzindo consenso e poder por meio de direitos e não da política tradicional. Em outras palavras, a significação, nesse caso concreto, do direito aplicável e de sua extensão semântica seria responsável pela definição das relações de poder na sociedade, conclusão esta que corrobora com a tese de Thornhill, no sentido de que as relações de poder na sociedade mundial se dão por meio da linguagem de direitos.²²⁴

Já de acordo com a segunda linha de interpretação, o referido conflito deve ser entendido sob a perspectiva da colisão semântica entre duas esferas operacionais: o sistema de saúde e a economia.²²⁵ Essa concepção trata a referência fática de forma mais aprofundada, adentrando a

²²¹ WT/DS199/3. WTO Dispute Settlement Body, Brazil—Measure Affecting Patent Protection, Jan. 9, 2001. Disponível em: <https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds199_e.htm>. Acessado em: 18 nov. 2016.

²²² Fischer-Lescano; Teubner, 2004, p. 1.025.

²²³ Ibidem

²²⁴ THORNHILL, Chris. **A Sociology of Transnational Constitutions**, Social Foundations of the Post-National Legal Structure. Cambridge: Cambridge University Press, p. 5-6.

²²⁵ Ibidem, 1028-1029.

questões que ultrapassam a mera aparência política do problema por meio da análise das pretensões sistêmicas de ambos os lados: em uma mão, tem-se o interesse à proteção ao direito à patente, como segurança do lucro almejado e, na outra, a efetivação do direito à saúde. Para lidar com a incompatibilidade lógica entre tais racionalidades, ter-se-ia que recorrer a mecanismos que permitam a “reentrada” de preceitos de uma das esferas na outra, sem que esta outra perca a sua autonomia.²²⁶ Assim sendo, não se trataria, por fim, de uma questão de poder comunicado na forma de subsistemas parciais, mas de tendências invasivas providas do próprio subsistema econômico através da atuação de multinacionais do ramo de medicamentos.

Essa segunda abordagem parece adequar-se melhor à teoria da eficácia indireta dos direitos humanos. No entanto, cumpre arriscar seu aprimoramento pela introdução de uma terceira dimensão pela qual o problema dos medicamentos pode ser interpretado. Essa última releitura pretende definir a controvérsia não como confronto entre (1) poderes político-legais ou entre (2) racionalidades diversas, mas sim como colisões entre (3) matrizes anônimas de comunicação e seres humanos na sua dimensão concreta de corpo e alma.²²⁷ Quando empresas farmacêuticas multinacionais, através de suas políticas comerciais, impedem o acesso de indivíduos a medicamentos que podem lhes manter vivos, o que há, de fato, é a violação de direitos humanos por redes de comunicativas privadas.

Feitas essas considerações e tendo em vista os diversos possíveis desdobramentos do caso da proteção à patente de medicamentos para o tratamento do HIV, pode-se concluir que o endereçamento dos direitos humanos na sociedade multicêntrica global não se direciona apenas a construções políticas de poder estruturadas sobre o substrato social, mas, precipuamente, a ameaças providas de redes comunicativas e de racionalidades parciais que, em tendências expansionistas, acabam por invadir a esfera de autonomia do indivíduo, ferindo-o em sua inteireza; o que conseqüentemente, acaba por invocar a incidência protetiva dos direitos humanos em tais relações.

Projeta-se, dessa maneira, uma reinterpretação do significado clássico de horizontalidade, o qual deve se readequar aos novos desafios postos aos direitos humanos em um contexto social fragmentado, composto por diversas redes comunicativas que ameaçam a integridade dos direitos latentes do homem. Nesse sentido, torna-se insuficiente falar em transferência dos direitos políticos fundamentais dos indivíduos contra o Estado para o meio sistêmico-específico de poder no plano global, sendo que as ameaças comunicativas emergentes

²²⁶ *Ibidem*, 1029.

²²⁷ Teubner, 2006, p. 327 e ss.

na arena mundial transcendem a questão quanto à eficácia dos direitos fundamentais.²²⁸ É necessário, pois, arriscar uma nova concepção de horizontalidade, apta a impor limites ao potencial destrutivo não só do Estado (ou meios sistêmicos de poder) frente a seus cidadãos, ou de cidadãos em relação seus pares, mas, principalmente, de redes comunicativas contra as esferas de corpo e alma, como bem pontua Teubner no trecho a seguir destacado:

“A fragmentação da sociedade multiplica as zonas fronteiriças entre as matrizes autônomas de comunicação e os seres humanos. Os novos territórios de significado traçam, cada um, fronteiras próprias com seus ambientes humanos. Aqui surgem novos perigos para a integridade do corpo e da mente. Estas são as questões com as quais a eficácia horizontal dos direitos humanos em sentido estrito deve se preocupar”²²⁹

4.2. A Matriz Anônima de Comunicação

Faz-se necessário definir, dessa forma, o significado de matriz anônima de comunicação, identificando, de igual maneira, os processos que a constituem na sociedade global. Recorre-se, para tanto, às conclusões de Foucault quando este analisa a maneira com que determinadas relações de poder se dão na sociedade. O autor, em precisa abordagem, identificou a existência de “arranjos sutis, de aparência inocente, mas profundamente suspeitos”, que se constituem em estruturas de micro poder capazes de (in)fluir sobre as mais diversas relações sociais (a análise se dedica principalmente as interações concernentes ao regime punitivo/disciplinar) transformando-as.²³⁰ Essa é a perspectiva sobre a qual se percebe a microfísica do poder, que estaria a se manifestar no meio de forma não escancarada, sem fazer referência a uma instituição ou a um local específico, mas estando difundida em toda a sociedade, flutuante nas práticas cotidianas e presente em todas as interconexões sociais.²³¹

O conceito de microfísica do poder em muito contribui para o entendimento do que são as matrizes comunicativas anônimas, pois, assim como nas relações de poder de Foucault, não é possível identificar um centro²³² – por muito tempo se entendeu o Estado como sendo a

²²⁸ Idem, p. 339.

²²⁹ “Fragmentation of society multiplies the boundary zones between autotomized communicative matrices and human beings. The new territories of meaning each draw boundaries of their own with their human environments. Here new dangers arise for the integrity of body and mind. These are the issues to which the third-party effects of human rights in the strict sense should be concerned.” (Teubner, 2006, p. 338).

²³⁰ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão**. Traduzido por Raquel Ramallete. 20 ed. Petrópolis: Vozes, 1987, Disponível em: <disciplinas.stoa.usp.br>. Acesso em: 18 nov. 2016. pp. 165-166.

²³¹ LOBO, M. Alexandre. Prefácio. In: FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. 9 ed. Rio de Janeiro: Graal, 1990. Disponível em: <<http://www.webhumanas.net>>. Acessado em: 18 nov. 2016.

²³² Foucault, 1987, pp. 165 e ss.

estrutura cerne do poder – nos processos comunicativos anônimos. Outra afinidade conceitual entre ambas estruturas é que elas não podem ser personificadas. Com efeito não há uma única organização a reter o poder, da mesma forma como são ausentes de unicidade estrutural as redes comunicativas. Antes, ambos os processos, tanto os de poder como os de comunicação, se propagam em múltiplas vias, na expressão de discursos e práticas não personificáveis, os que os torna não perceptíveis a primeiro plano, isto é, anônimos.

É importante reiterar, todavia, que as relações que se dão entre mídias comunicativas não se confundem com as que se desenvolvem entre meios de poder, pois tais conceitos não são equivalentes, assim como se concluiu anteriormente neste mesmo capítulo. Sendo assim, deve-se acatar as postulações de Foucault com estritas ressalvas a sua concepção excessivamente abrangente quanto ao fenômeno do poder.²³³ Acontece que, para esse autor, todas as relações sociais são, em sua essência, relações de poder, o que não se verifica sob uma perspectiva teórica sistêmica, na qual o código de poder/não-poder se refere a apenas uma dentre as várias racionalidades específicas.

Por certo, a matriz comunicativa anônima, define-se na sociedade multicêntrica global como o conjunto de processos despersonalizados e descentralizados que se desenvolvem a partir das racionalidades próprias dos subsistemas funcionais, reproduzindo códigos binários – da economia, da arte, da política, da religião, do esporte, do direito – por intermédio de sistemas funcionais, instituições, redes, entre outras formas de comunicabilidade.²³⁴ Esses processos só se tornam relevantes sob perspectiva dos direitos humanos ou dos direitos fundamentais quando extravasam os limites definidores de seus subsistemas, expandindo sua lógica interna tanto na direção de outros sistemas funcionais (heterorreferência), como na dos seres humanos, trespassando-os na dimensão exterior (corpo) e interior (alma).

Além do caso específico tratado nessa monografia, o conflito na região dos grandes lagos, que embora pareça esquecido, está sendo aqui examinado abstratamente; percebe-se, na estrutura fragmentada da sociedade, vários outros exemplos em que os processos comunicativos anônimos ampliam sua operacionalidade para além dos contornos de sua “autoreprodução”. Cite-se, por exemplo, os testes de medicamentos na fase de aprovação em seres humanos na Nigéria²³⁵, como intrusão da racionalidade parcial do conhecimento, da economia e da medicina na esfera dos direitos latentes do homem; o uso de pesticidas em plantações rurais, causando o

²³³ Tebner, 2006 p. 341, nota 59.

²³⁴ Teubner, 2012, p. 143.

²³⁵ OKONTA, Patrick I. Ethics of Clinical Trials in Nigeria. *Niger Medical Journal*. May-Jun. Vol. 55 N. 3, p. 188-194, 2014.

envenenamento dos agricultores (e do solo),²³⁶ como expansão da lógica do dinheiro sobre a integridade do ser humano e do meio ambiente; o trabalho escravo nas linhas de produção de corporações multinacionais²³⁷, como a violação a esfera humana pela razão do lucro.

Em todos esses casos, assim como em muitos outros não citados, é possível se identificar ameaças aos seres humanos provindas de estruturas comunicativas anônimas. Assim sendo, se faz necessário que a fragmentação da sociedade mundial em subsistemas autônomos seja acompanhada pela criação de mecanismos de contenção desses subsistemas aos seus limites de reprodução. Os problemas advindos das tendências expansivas de tais racionalidades em direção a outros subsistemas e ao próprio ser humano requer a readequação da equação da eficácia horizontal, de forma que essa possa transcender relações entre atores privados, nas quais tanto a vítima como o transgressor são titulares de garantias fundamentais, para alcançar as colisões entre matrizes anônimas de comunicação por um lado e indivíduos concretos, do outro.²³⁸ Em suma, projeta-se uma teoria de eficácia horizontal na qual os direitos humanos possam ser endereçados a processos comunicativos anônimos.

4.3. “Judiridificação” ou Judicialização

A emergência da necessidade de uma nova equação da eficácia horizontal dos direitos humanos remete esta pesquisa à reflexão sobre como o direito pode lidar com pretensões contra factuais declaradas frente a redes comunicativas despersonalizadas. A problemática aqui encontrada ultrapassa a simples verificação da existência de colisões entre processos de comunicação e seres humanos, mas remonta a aptidão prática do direito de alcançar, ou não, essas relações. Tal fenômeno pode ser compreendido como a judicialização, ou de forma mais precisa, como a “juridificação” dos processos comunicativos que se perpetuam na sociedade. Enquanto o primeiro significante é comumente entendido como a pretensão expansiva do judiciário para decidir questões cabíveis a outros poderes,²³⁹ o segundo concerne à instrumentalização do direito pela sociedade, a fim de que esta possa manter a autonomia entre

²³⁶ FARIA, Neice Müller Xavier et al. Trabalho rural e intoxicações por agrotóxicos. **Caderno de Saúde Pública**. Rio de Janeiro, V. 20, N. 5, p. 1298-1308, set/oct. 2004.

²³⁷ RASSAM, A. Yasmine. International Law and Contemporary forms of Slavery: An Economic and Social Rights Based Approach. **Penn State International Law Review**, Vol. 23, N. 4, Art. 15, 2005.

²³⁸ Teubner, 2006, pp. 340-341.

²³⁹ TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjorn. The Global Expansion of Judicial Power: The Judicialization of Politics. In: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjorn. (Org.) **The Global Expansion of Judicial Power**, New York, London: New York University Press, 1997, pp. 7.

seus subsistemas.²⁴⁰ A juridificação das relações sociais é, portanto, um processo complexo, no qual se visa garantir os limites aos sistemas sociais mediante a aplicação do sistema jurídico e, embora se diferencie do conceito de judicialização, ambos serão usados como sinônimos neste trabalho.

Cabe assinalar, desde logo, que o sistema legal, como aqui mencionado, não está a fazer referência a um agrupamento de pessoas ou a organizações vocacionadas à interpretação e à aplicação de significados normativos. Antes a estrutura legal é identificada pela teoria sistêmica como um conjunto de comunicações que se reconhecem integrantes do sistema jurídico.²⁴¹ Isto torna ainda mais difícil a operacionalização pretendida, pois esta trata-se de impor significados jurídicos a relações que por sua própria definição encontram-se fora do subsistema do direito.

Por certo, a “juridificação” dos processos comunicativos que se reproduzem na sociedade deve ser entendida com a devida cautela teórica, porque não se trata este de um fenômeno de ressignificação generalizada de todas as relações sociais como jurídicas, pelo contrário, o processo de “juridificação” surge com a finalidade de tematizar conflitos comunicativos como jurídicos para garantir a autonomia nas relações entre os próprios subsistemas comunicativos e entre eles e seu ambiente, fazendo com que permaneçam a ocorrer de forma sustentável.²⁴²

4.3.1. (Im) Possibilidades da Linguagem Jurídica

Feitas essas considerações, passa-se a discorrer acerca dos possíveis caminhos a serem percorridos pelo direito, em específico às normas de direitos humanos, no intuito de alcançar a equação composta por conflitos entre processos comunicativos anônimos e indivíduos concretos. Embora seja esta uma operação necessária, ocorre sob enormes dificuldades de concretização, sejam pragmáticas ou teóricas. Como obstáculo posto frente ao fenômeno da “juridificação”, aponta-se o restrito vocabulário do sistema jurídico-legal, que tem a sua disposição apenas a linguagem das “pessoas” e dos “direitos”.²⁴³

²⁴⁰ VIII Congresso Luso-Afro-Brasileiro de Ciências Sociais. Coimbra, set. 2014. ARAÚJO, Gisele Silva. **Participação Através do Direito: A Judicialização da Política**. Disponível em <<http://www.ces.uc.pt/>>. Acesso em: 18 nov. 2016.

²⁴¹ THORNHILL, Chris; KING, Michael. **Niklas Luhmann's Theory of Politics and Law**, New York: Palgrave Macmillan, 2003, p. 36.

²⁴² Teubner, 2012, 146.

²⁴³ Teubner, 2006, p. 343.

Com efeito, a nova proposta de eficácia dos direitos humanos lida com uma relação constituída por dois polos alheios à semântica jurídica. Primeiramente, quanto à figura do indivíduo concreto, cumpre dispor que este não é parte da sociedade, antes pertence a sua ecologia, a seu ambiente externo, o que torna inviável, a princípio, a inclusão de corpo e alma na esfera dos subsistemas funcionais, dentre eles o jurídico. Em segundo lugar, no que diz respeito às redes comunicação, tem-se que não são compreensíveis pela concepção clássica do direito processual, uma vez que este resolve suas controvérsias sob o pressuposto de que as partes integrantes da lide são sujeitos personalizados, o que não é o caso de matrizes anônimas de comunicação.

Quanto a distinção entre o ambiente humano e a sociedade, convém retomar as anotações registradas ao longo da dissertação, no sentido de haver uma parede de separação entre os sistemas funcionais e os seres humanos. Em outras palavras, tem-se que não há uma correspondência necessária entre a dor vivenciada, entre o sofrimento do ser em suas dimensões físicas e psicológicas e a externalização desse sentimento no âmbito comunicativo. Segundo Teubner, superar essa distinção seria fatal para a devida compreensão do significado de direitos humanos, o qual deve ser encontrado fora da própria semântica social.²⁴⁴ É por isso que aponta como sendo intransponíveis os limites entre homem e comunicação, inclusive pela recorribilidade ao artefato da pessoa humana. Argumenta, por consequência, também pela inacessibilidade comunicativa entre o sistema jurídico e os indivíduos, visto que o problema da integridade do homem poderia ser apenas “suposto” pelo direito (sistema de comunicação), seja por intermédio de “irritações”, “reconstruções” ou “reentradas”.²⁴⁵

No que concerne ao alcance da jurisdição em relação a processos comunicativos anônimos, desafio semelhante é encarado pelo sistema jurídico. É que o direito se manifesta através do seu processo, encadeando de forma objetiva e finalística as atividades que desenvolve para o alcance de sua função jurisdicional.²⁴⁶ O processo jurídico, contudo, está direcionado à harmonização de relações sociais intersubjetivas, ou seja, dedica-se a ordenação dos interesses manifestados em conflitos entre pessoas (físicas ou jurídicas), partes compositivas da lide.²⁴⁷ Mas, como se viu, as matrizes comunicativas não podem ser personificadas, são processos autônomos abstratos. Isto posto, fica a pergunta de como um

²⁴⁴ Idem, 2006, pp. 334 – 335.

²⁴⁵ Ibidem, 2006, p. 346.

²⁴⁶ GRINOVER, Ada Pellegrine; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. **DINAMARCO**, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**, 25 ed, São Paulo: Malheiros, 2006, p. 46.

²⁴⁷ Ibidem, p. 25.

sistema processualmente orientado para controvérsias entre partes identificadas pode ser transferido para um contexto de conflitos que envolvem redes difusas de comunicação, formas não personificáveis por definição.

Convém ressaltar, ainda, que além superação das incompatibilidades descritivas existentes em relação ao indivíduo e às redes de comunicação, para a composição de tais conflitos pelo direito, também se faz requisito a existência de uma corte competente para julgamento, fato que ocorre de forma menos explícita na esfera transnacional. Trata-se da terceira parte que compõe a relação processual: o estado-juiz. Nesse ponto fica a questão de qual seria o órgão jurisdicional competente para a composição de conflitos que se dão pela destruição emanada da expansão comunicativa de racionalidades parciais.

Nesse ponto, discorre-se acerca da competência dos tribunais arbitrais, que aparentam ser, até então, os órgãos jurídicos mais apropriados a resolução de controvérsias transnacionais. Essas cortes seriam hábeis à superação da moldura tradicional entre normas de “direito” e de “não-direito”, porquanto poderiam recorrer tanto a normas jurídicas clássicas, como a regras formadas em consonância com as racionalidades dos subsistemas sociais – como é o caso da *lex mercatoria*, *lex digitalis* e *lex construction* – para compor seu acervo decisório.²⁴⁸ Além disso, corpos arbitrais funcionam como instituições fundamentais para validação de ordens jurídicas transnacionais constituídas para além do Estado,²⁴⁹ o que também testificaria a pertinência de tais órgãos para decidir problemas jurídicos que se perpetuam para além de limites político-territoriais. É importante enfatizar, no entanto, que, por mais que a competência dos tribunais arbitrais possa se estender a relações vivenciadas na esfera transnacional e, por conseguinte, a conflitos entre seres humanos e matrizes comunicativas anônimas, tais tribunais não são suficientes ou potencialmente capazes para, no estrito exercício de suas funções, garantir a aplicabilidade dos direitos humanos. Assim o é, pois, a própria validação das decisões emanadas das cortes arbitrais provém dos contratos que julgam, num movimento cíclico entre contrato e arbitragem,²⁵⁰ fenômeno este que raramente acontece no que se refere a problemas relacionados a violação de direitos humanos, uma vez que estes não costumam ser dimensionados na forma contratual.

²⁴⁸ TEUBNER, Gunther. Breaking Frames: Economic Globalisation and the Emergence of Lex Mercatoria . **European Journal of Social Theory**, Vol. 5, p. 199-217, 2002.

²⁴⁹ Teubner, ao tratar da ‘lex mercatoria’ como experiência bem-sucedida de uma ordem jurídica global existente para além Estado, cita os tribunais arbitrais como instituições essenciais para a “desparadoxificação” dos contratos comerciais estruturadores de uma ordem jurídica privadas com pretensões de validade global. (TEUBNER, Gunther. Global Bukowina: Legal Pluralism in the World-Society. In: TEUBNER, Gunther (Org.). **Global Law Without a State**, Aldershot, Dartsmouth, p. 3-28, 1996, pp, 11 e ss).

²⁵⁰ Teubner, 1996, p, 12.

Diante de todo o exposto, remanescem interrogações quanto a forma com que se pode inferir um significado jurídico para a eficácia dos direitos humanos de maneira que esses alcancem também as violações perpetradas por matrizes comunicativas anônimas. Durante a reflexão para responder a tais questões e, conseqüentemente, adequar a problemática comunicativa ao processo jurídico, surge a tentação de se incorrer no mesmo “erro categórico” que se tem rejeitado desde o início, isto é, o de subjetivar processos que são, por sua natureza, não personalizados.²⁵¹ Dessa forma, a proposta metodológica a ser elaborada deve constar numa espécie de releitura da equação entre indivíduos concretos e redes de comunicação, traduzindo uma questão comunicativa ampla para o vocabulário processual.

4.3.2. Proposta Metodológica

Parece plausível, assim, nova análise das questões acima pontuadas, porém, agora, sob uma perspectiva crítica e prospectiva. Busca-se, neste fim, a elaboração de possíveis respostas aos impedimentos postos, atestando pela viabilidade, ou não, de um enquadramento jurídico-processual de uma teoria quanto a eficácia dos direitos humanos frente a processos comunicativos anônimos. Seguindo a mesma ordem do subtópico anterior, analisar-se-á primeiramente o polo da equação referente ao indivíduo concreto, em segundo lugar, a extremidade em que se acham as matrizes anônimas de comunicação e, por fim, a questão da corte competente; em todos os casos procurando compreender como o sistema jurídico pode se referir a essas relações.

a) Da Inclusão da Pessoa

O dissenso entre indivíduo e comunicação pontuado ao longo desse trabalho é de extrema importância, incorrendo em perigoso erro – perde-se a devida compreensão das dimensões de consciência e de corpo inerentes ao ser humano – aquele que simplesmente o ignorar. Por outro lado, fazer desta distinção uma barreira intransponível, impossibilitando qualquer tentativa de acesso entre o homem e o meio comunicativo²⁵² parece ser igualmente precipitado.

²⁵¹ Teubner, 2006, p. 343.

²⁵² Teubner, 2012, p. 148.

Teubner, ao descrever a atual conjuntura de exploração do homem pelos sistemas sociais (não mais pelo próprio homem), alega que é pela “máscara da pessoa” que processos comunicativos fazem contato com o indivíduo concreto, sugando sua energia física e mental.²⁵³ Da mesma forma, convém enfatizar, ocorre o processo inverso, ou seja, é por intermédio do artefato da pessoa que o indivíduo se comunica com os subsistemas funcionais em resposta às violações por eles perpetradas. Nisso, retoma-se a argumentação de que a inclusão é necessária para a exclusão, que a proteção do homem só se pode dar pela entrada desse nos processos autônomos de comunicação de forma que consiga, através da pessoa, externalizar seus clamores.²⁵⁴ Por certo, tem-se que a alegada impossibilidade de tradução de direitos latentes de corpo e alma à esfera comunicativa, inviabilizando, conseqüentemente, a pretensão inclusiva dos direitos humanos, é superada na teoria dos sistemas pelo artefato da pessoa humana:

"Para uma teoria que se apoia nas operações formadoras de sistemas é evidente que a noção de inclusão não pode significar que nos sistemas sociais estejam contidas todas aquelas operações que dão continuidade à vida (orgânica) ou que reproduzem a consciência (operações psíquicas). Inclusão (e analogamente exclusão) pode se referir somente ao modo e maneira de indicar os seres humanos no contexto comunicativo, ou seja, de tê-los como relevantes. Conectando com o significado tradicional do termo, também pode-se dizer que se trata da forma e da maneira em que os seres humanos são tratados como 'pessoas'.²⁵⁵

Logo, e em consonância com o que foi demonstrado ao longo do trabalho, tem-se que aos direitos humanos cabe exatamente propiciar essa inclusão da pessoa, de forma que se tornem conhecíveis aos sistemas sociais o sofrimento e a angústia que se projetam no plano concreto. Por mais que não haja uma correspondência direta entre o atentado vivenciado pelo indivíduo e sua revelação por meio da “pessoa humana”, esta é a única forma possível de conhecimento do homem pela sociedade. É nessa perspectiva que o sistema jurídico atua, não por mera especulação das incompatibilidades existentes entre homem e comunicação, mas pelo conhecimento da pessoa, de maneira que possa utilizar-se deste artefato para proteção do homem, ainda que através de seu restrito vocabulário legal.

²⁵³ Ibidem, p. 142.

²⁵⁴ Neves, 2009, pp. 254 - 255.

²⁵⁵ “Para una teoría que parta de las operaciones formadoras de sistemas resulta evidente que la noción de inclusión no puede significar que en los sistemas sociales estén contenidas todas aquellas operaciones que dan continuidad a la vida (orgánica) o que reproducen la conciencia (operaciones psíquicas). Inclusión (y análogamente exclusión) puede referirse sólo al modo e manera de indicar en el contexto comunicativo a los seres humanos, o sea, de tenerlos por relevantes./ Conectando con un significado tradicional del término, puede decirse también que se trata del modo y manera en que los seres humanos son tratados como ‘personas’”. (Luhmann, 1998, p. 193).

b) Institucionalização de Processos Comunicativos

Migra-se então para a segunda parte desta proposição metodológica, na qual tratar-se-á de analisar como processos comunicativos anônimos podem ser juridicamente descritos. Quanto a isso, cabe reiterar desde logo a impossibilidade representativa de tais processos como condutas personificadas, porquanto a violação dos direitos humanos na sociedade multicêntrica global não se dá pelo agir de uma única organização, mas por um conjunto lógico de ações incompatíveis.²⁵⁶ As conclusões obtidas ao longo desse trabalho – tanto do ponto de vista pragmático, quanto teórico – demonstram que não basta reduzir a equação ora estudada a um conflito entre pessoa jurídica usurpadora e pessoa humana maculada. Seria insuficiente esse restrito dimensionamento das violações aos direitos do homem no plano global, visto que tais abusos não se dão por uma única entidade ou por um conjunto determinado destas,²⁵⁷ antes tais infrações são perpetradas por redes anônimas de comunicação. Neste sentido, os processos comunicativos de tendência expansionista permanecerão a ocorrer na sociedade global independentemente do agir, ou não, de determinada pessoa jurídica, porquanto estas sucessões de violações à inteireza humana provêm não de um ou outro ator individual, mas de uma rede lógica de atuações conflitantes. Resta, assim, a interrogação de que, se matrizes comunicativas não podem ser representadas pelo simples viés da pessoa jurídica, como seria possível o endereçamento dos direitos humanos a estas?

Nesse sentido, Teubner propõe uma reutilização do erro de classificação acima referido, corrigindo o conceito de instituição para que este possa descrever também processos anônimos comunicação. Embora seja esta projeção uma simplificação perigosa, parece necessária para compreender processos comunicativos em sua dimensão processual jurídica.²⁵⁸ Do processo de institucionalização de matrizes anônimas de comunicação infere-se que a problemática dos direitos humanos em contextos sociais desvinculados dos limites políticos territoriais dos estados ocorre, de fato, quando a ameaça à integridade individual do homem parte de “instituições” sociais.²⁵⁹ Por instituições sociais, aqui se compreende não simplesmente atores

²⁵⁶ GRABER, Christoph B.; TEUBNER, Gunther. Art and Money: Constitutional Rights in the Private Sphere?. *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 18, , pp. 61-73, spring 1998, p. 64-65.

²⁵⁷ Teubner, 2006, pp. 344.

²⁵⁸ Idem, 2012, p. 146-147.

²⁵⁹ Ibidem, p. 147.

individuais, mas espécies gerais de regimes privados, incluindo inclusive códigos internos de organizações formais, como os de empresas multinacionais.

Não há grande novidade nessa saída teórica, que trata de simplesmente de normalizar o complexo processo comunicativo sistêmico sob os contornos comuns da problemática institucional.²⁶⁰ Conquanto essa concepção amplie o conceito de instituições para compreender também regimes normativos, não há garantia de correspondência de identidade entre este artefato legal e os processos comunicativos que se reproduzem na sociedade, infringindo os limites da sua ecologia. Caso contrário, havendo uma relação direta e completa entre instituições e redes anônimas de comunicação, perderia efeito o próprio de conceito de matriz comunicativa, dado que seria um equivalente funcional do conceito de instituição:

“Deve, contudo, restar claro que o conceito de instituição reflete apenas de maneira incompleta as redes de comunicação características e ameaçadoras da integridade referidas, que atuam em um meio de comunicação específico – aqui referidas pela metáfora de matriz anônima – e quase não torna visível a sua dinâmica expansiva. Mas esse conceito tem para os juristas, os quais se orientam obrigatoriamente por normas e pessoas, a imensurável vantagem de que instituição é definida como um conjunto de normas e pode ser igualmente personificada”.²⁶¹

Essa proposta metodológica pode ser mais bem compreendida pelo entendimento de que, no contexto da sociedade fragmentada, a operacionalidade do direito tem sido transferida a outros sistemas funcionais (que não o político) e, assim, propiciado a formação de regulamentos normativos próprios às racionalidades comunicativas parciais.²⁶² Para o desenvolvimento desse raciocínio recorre-se à teoria “luhmanniana”, que inova ao apontar o pluralismo do direito global como resultado do processo de setorização social.²⁶³ Nesse sentido, postula-se que o fenômeno de “juridificação” das ordens sociais se dá pela transformação do conceito de norma, que deixa fazer referência a padrões pré-programados de reconhecimento, para ter alusão a regulamentos originados do aprendizado adaptativo entre o direito e os demais sistemas sociais.²⁶⁴

Logo, tem-se que a fragmentação da sociedade em diversas racionalidades parciais e a consequente fragmentação do direito em várias ordens normativas, como decorrência daquele

²⁶⁰ As teorias da eficácia horizontal dos direitos fundamentais reconhecem como partes integrantes da relação privada não apenas pessoas, mas também instituições.

²⁶¹ Ibidem, p. 147-148.

²⁶² Neves, 2009, p. 108.

²⁶³ LUHMANN, Niklas. **La Sociedad Mundial**. Estudios Sociológicos. Vol. 24, N. 72, Set-Nov, 2006, pp. 547 – 568. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/40421055>>. Acesso em: 30 nov. 2016.

²⁶⁴ Ibidem.

primeiro fenômeno,²⁶⁵ faz com que incompatibilidades comunicativas possam ser descritas, ressalvadas algumas limitações, como conflitos entre regulamentos normativos de setores sociais específicos, isto é, como colisões entre “constituições civis” ou entre ordens jurídicas transnacionais, usando um vocabulário mais preciso.²⁶⁶ Dessa forma, pode-se traduzir as questões que foram, até agora, transcritas como problemas referentes a matrizes anônimas de comunicação, para questões concernentes às ordens normativas dessas matrizes ou aos regimes das partes que a compõe – isto ao menos para fins de enquadramento do problema à linguagem do direito.

De todo o exposto até agora se pode extrair que, num cenário policontextual, não é o bastante impor sanções a uma entidade específica por esta ter provocado danos à integridade humana. Resta ao direito, neste contexto, estabelecer normas de proteção ao homem dentro das próprias estruturas normativas dos subsistemas sociais. Por exemplo, no caso da catástrofe aidética ocorrida na África do Sul devido às políticas comerciais de multinacionais, não seria viável a suscitação da controvérsia contra uma só das empresas envolvidas, dado que o caos se deu por uma combinação de ações incompatíveis, as quais não são passíveis de personificação.²⁶⁷ Nessa situação a solução apropriada do conflito estaria no desenvolvimento de normas gerais de proteção ao homem dentro da racionalidade particular do sistema de patentes, instigando organizações como a OMPI e a OMC (instituições integrantes do sistema transnacional de patentes) a responder às tendências destrutivas desse sistema pela introdução de cláusulas de proteção ao ser humano na forma de “normas de racionalidade econômica”.²⁶⁸ Destarte, conclui-se que a eficácia dos direitos humanos em frente a processos comunicativos anônimos deve se dar pela inclusão da pessoa nas mencionadas formações legais desenvolvidas no contexto específico dos regimes que se desenvolvem no âmbito dos subsistemas funcionais.

De certa forma, pode-se confirmar, inclusive, que a formulação teórica aqui pretendida remete ao abstrato da eficácia horizontal indireta dos direitos fundamentais, uma vez que a incidência dos postulados dos direitos humanos também só é concretizada mediante a transformação das normas internas dos regimes a que se vinculam seus possíveis receptores. Por certo, no caso da eficácia indireta dos direitos humanos frente a processos comunicativos, a incidência das normas de direitos humanos, de maneira assemelhada, não é imediatamente imposta à racionalidade das matrizes anônimas de comunicação, antes, tais pretensões são

²⁶⁵ *Ibidem*, 1004 -1014.

²⁶⁶ Para a distinção entre de constituições civis e ordens jurídicas transnacionais ver: Neves, 2009, p. 112-113.

²⁶⁷ Teubner, 2006, p. 344.

²⁶⁸ *Ibidem*, p. 344.

primeiramente incorporadas pelos códigos de regulação que compõem o sistema comunicativo, reajustando-se às normatividades próprias de cada setor específico, para, então, serem aplicadas as partes que o compõe.

c) Do Foro Competente

Quanto à competência para o julgamento de conflitos entre indivíduo e matriz anônima de comunicação, já redefinidos como controvérsias entre pessoa e regimes institucionais, deve-se retomar a possibilidade de serem estes subsumidos ao juízo de órgãos jurisdicionais. Por certo, não há como subsumir regimes normativos transnacionais inteiros, como se estes fossem sujeitos personificados, ao julgamento de determinado tribunal. Antes, o que se prevê é a existência de mecanismos de “reentrada” nas ordens jurídicas desses subsistemas, provocando seu aprendizado a partir de decisões de um conjunto diversificado de tribunais e juízes.

Nesse ponto, recorre-se ao conceito de transconstitucionalismo, introduzido por Marcelo Neves em relevante obra na qual postula pela possibilidade de aprendizagem recíproca entre as diversas ordens jurídicas da sociedade pluridimensional que compartilham problemas constitucionais semelhantes.²⁶⁹ Segundo essa linha teórica, a entrada da pessoa nas ordens jurídicas dos subsistemas funcionais não se daria por um procedimento hierárquico ou mandatório de imposição, determinando a introdução de determinado significado normativo à lógica das racionalidades parciais; mas sim por um amplo e reflexivo processo de inclusão desenvolvido mediante estímulos recíprocos entre os múltiplos níveis do código jurídico.²⁷⁰

É importante esclarecer, desde logo, que o aprendizado a que se refere o transconstitucionalismo não diz respeito ao entrelaçamento entre o sistema jurídico e um outro subsistema social. Afinal o que a teoria transconstitucional de fato propõe é pelo entrelaçamento entre ordens jurídicas de níveis múltiplos, sendo ou não ordens transnacionais. Defere-se, neste ponto, que enquanto a percepção de ordens jurídicas transnacionais se dá pelo acoplamento estrutural entre o direito e outras racionalidades parciais (economia, direito, política, religião, arte), no caso do transconstitucionalismo, o diálogo é operacionalizado sobre o mesmo código binário, o jurídico, que existe na sociedade global fragmentado em programas e critérios distintos.²⁷¹

²⁶⁹ Neves, 2009, p. 129.

²⁷⁰ *Ibidem*, p. 115

²⁷¹ *Ibidem*, p. 116

Para o devido proceder do mencionado diálogo entre ordenamentos jurídicos de níveis múltiplos – sejam nacionais, supranacionais, internacionais ou transnacionais – requer-se a existência de “pontes de transição” entre tais ordens. Pontes de transição representam o mecanismo pelo qual se processam as informações quanto a problemas constitucionais correlatos, que permaneceriam isolados e desestruturados caso não houvesse entre eles uma “conversação”, em relações de *input/output*, capaz de instigar transformações mútuas.²⁷² Esse mecanismo é ainda melhor compreendido a partir do conceito de racionalidade transversal, que representa a conexão entre racionalidades particulares (no caso entre ordens jurídicas), agindo tanto no sentido de bloquear intrusões de outros sistemas, como de desenvolver instrumentos estáveis de influência e aprendizado recíprocos.²⁷³

É importante ressaltar, finalmente, quanto à problemática da competência, que, embora não haja uma corte suprema competente para julgar os conflitos entre processos comunicativos e indivíduos,²⁷⁴ o transconstitucionalismo deixa clara a permanência da relevância dos juízes e dos tribunais no processo de diálogo e aprendizagem entre ordens jurídicas transnacionais.²⁷⁵ É que tais órgãos jurisdicionais são os centros das ordens jurídicas, capazes de desenvolver, através de suas decisões, pontes de transição entre elas. Embora nem todo o entrelaçamento entre ordens jurídicas ocorra por intermédio do poder decisório dos tribunais, esse processo se destaca como uma das expressões mais claras da transversalidade entre ordens jurídicas.²⁷⁶

Sendo assim, e tendo em vista o exposto ao longo desse capítulo, conclui-se que para a devida solução da questão dos direitos humanos no cenário transnacional têm-se como indispensável a) a descrição de processos comunicativos na forma de suas ordens normativas específicas e b) a conversação constitucional entre tais ordenamentos tendo por base decisões jurídicas. É nesse sentido que ganha força a ideia de um transconstitucionalismo pluridimensional dos direitos humanos, afetando transversalmente as diversas ordens jurídicas existentes no cenário mundial e proporcionando, por conseguinte, o aprendizado recíproco entre elas, mediante colisões e cooperações intermediadas por “pontes de transição”.²⁷⁷

²⁷² Ibidem, 122.

²⁷³ Neves, 2009, p. 42.

²⁷⁴ Teubner, 2006, p. 344.

²⁷⁵ Neves, 2009, p. 117.

²⁷⁶ Ibidem, p. 118.

²⁷⁷ Ibidem, p. 256- 257.

5. Da Retomada do Caso Concreto

Aqui, o exame do conflito na Região dos Grandes Lagos deve ser retomado sob a perspectiva dos resultados obtidos no desenvolvimento teórico feito ao longo do trabalho. Para tanto, recorre-se ao primeiro capítulo desta monografia, quando constatado que as violações aos direitos humanos no cenário atual da Guerra do Congo ocorrem por intermédio de políticas comerciais de corporações multinacionais que acabam por perpetuar um sistema destrutivo de exploração de minérios. Essa questão deve ser agora relida tendo por base a relação entre redes anônimas de comunicação e seres humanos, reiterando, nesse ponto, que os fundamentos do conflito transcendem sua percepção política, devendo ser compreendidos como consequência da expansão da racionalidade do lucro, aqui desenhada pelo conjunto de ações incompatíveis perpetradas por corporações multinacionais.

5.1. Redes de Exploração Sob a Ótica Sistêmica

A relação entre as ações comerciais de empresas multinacionais e as violações de direitos humanos na RDC foi certificada por diversos informes da ONU, sendo confirmada em recente relatório publicado em abril de 2015, quando, mais uma vez, averiguou-se que a exploração de minérios por corporações multinacionais financia o agir de grupos criminosos na região.²⁷⁸ Essa questão deve ser agora reinterpretada, inclusive com certo distanciamento da abordagem tradicional, tendo em vista a concepção de “matrizes anônimas de comunicação” introduzida ao longo deste trabalho. Segundo tal desenvolvimento teórico, determinados conflitos travados na sociedade não podem ser subsumidos a meras controvérsias entre partes personificadas,²⁷⁹ sendo que seria insuficiente reduzir o caos instalado pela tendência expansiva de racionalidades parciais a um problema concernente à conduta abusiva de uma específica instituição ou por um conjunto determinado delas. Dessa maneira, tem-se por oportuno comparar as características que contornam a problemática da guerra na República Democrática do Congo com o conceito de processos comunicativos anônimos, refletindo se a arquitetura do conflito ora estudado se encaixa, ou não, dentro dos limites postos por essa construção teórica.

²⁷⁸ UNEP; MONUSCO; OSESG. 2015. Experts' background report on illegal exploitation and trade in natural resources benefitting organized criminal groups and recommendations on MONUSCO's role in fostering stability and peace in eastern DR Congo. **Relatório Final**. 15 Abril 2015. Disponível em: <www.unep.org>. Acesso em: 18 nov. 2016.

²⁷⁹ Teubner, 2006, p. 340.

Primeiramente, cumpre demonstrar que as corporações multinacionais acusadas de violar direitos humanos na região dos Grandes Lagos atuam sobre código binário próprio, compondo suas ações pela mesma lógica comunicativa que as envolve. Essas empresas se comunicam dentro da esfera econômica e operam, por conseguinte, pela racionalidade do lucro, como se pode inferir do contexto anteriormente estabelecido, no qual companhias internacionais firmam acordos comerciais com mercenários, líderes de milícias e autoridades corruptas desde que lhe proporcionem acesso menos oneroso aos bens de produção.²⁸⁰ Por certo, essas corporações não questionam se tal comportamento é lícito, bom, correto ou belo, pois, por mais que possam e devam compor diálogos com outras racionalidades parciais, tendem ao imperialismo social, se reproduzindo por sua lógica comunicativa própria, a da eficiência lucrativa.²⁸¹ Nesse sentido, o conflito deve se desvincular de sua percepção tradicional, sendo redimensionado perante a ótica da teoria sistêmica como catástrofe provocada pela expansão de um conjunto de ações comunicativas desenvolvidas sob a lógica econômica e incompatíveis com os direitos humanos.

Impõe-se registrar, ainda, que os atores integrantes da mencionada rede de exploração não podem ser identificados por um centro ou por uma estrutura hierarquizada específica, antes atuam de forma multicêntrica, revezando-se mutuamente na perpetuação do caos, semelhantemente a uma estrutura matricial. Dessa maneira, reitera-se que o conflito em referência não se relaciona diretamente com a atuação de determinada multinacional, pois em seu afastamento outra surgirá em seu lugar, afinal, trata-se de um conflito fruto do comportamento incompatível de racionalidades parciais, de uma rede de corporações multinacionais que tendem a agir de forma a maximizar seus lucros. Como demonstração disso tem-se que, desde que a problemática passou a ser discutida sob a perspectiva do “financiamento do conflito”, várias corporações transnacionais restringiram seus contratos comerciais com os países envolvidos na guerra dos Grandes Lagos, outras simplesmente pararam de comprar minérios originados do leste do Congo;²⁸² mas, mesmo assim, e ainda que constatado um visível progresso na pacificação da região com essa nova postura, perpetua-se o estado de infringência aos direitos humanos.²⁸³ Isso confirma a proposição de que a causa do

²⁸⁰ AMNESTY INTERNATIONAL, **Democratic Republic of Congo: "Our brothers who help kill us"**: Economic exploitation and human rights abuses in the east, AFR 62/010/2003, 1 abr. 2003. Disponível em <: <http://www.refworld.org/docid/3f13d95d4.html>>. Acessado em 18 Nov. 2016.

²⁸¹ Neves, 2009, p. 24, nota 82.

²⁸² Para exemplos ver: SILVERMAN, Bryan Stuart. One Mineral at a Time: Shaping Transnational Corporate Social Responsibility Through Dodd-Frank Section 1502. **Oregon Review of International Law**. Vol. 16, N. 1, 2014, pp. 1

²⁸³ Dominic, 2010, pp. 41- 42.

conflito não está restrita a atuação de determinadas empresas, mas tem fundamento na expansão destrutiva de redes comunicativas.

Nesse mesmo sentido, cumpre salientar que as partes que compõem a matriz comunicativa em análise nem sempre são identificadas, de modo que o referido processo não é anônimo apenas por não poder ser personificado – é comunicativo –, mas também pelo fato de que os elementos que o integram são desconhecidos. Tem-se, desse modo, que as multinacionais que participam da respectiva rede de exploração são em sua maioria incógnitas, como pode-se inferir da análise do ciclo de debates da ONU realizado em torno da situação de extração de recursos naturais e suas consequências na violação de direitos humanos na RDC.²⁸⁴ Por certo, o painel de 2003 confirma o referido prognóstico ao falhar em distinguir com precisão empresas culpadas de inocentes, sendo que ao mesmo tempo em que classifica algumas multinacionais como exoneradas de culpa (categoria I - *resolved*), dispõe que há instituições enquadradas nesta categoria que, embora estimulem a manutenção do conflito, acordaram em cursos de ações corretivas²⁸⁵ que não oferecem o mínimo de garantia quanto à adequação dessas empresas aos padrões dos direitos humanos.²⁸⁶ Em outras palavras, o relatório confunde transgressor e inculpe num mesmo grupo de classificação.²⁸⁷ Tal erro de categorização, no entanto, é completamente compreensível e ocorre devido à típica ambiguidade que cerca a conjuntura social da guerra do Congo, na qual não se pode delimitar com clareza quais são as instituições envolvidas nos processos de destruição. Isso acontece pelo fato de tratar-se de um conflito essencialmente comunicativo, o que acaba por maximizar a característica de anonimato de seus agentes.

De todo o exposto, confirma-se que a guerra hodiernamente localizada na região dos Grandes Lagos se dá por um conjunto ações incompatíveis perpetradas por discursos pautados na racionalidade econômica, de forma que a estrutura de tal conflito deve ser reinterpretada através da noção de processos anônimos de comunicação. Assim sendo, a tese da eficácia horizontal dos direitos humanos, entendida como a inclusão jurídica da pessoa nos subsistemas da sociedade mundial, é perfeitamente aplicável ao caso, dado que é explícita a inviabilidade de uma proposta de resolução do conflito pelo simples estabelecimento de ações jurídicas polarizadas entre pessoas violadas e corporações multinacionais violadoras. De fato, a

²⁸⁴ ONU, Conselho de Segurança. Relatório Final: S/2003/1027. Disponível em: <<http://www.securitycouncilreport.org>>. Acesso em 18 Nov. 2016.

²⁸⁵ Ibidem.

²⁸⁶ RAID. **Unanswered questions**: Companies, Conflict and Democratic Republic of Congo, Mar. 2014. Disponível em: <<http://www.raid-uk.org/>> Acesso em: 18 nov. 2016, p. 15

²⁸⁷ Ibidem, p. 15.

arquitetura da guerra na República Democrática do Congo envolve fatores muito mais complexos que os reproduzíveis na lógica jurídica clássica e, portanto, sua resolução deve ser pensada sob essa mesma complexidade sistêmica.

5.2. “*Due Diligence*” e a Racionalidade Econômica

Como visto anteriormente, a afirmação da eficácia dos direitos humanos deve ser generalizada a todos os meios de comunicação existentes na sociedade mundial, o que significa, por conseguinte, que esses direitos de inclusão também se dirigem às estruturas que compõem o subsistema funcional da economia. Da mesma maneira, viu-se que a aplicação dos direitos humanos a racionalidades parciais deve ser feita mediante o processo de “reespecificação” que, de forma muito semelhante a proposta introduzida pela teoria da eficácia horizontal indireta dos direitos fundamentais, argumenta pelo reajuste das expectativas normativas de inclusão da pessoa à lógica própria de cada subsistema funcional, adaptando as pretensões dos direitos humanos às normas jurídicas ali válidas.²⁸⁸ Trazendo tais conclusões ao contexto específico do conflito na região dos Grandes Lagos, percebe-se a necessidade de um princípio capaz traduzir o clamor humano à linguagem própria do subsistema econômico, representando, assim, a entrada da pessoa nas estruturas sociais ínsitas a este código específico.

Em 2009, resolução do Conselho de Segurança a respeito do suporte oferecido por redes internacionais aos grupos armados da parte leste da RDC recomendou a renovação do mandato do painel de especialistas da ONU para que este delineasse, tendo por base o trabalho feito em outros fóruns, recomendações ao exercício de *due diligence* por importadores, indústrias de processamento e consumidores em geral dos recursos minerais advindos de zonas do conflito.²⁸⁹ A extensão do mandato renovou o debate travado pelos painéis que se instalaram entre os anos de 2001 e 2003, os quais também discutiram a responsabilidade de agentes econômicos externos na perpetuação no conflito no Congo. A reedição do painel trouxe novas perspectivas ao tema, em muito graças ao amparo ofertado pelas conclusões do referido primeiro ciclo de análises, direcionando seus integrantes a definirem com mais precisão qual seria a postura esperada de corporações internacionais no contexto. Nessa oportunidade concluiu-se pela introdução da noção de *due diligence* como princípio norteador das práticas de corporações multinacionais –

²⁸⁸ Teubner, 2012, p. 135.

²⁸⁹ ONU, Conselho de Segurança. Resolução 1896 (2009), S/RES/1896, 30 Nov. 2009. Disponível em: <<http://www.securitycouncilreport.org>>. Acesso em: 18 nov. 2016, p. 1.

de forma a coibir a extensão da lógica econômica que estas reproduzem perante outros setores (sociais e não sociais) –, assim como definiu-se um primeiro significado para esse conceito:

“O Grupo considera que indivíduos e entidades que comprem produtos minerais de áreas com forte presença rebelde, parte leste da República Democrática do Congo, estão a violar o regime de sanções quando não exercem a diligência necessária (*due diligence*) para assegurar que as suas compras de minerais não provenham de milícias armadas. O Grupo considera ainda que a *due diligence* implica as seguintes etapas. Em primeiro lugar, que empresas que comprem de zonas de risco da parte leste da República Democrática do Congo determinem a identidade exata dos depósitos dos quais os minérios que pretendem adquirir foram extraídos, e não apenas o território de origem, tal como atualmente registrado pela CEEC. Em segundo lugar, uma vez conhecidas as identidades precisas dos depósitos minerais, os compradores devem estabelecer se esses depósitos são ou não controlados e/ou tributados por grupos armados ilegais. Em terceiro lugar, que os compradores recusem-se a comprar minerais conhecidos como originários - ou suspeitos de serem originários - de depósitos controlados / tributados por esses grupos armados. Os compradores também exercem *due diligence* recusando-se a comprar produtos minerais conhecidos ou suspeitos de terem sido tributados por grupos armados ilegais no caminho de entrega. A não observância destas medidas constitui falta de diligência e, na opinião do Grupo, coloca os compradores em violação proibição de prestação de assistência para grupos armados.”²⁹⁰

Pode-se inferir, do trecho transcrito, que o conceito de “*due diligence*”, inicialmente compreendido como ferramenta comercial desenhada para auxiliar empresas a lidarem com noções de risco e de responsabilidade, vem tendo seu significado ampliado para aplicar-se também a riscos provenientes do envolvimento de corporações multinacionais com situações de abuso aos direitos humanos.²⁹¹ Sob essa perspectiva, o dever das companhias em relação à proteção do homem passa a abranger também tarefas de vigilância e prevenção, requerendo, pois, a adoção de políticas de direitos humanos, assim como a integração dessas políticas às

²⁹⁰ “The Group considers that individuals and entities buying mineral output from areas of the eastern part of the Democratic Republic of the Congo with a strong rebel presence are violating the sanctions regime when they do not exercise **due diligence** to ensure their mineral purchases do not provide assistance to illegal armed groups. The Group further considers that **due diligence** entails the following steps. First, companies buying from areas at risk in the eastern part of the Democratic Republic of the Congo (see para. 84 above) determine the precise identity of the deposits from which the minerals they intend to purchase have been mined, rather than simply the territory of origin, as currently registered by CEEC. Second, once the precise identities of the mineral deposits are known, purchasers establish whether or not these deposits are controlled and/or taxed by illegal armed groups. Third, purchasers refuse to buy minerals known to originate — or suspected to originate — from deposits controlled/taxed by these armed groups. Purchasers similarly exercise **due diligence** by refusing to purchase mineral output known or suspected to have been taxed by illegal armed groups en route to comptoirs. Failure to follow these steps constitutes a lack of **due diligence**, and in the Group’s view puts purchasers in violation of the arms embargo for provision of assistance to armed groups.” (ONU, Conselho de Segurança. Relatório, S/2008/43, 13 Fev. 2008. Disponível em: <<http://www.securitycouncilreport.org>>. Acesso em: 18 nov. 2016, Parágrafo 85).

²⁹¹ SHERMAN, John; LEHR, Amy. **Human Rights Due Diligence: Is It Too Risky?** Corporate Social Responsibility Initiative Working Paper N. 55. Cambridge, MA: John F. Kennedy School of Government, Harvard University, p. 3.

operações e à cultura de tais instituições.²⁹² De fato, o exercício da *due diligence* relaciona-se ao respeito aos direitos humanos quando possibilita que companhias transnacionais identifiquem possíveis atos de violação antes mesmo que estes ocorram, reduzindo assim sua susceptibilidade a acusações litigiosas, ajudando-as a se defenderem de reivindicações interpostas contra elas nesse contexto.

Para melhor compreensão do tema convém analisar como determinados códigos de conduta transnacionais têm incorporado a noção de *due diligence* como meio de absorver pretensões de direitos humanos na forma própria de sua lógica econômica. Com efeito, tanto códigos transnacionais públicos, quanto privados, vêm implementando regulações e recomendações sobre como corporações multinacionais que atuam na exploração de recursos minerais na região dos Grandes Lagos podem evitar riscos de invasões à esfera de corpo e alma do ser humano causadas por suas condutas de lógica econômica pelo comprometimento ao exercício de *due diligence*. Dessa maneira, percebe-se como os direitos humanos têm sido adaptados às normas jurídicas válidas dentro da própria normatividade social do sistema econômico.

No que diz respeito a formação desse conceito em códigos transnacionais privados, destacam-se as prescrições da *PWYP (Publish What You Pay)* – uma rede de organizações da sociedade civil direcionada à abertura e à transparência de operações extrativas –, que formou sua coalisão na RDC em setembro de 2003.²⁹³ A fim de que ações comerciais de extração de minérios pudessem melhorar a vida das pessoas que residem na República Democrática do Congo, ao invés de prejudicá-las, tal organização buscou tornar públicas as transações feitas por multinacionais mediante a aplicação de legislações de cunho mandatário que impunham a divulgação dos recibos com a entrada e a saída de divisas da região.²⁹⁴ Dessa forma, consolidou a implementação da noção de *due diligence* na atuação de empresas multinacionais a fim de reprimir conexões entre os negócios econômicos do ramo extrativista e o financiamento de grupos criminosos responsáveis pelas atrocidades ocorrentes no leste da RDC.

Ainda nessa perspectiva, e em complementação às ações da *PWYP*, surge a Iniciativa de Transparência das Indústrias Extrativas, criada por organizações não-governamentais, países desenvolvidos, países em desenvolvimento detentores de riquezas naturais, corporações

²⁹² Ibidem, p. 4.

²⁹³ About Publish What You Pay. Disponível em: <<http://www.publishwhatyoupay.org/about/>>. Acesso em: 18 nov. 2016.

²⁹⁴ Publish What You Pay. Press Release 13 jun 2002. Disponível em: <<https://www.globalwitness.org/en/archive/publish-what-you-pay>>. Acesso em: 18 nov. 2016.

multinacionais e grupos de investidores, unidos no intuito de conferir maior transparência e participação social ao setor de extração de matérias primas.²⁹⁵ A ITIE, que constitui um dos mais relevantes códigos de conduta público-privados relativos a corporações multinacionais, também desempenha importante papel na contenção de abusos perpetrados por empresas extrativas na região dos Grandes Lagos, dado que a falta de controle do fluxo de pagamentos torna praticamente impossível qualquer monitoramento das ações de multinacionais.²⁹⁶ Tal código serve, de fato, como ordem regulatória para prescrever a divulgação “voluntária” de dados referentes a transações comerciais, permitindo, por conseguinte, concluir se determinadas corporações se encaixam, ou não, aos padrões de *due diligence*.

Outro importante código transnacional pelo qual se percebe o processo de adaptação dos direitos humanos à racionalidade própria do subsistema econômico a partir da concepção de *due diligence* é o *Guidelines for Multinational Enterprises - OECD*. Ainda no ano de 2006, o Conselho da OCDE adotou uma nova série de mecanismos para tornar seus princípios relevantes em zonas onde autoridades não estivessem aptas ou dispostas a impor o cumprimento da lei a seus parceiros de negócio, citando em seu instrumento uma lista de obrigações a serem seguidas por corporações privadas,²⁹⁷ como a obediência da lei local e internacional, o apoio gerencial intensificado, o conhecimento de clientes e parceiros de negócio e a visão ampliada dos interesses da empresa (para além da simples perspectiva do lucro).²⁹⁸ Com efeito, todas essas recomendações podem ser entendidas como derivadas do postulado da *due diligence*, que, por ser conceito aberto, está em constante mutação, sendo extremamente ampla a noção de qual seria o comportamento esperado de multinacionais em situações de conflito.

Deveras, a inclusão em ordens transnacionais que dialogam dentro da racionalidade econômica de normas concernentes à proteção humana parece hábil a gerar mudanças na rede de conexões do conflito nos Grandes Lagos, provocando intervenções reais na lógica das instituições que pautavam, até então, suas políticas comerciais estritamente sobre a lógica do lucro. Entende-se que o caos instalado no leste da República Democrática do Congo transparece a evidente necessidade de sensibilização do processo comunicativo sobre o qual atuam as multinacionais pelo clamor humano. O indivíduo, violado em suas dimensões de corpo e alma

²⁹⁵ FERREIRA, Patrícia Galvão. **Breaking the Weak Governance Curse: Global Regulation and Governance Reform in Resource-Rich Developing Countries**. 2012. 350 f. Tese (Doutorado em Ciência Direito) Faculty of Law University of Toronto, 236 e ss.

²⁹⁶ Dominic, 2010, p. 31.

²⁹⁷ OECD Risk Awareness Tool for Multinational Enterprises in Weak Governance Zones, 2006. Disponível em: <www.oecd.org>. Acesso em 18 Nov. 2016.

²⁹⁸ Dominic, 2010, p. 31.

pela expansão da racionalidade do lucro, requer a proteção de seus direitos latentes, os quais só podem ser garantidos pela inclusão da pessoa dentro da própria lógica comunicativa das multinacionais. Postula-se, pois, que este fenômeno se dá pela construção de normas readequadas à racionalidade de cada setor parcial específico; no caso em estudo, pela formação de normas de *due diligence* no âmbito específico do sistema econômico.

5.3. Regime Corporativo de Empresas Multinacionais

Acertado, pois, que a lógica de atuação das multinacionais no leste do Congo ajusta-se ao padrão conceitual de matriz econômica e que este pode ser sensibilizado pela inclusão de normas de direitos humanos, no contexto específico, de *due diligence*, questiona-se como tais processos podem ser descritos pelo direito, dado o caráter não personificado das redes comunicativas. Quanto a isso, retomam-se as conclusões do capítulo pretérito no ponto em que propõe a simplificação de redes de comunicação na forma de regimes institucionais.²⁹⁹ Com efeito, a funcionalidade do sistema jurídico alcança os vários subsistemas sociais, inclusive o da economia, e possibilita, por conseguinte, o fechamento destes por meio da dupla reflexividade.³⁰⁰ Assim, o entrelaçamento entre o direito e os demais subsistemas da sociedade mundial é suportado pela própria normatização dessas realidades,³⁰¹ sendo irrelevante, neste momento, o debate se tais processos de regulamentação formam novas espécies de constituições ou se estabelecem meras ordens jurídicas;³⁰² basta, por ora, a reiteração de ser o direito capaz de representar processos comunicativos por meio da normatização destes, neste caso em particular, pela formação dos códigos corporativos transnacionais.

²⁹⁹ Teubner, 2012, p. 148.

³⁰⁰ A dupla reflexividade é um conceito utilizado por Teubner para descrever a “constitucionalização” de processos sociais através do fechamento das operações internas aos sistemas sociais pelo direito, numa espécie de fechamento de segunda ordem. Teubner, 2012, p. 103.

³⁰¹ Niklas Luhmann, *Die Weltgesellschaft*, 57 *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie* 21 (1971), reprinted in *Soziologische Aufklärung Vol. 2: Aufsätze zur Theorie der Gesellschaft* 51, 63 (Niklas Luhmann ed., 3d ed. 1986) (Teubner Translation). Apud, Fischer-Lescano; Teubner, 2004, p. 1000.

³⁰² Há ampla discussão no âmbito da academia quanto a possibilidade da existência constituições sociais. Teubner, neste ponto, alega que o acoplamento entre o subsistema jurídico e os outros subsistemas formam verdadeiras “constituições civis” no âmbito transnacional, uma vez que, verificada a dupla reflexividade desses sistemas, estes exercem funções semelhantes a de uma constituição moderna (Teubner, 1996, 2010, 2012). Marcelo Neves, por outro lado, dispõe que o acoplamento estrutural entre o direito e outra racionalidade parcial da “aldeia global” não pode ser definido como constituição, visto que não se verificam nessas formações a autonomia operacional do sistema jurídico em relação ao sistema social com o qual dialoga; dispondo que, o que ocorre, na verdade, é a instrumentalização do direito pela economia, pela ciência, pela mídia, etc. (Neves, 2009, pp. 112 - 113).

Paralelamente ao declínio do poder político estatal na composição de estruturas reguladoras de corporações multinacionais, têm emergido novos regimes jurídicos na esfera transnacional destinados a esse fim, como: a) os códigos transnacionais públicos, que são normas estabelecidas por organizações internacionais ou por tratados internacionais no intuito de coibir posturas indesejáveis de atores não-estatais, sendo tais normas concernentes principalmente a condições de trabalho, postura ambiental e proteção aos direitos humanos,³⁰³ b) os códigos transnacionais privados, concebidos pelas próprias multinacionais – em conjunto com ONGs e outros agentes da sociedade civil – em contraposição às tentativas de intervenção pública, prescrevendo normas gerais em relação a direitos ambientais, direitos trabalhistas, direitos humanos, entre outros, trabalhando sempre dentro da realidade específica de suas relações negociais³⁰⁴ e c) os códigos de conduta desenvolvidos no âmbito individual de cada empresa privada, incorporados a suas ordens legais principalmente por meio de cláusulas contratuais.³⁰⁵

Em verdade, todas essas formas de regime são direcionadas a processos anônimos de comunicação pautados na racionalidade específica da economia. Tanto códigos transnacionais públicos, como códigos transnacionais privados e códigos corporativos dizem respeito a expectativas normativas endereçadas a atuação de atores privados desvinculados do meio político e orientados ao econômico, constituindo ordens jurídicas autônomas.³⁰⁶ Entretanto, no contexto específico deste trabalho, parece mais prudente tratar a questão da institucionalização do processo comunicativo econômico dentro do restrito âmbito dos regimes corporativos privados das corporações transnacionais; pois, ao mesmo tempo em que esses regimes estabelecem normas de preservação de autonomia corporativa, também podem impor regras de contenção à tendência expansiva da racionalidade econômica em relação a seu ambiente, dentro de sua própria lógica social.³⁰⁷

Por certo, os regimes privados das empresas multinacionais referem-se a espaços legais desenvolvidos dentro da autonomia do ordenamento privado, criando normas internas de

³⁰³ MURPHY, Sean D. Taking Multinational Corporate Codes of Conduct to the Next Level. **Columbia Journal of Transnational Law**, Vol. 43, N. 2, 2005, pp. 2-3.

³⁰⁴ ABBOTT, Kenneth W.; Snidal, Duncan. Strengthening International Regulation through Transnational New Governance: Overcoming the Orchestration Deficit. **Vanderbilt Journal of Transnational Law**, Vol. 42, March 2009, pp. 2 – 3.

³⁰⁵HAUFLER, Virginia, Private Sector international Regimes, p. 123-124. In: HIGGOTT, Richard A; UNDERHILL, Geoffrey R.D.; Andreas, BIELER. **Non-state actors and authority in the global system**. London and New York: Routledge, 2000.

³⁰⁶ Sobre essa mesma questão, porém, analisada sobre a perspectiva constitucional, ver Teubner, 2011.

³⁰⁷ Haufler, 2000, 124.

coerção corporativa.³⁰⁸ Nesse sentido, cumpre enfatizar que códigos corporativos privados transcendem os limites de companhias individuais, uma vez que estendem sua validade a conglomerados corporativos que abarcam, em alguns casos, milhares de outras empresas individuais.³⁰⁹ A extensão significativa desses códigos ultrapassa também as barreiras dos grupos corporativos, dado que, por meio de regulamentações contratuais, esses grupos têm vinculado seus fornecedores e suas cadeias de distribuição a seus códigos corporativos, usando também de mecanismos contratuais para introduzir sistemas de monitoramento e coerção sobre suas partes, numa espécie de conexão “hipercíclica”:³¹⁰

“Dentro dos códigos corporativos privados, as interligações são de natureza hipercíclica; em meio a operações legais cíclicas, que se ligam entre si através de diferentes organizações formais (isto é, as empresas transnacionais, os seus fornecedores e a suas organizações de venda), são desenvolvidas conexões interorganizacionais diretas. Os símbolos de validade da ordem privada são transferidos por meio de normas intraorganizacional e de contratos interorganizacionais. Dentro dessa rede de operações jurídico-privadas, as normas privadas têm efeito vinculante direto sobre os participantes, inclusive ordenando sanções em casos de infrações normativas. Dessa forma, emerge uma esfera fechada de ordem privada através da ligação hipercíclica entre corporações multinacionais e outras empresas comerciais.”³¹¹

Cabe referir, quanto a isso, que é perceptível a formação de ordens privadas de natureza “hipercíclica” no cenário atual da guerra do Congo, como infere-se da análise do teor da denúncia da *Trial (Track Impunity Always)* contra a multinacional suíça de metais preciosos, *Argor-Heraeus SA*.³¹² A referida companhia é acusada de contribuir na permanência do conflito na região dos Grandes Lagos por não estabelecer em seu regime privado, confirmado externamente mediante contratos “interorganizacionais”, normas que imponham condutas diligentes aos participantes de sua cadeia comercial. Em suma, o que ocorre é que a matéria

³⁰⁸ TEUBNER, Gunther, Self-Constitutionalizing TNCs? On the Linkage of 'Private' and 'Public' Corporate Codes of Conduct. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol. 18, N. 2, 2011, p. 32.

³⁰⁹ *Ibidem*, p. 33.

³¹⁰ *Ibidem*, 2011, p. 33.

³¹¹ “Within private corporate codes, interlinkages are of a hypercyclical nature; since between the cyclical legal operations, which connect to each other within different formal organizations (i.e. TNCs, their suppliers and their sales organization), interorganizational direct connections are developed. The validity symbols of private ordering are directly transferred via intraorganizational law and via interorganizational contracts. Within this network of private legal operations, the private norms have a direct binding effect on participants and in instances of norm infringements, sanctions are ordered. In this way, a closed scope of private ordering emerges through the hypercyclical linkage of TNC and of other commercial enterprises.” (Teubner, 2011, p. 34).

³¹² Trail International. Stop Pillage: Trial Denounces Gold Looting by Swiss Refinery Company. Disponível em <<https://trialinternational.org/latest-post/trial-files-a-criminal-denunciation-to-the-swiss-federal-prosecutor-against-a-swiss-refinery-company-suspected-of-laundersing-looted-gold-from-the-democratic-republic-of-the-congo>>. Acesso em: 28 nov. 2016.

prima tratada nessa corporação advém de atos de exploração com o grupo armado FNI, amplamente conhecido por seus atos de violência sistemática, massacres, recrutamento de crianças soldados, estupro.³¹³ Em 2004, a FNI foi achada negociando grande porção de ouro ilegal com uma companhia chamada *Uganda Commercial Impex Ltd*; a referida companhia revendeu o ouro *Hussar Services Limited-UK*, que encaminhou, finalmente, a matéria prima para processamento na *Argo-Heraeus SA*.³¹⁴ De fato, só é possível atribuir culpa a multinacional suíça mediante o entendimento de que esta integra uma rede ampla de atores que, vinculados a seu código corporativo privado, têm infringido a integridade de indivíduos concretos.

Assim sendo, tem-se que, no caso da violação dos direitos humanos pela expansão da rede comunicativa sobre a qual se orientam as empresas multinacionais, a proteção do sujeito se dá mediante a formulação de normas gerais e abstratas que possibilitem a entrada da pessoa nos regimes privados das corporações transnacionais. Tais normas se estruturam nessas ordens como princípios superiores incorporados aos seus códigos internos, servindo como regras gerais a serem seguidas pelo conjunto de empresas a ela.³¹⁵ No caso concreto do conflito na região dos Grandes Lagos pugna-se que esse fenômeno se concretiza pela incorporação de normas de *due diligence* dentro das ordens privadas de corporações multinacionais.

5.4. O Transconstitucionalismo Pluridimensional dos Direitos Humanos

Há, entretanto, relevantes fatores negativos à realização da eficácia dos direitos humanos como inclusão de normas de *due diligence* em códigos de empresas multinacionais. Embora perceba-se uma tendência mundial no sentido da elaboração de códigos corporativos direcionados ao alinhamento de ordens transnacionais privadas a pretensões de direitos humanos,³¹⁶ o cenário não é tão otimista quanto parece. Tanto é assim que há considerável dissenso no âmbito das ordens jurídicas das corporações privadas quanto ao significado dos direitos humanos, sendo que, muitas, inclusive, rejeitam ampla pretensão de validade a esses

³¹³ Ibidem.

³¹⁴ Ibidem.

³¹⁵ DILING, Olaf; HERBERG, Martin; WINTER, Gerd. Introduction: private accountability in a globalizing World. In. Responsible business: Self governance and law in Transnational transactions. DILING, Olaf; HERBERG, Martin; WINTER, Gerd (Org.), Oxford: Hart publishing, 2008. Apud. Teubner, 2001, p. 26

³¹⁶ Tal movimento já vem causando relevantes transformações no contexto da guerra na República Democrática do Congo, criando uma janela de oportunidade inédita de transformação em toda África Central. (Promoting responsibly sourced minerals: What can donors do? Disponível em: <<http://www.oecd.org/countries/congo/promotingresponsiblysourcedmineralswhatcandonorsdo.htm>>. Acesso em 18 nov. 2016.)

direitos, dispensando a implementação de normas de *due diligence*. Dessa forma, faz-se necessário conceber instrumentos de irritação para a transformação desses regimes e sua consequente sensibilização às questões humanas.

Argumenta-se, nesse sentido, que embora a perspectiva teórica de implementação do conceito de *due diligence* no contexto dos códigos de conduta transnacionais seja animadora, a realização prática dessa construção é extremamente improvável.³¹⁷ Isso se dá principalmente pelas divergências no tocante a forma de sua aplicação. O dissenso quanto ao significado de *due diligence* pode ser percebido pela enfática crítica feita ao relatório final do grupo de especialistas da ONU na RDC, datado de janeiro de 2015, pela *ITRI - Tin Supply Chain Initiative*. Segundo a organização, o grupo das Nações Unidas não tratou de forma apropriada a noção de “*due diligence*” em seu relatório, analisando-o somente sobre o enfoque da rastreabilidade das transações financeiras, o qual seria apenas um dos vários aspectos do conceito.³¹⁸ Com efeito, colisões interpretativas semelhantes a esta, decorrentes da ambiguidade inerente ao significado de *due diligence*, vêm sendo cada vez mais frequentes, de sorte que tais divergências têm se manifestado tanto entre práticas específicas de discursos institucionais, como entre ordens jurídicas no plano transnacional, sendo este último caso de particular valor para a análise deste trabalho.

Percebe-se a variabilidade interpretativa do referido conceito, por exemplo, quando da observação de sua leitura defensiva por parte de algumas multinacionais, como a *Traxys* e a *Apple*, que simplesmente cortaram suas relações comerciais com a RDC até a definitiva resolução da situação na localidade.³¹⁹ Nesses casos, o que parece ocorrer, de fato, são verdadeiros embargos econômicos, direcionados aos recursos minerais de origem congoleza, fundamentados na *due diligence*. Tal raciocínio tende a piorar ainda mais o cenário de caos na região, vez que o afastamento de parceiros comerciais da RDC em relação a sua principal atividade econômica, provocará, inevitavelmente, a falência desse Estado.

Por outro lado, há códigos corporativos de conglomerados multinacionais que ignoram por completo as pretensões de salva guarda dos direitos humanos contidas no conceito de *due diligence*. Isso ocorre quando multinacionais, ao vincularem outras empresas menores a seus códigos privados mediante contratos comerciais, deixam de repassar exigências concernentes

³¹⁷ Global Policy Forum. Democratic Republic of Congo. Disponível em: <www.globalpolicy.org>. Acesso em: 18 nov. 2016.

³¹⁸ ITRI. ITRI Response to the final report of the group of experts in Democratic Republic of Congo S/2015/19 of 12 January 2015. Disponível em: <www.itri.co.uk>. Acesso em: 18 nov. 2016.

³¹⁹ Dominic, 2010, p. 39.

aos direitos humanos. A gigante norte-americana *H. C. Starck*, por exemplo, é acusada de não ter cumprido com os parâmetros de *due diligence* ao firmar negócios na RDC com a empresa *Eagle Wings* – à época envolvida com uso de trabalho escravo para extração de minérios – por ter falhado em estabelecer em suas cláusulas contratuais, instrumentos vinculantes na esfera privada, previsões de respeito aos direitos humanos.³²⁰ Isso ocorre, pois, a ausência de implicações de *due diligence* em códigos corporativos privados não diz respeito apenas às ações de uma única instituição, se ela respeita ou não os limites do ser humano, mas sim aos atos de toda uma cadeia produtiva formada por milhares de companhias individuais que se vinculam reciprocamente por mecanismos contratuais.

Em resposta a essa problemática, no que concerne especificadamente a resistência de determinados códigos corporativos privados a aderir a normas de *due diligence*, propõe-se a estruturação de formas de entrada aptas a tornar ordens jurídicas privadas sensíveis de normas de proteção ao ser humano. Recorre-se, para tanto, a tese do transconstitucionalismo, introduzida pelo professor Marcelo Neves. Por certo, o transconstitucionalismo dos direitos humanos corta transversalmente diferentes tipos de códigos de conduta – sejam estes públicos, privados, mistos ou corporativos – e instiga sua conversação “mediante ‘pontes de transição’ que possibilitem aprendizados recíprocos entre as ordens envolvidas”.³²¹ Alerta-se, por oportuno, que não se pretende alcançar com essa proposta a estabilização de um significado único e universal para o exercício de *due diligence*, mas sim provocar cooperações e colisões entre regimes jurídicos diversos, a fim de que a inclusão do referido conceito se dê em consonância com a autonomia de cada um deles.

A tese do transconstitucionalismo ampara-se no conceito de razão transversal proposto por Wolfgang Welsch, concluindo, por esta base, que esferas comunicativas desenvolvem mecanismos estáveis de aprendizado e influência mútua no processo de conexão, construindo, por conseguinte, verdadeiras “pontes de transição” entre racionalidades parciais distintas.³²² A noção de racionalidade transversal, portanto, diferencia-se de meras interferências operativas entre sistemas sociais, visto que sugere a existência de instrumentos estruturais de aprendizagem entre ordens comunicativas. A relevância e perspicácia da abordagem transconstitucional está em relacionar o conceito de razão transversal com o diálogo constitucional existente entre decisões de órgãos jurisdicionais (juízes e tribunais) dos mais

³²⁰ RAID. **Unanswered questions**: Companies, Conflict and Democratic Republic of Congo, Mar. 2014. Disponível em: <<http://www.raid-uk.org/>> Acesso em: 18 nov. 2016, p. 15.

³²¹ Neves, 2009, p. 257.

³²² Ibidem, p. 42.

diversos níveis do contexto global, sendo que, no cenário específico do conflito nos Grandes Lagos, esta relação se manifesta de forma bastante peculiar.

Cumpre enfatizar, nesse ponto, que não há largo número de decisões judiciais debatendo a implementação do conceito de *due diligence* no âmbito de códigos corporativos privados ou mesmo discutindo o envolvimento de multinacionais em violações aos direitos humanos na República Democrática do Congo. Isso ocorre, em grande parte, devido a incipiência do poder judiciário nacional, com pouca independência, revelando-se muitas vezes suscetível a pressões políticas e econômicas. Da mesma forma há uma carência de decisões a esse respeito no cenário transnacional e internacional, que tendem a focar em atores individuais e acabam por esquecer ameaças provindas de atores corporativos.³²³ Assim sendo, não se criaram precedentes relevantes a respeito do assunto, o que, num primeiro momento, parece tornar inviável o diálogo transconstitucional, vez que este ocorre, por sua própria definição, entre decisões jurisdicionais tomadas no sistema jurídico de níveis múltiplos (julgamentos de cortes nacionais, supranacionais, internacionais e transnacionais). Surge, todavia, na especificidade desse contexto, fóruns alternativos de resoluções de conflitos com pretensões jurisdicionais: os Pontos Nacionais de Contato da OCDE.

Tais estruturas foram criadas para trabalhar na implementação das *Guidelines* da Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) em seus respectivos países, proporcionando plataformas para resolução de problemas originados da implementação do referido código de conduta.³²⁴ Os *National Points of Contact –NPC* adotam diferentes modelos nos países membros,³²⁵ sendo que algumas estruturas não têm servido apenas como instrumentos de recomendação, mas como verdadeiros foros judiciais para a resolução de conflitos, transformando, dessa forma, seu código de conduta para multinacionais em normas de caráter híbrido com funções vinculantes (algo entre *soft law* e *hard law*).³²⁶ Por certo, a independência e a imparcialidade que direcionam os procedimentos dessas instituições³²⁷

³²³ FARRELL, Norman. Attributing Criminal Liability to Corporate Actors: Some Lessons from the International Tribunals. **Journal of International Criminal Justice**. Oxford University Press, Vol. 10, pp. 873-894, 2010.

³²⁴ OECD. National Contact Points for the OECD Guidelines for Multinational Enterprises.

Disponível em: <<http://www.oecd.org/investment/mne/ncps.htm>>. Acesso em: 18 nov. 2016.

³²⁵ OECD. OECD Guidelines for Multinational Enterprises (2011), Procedural Guidance, para. I. A.2. Disponível em: <<http://www.oecd.org/investment/mne/ncps.htm>>. Acesso em: 18 nov. 2016.

³²⁶ SORENSEN, Karsten Engsig; OLSEN, Birgitte Egelund. Strengthening the Enforcement of CSR through Mediation and Conflict Resolution by National Contact Points: Finding a New Balance between Hard Law and Soft Law. **Nordic & European Company Law**, pp. 10-38, oct. 2013, p. 5.

³²⁷ OECD Guidelines for Multinational Enterprises (2011), Commentary on the Implementation Procedures, para. 23. Disponível em: <<http://www.oecd.org/investment/mne/ncps.htm>>. Acesso em: 18 nov. 2016.

permitiu que alguns autores as classificassem como verdadeiros órgãos jurisdicionais.³²⁸ Embora essa visão encontre divergência na abordagem clássica, tem-se que o entendimento é plenamente aplicável ao caso em estudo, o que permite inferir que as decisões tomadas no âmbito dos Pontos Nacionais de Contato da OCDE podem servir para o diálogo transconstitucional.

Tendo em vista o exposto, volta-se ao caso concreto, nele analisando o primeiro ciclo de estudos da ONU sobre a relação entre as violações aos direitos humanos e a exploração de recursos minerais na RDC. O painel de outubro de 2002 resultou na classificação de 85 empresas fora dos padrões exigidos pela OCDE,³²⁹ fazendo, conseqüentemente, com que os Pontos Nacionais de Contato dos países sede das respectivas empresas passassem a acompanhar as corporações citadas mais de perto, no intuito de convergir suas ações às expectativas da organização quanto à salva guarda dos direitos humanos. O relatório subsequente, já no ano de 2003, avaliando as mudanças relacionadas ao primeiro, reclassificou os referidos casos em resolvidos, resolvidos em acompanhamento, não resolvidos e sem resposta, tomando por base exatamente os relatórios dos “pontos de contato nacional”.³³⁰ Conclui-se, assim, que os referidos pareceres dos Pontos Nacionais de Contato, enquadrando ou não empresas dentro dos parâmetros de *due diligence*, tiveram grande influência na afetação de código de condutas internos das corporações multinacionais envolvidas, servindo como verdadeiras pontes de aprendizado entre ordens jurídicas corporativas privadas e ordens públicas de conduta (*OECD Guidelines*).

Toma-se, por exemplo, o caso da *Afrimex (UK) Ltda.*, que, após indicada como “resolvida” no painel de reavaliação de 2003,³³¹ foi acusada de pela ONG *Global Witness* perante o “UK - National Contact Point” de pagar taxas a grupos armados envolvidos na guerra. Em sua decisão o Ponto Nacional de Contato do Reino Unido entendeu que, embora não verificada relação direta entre a *Afrimex* e grupos rebeldes, a empresa deixou de exercer o devido controle sobre sua fornecedora (SOCOMI), cujas ações comerciais, pagamento de taxas de licença e impostos, serviram para financiar a continuação do conflito. Dessa forma, concluiu-se que a *Afrimex* falhou no exercício de “*due diligence*” sobre sua cadeia comercial, deixando de posicionar-se adequadamente quanto à noção de proteção aos direitos humanos.³³² Essa

³²⁸ Sorensen; Olsen, 2013, p. 5-6.

³²⁹ ONU, Painel. 2002

³³⁰ ONU, Conselho de Segurança. Relatório Final: S/2003/1027, Annex I. Disponível em: <<http://www.securitycouncilreport.org>>. Acesso em 18 Nov. 2016.

³³¹ *Ibidem*

³³² Final Assessment by the UK NCP for the OECD Guidelines for Multinational Enterprises: Afrimex

decisão do PNC – RU, por mais que não tenha, num primeiro momento, efeitos vinculantes, serviu para o delineamento do significado de *due diligence*, então conceituado como expectativa de que as empresas envolvidas na exploração de minérios em zonas de conflito conheçam as origens, as condições de produção, venda, comercialização e taxaço desses recursos minerais; causando mutaçoes no código corporativo privado da *Afrimex*, que passou a adequar seus contratos a este entendimento.³³³ Nesse sentido, fica claro o aprendizado entre o código transnacional de conduta (*OECD Guidelines*) e a ordem legal da empresa privada (*Afrimex Corporate Code*) mediante a decisão da “UK – Natinal Point of Contact”, que serviu como verdadeira “ponte de transiço”, consolidando a proteço aos direitos humanos a partir de uma visào ampla de *due diligence*.

Deveras, empresas envolvidas em violaçoes na regiào dos Grandes Lagos têm inserido cláusulas de *due diligence* em seus acordos comerciais, compondo assim seus códigos privados de conduta através de mecanismo estáveis de transiço, provocando efeitos indiretos nas redes de comunicaçoes das companhias privadas. Com efeito, o diálogo entre tais ordens acontece pela preservaço da autonomia de cada uma delas, em outras palavras, sua abertura para o externo está embasada no seu fechamento interno, o que ressalta a importância do caráter indireto do processo de aprendizado. Sendo assim, as modificaçoes apontadas não se dão pela simples transferênciade normas de uma ordem para a outra; ao invés disso, as regras referentes ao exercício da *due diligence* são reconstruídas, muitas vezes através da intermediaço de pontes de transiço, no âmbito do setor privado das empresas multinacionais, o que torna possível a preservaço da autonomia desta rede de comunicaço, concomitante a sua sensibilizaço à dor e ao sofrimento humano.

(UK) Ltd, 28 August 2008, §39. Disponível em: <www.berr.gov.uk/files/file47555>. Acesso em 18 nov. 2016.

³³³ Dominic, 2010, p. 29.

CONCLUSÃO

A problemática da eficácia dos direitos humanos, no sentido desenvolvido nessa monografia, é entendida pela ameaça causada por redes anônimas e autônomas de comunicação, em sua tendência invasiva, à esfera de corpo e alma do indivíduo. No conflito da região dos Grandes Lagos, essa questão se verifica especialmente na atuação de corporações multinacionais que, pautando suas ações estritamente sobre a racionalidade econômica, acabam por financiar grupos armados envolvidos com o recrutamento de crianças soldado, massacres a grupos civis e estupro sistematizados, contribuindo essas empresas, por conseguinte, com a perpetuação do grave estado de violação aos direitos humanos na localidade.

Assim, esse trabalho objetiva repensar a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, como garantias de particulares frente a seus iguais nas relações intersubjetivas, para os direitos humanos, como direitos de inclusão generalizada da pessoa na sociedade mundial; verificando, nesse ponto, se a equação da eficácia horizontal pode ser reestruturada de conflitos internos na sociedade – pessoa contra pessoa –, para conflitos entre a sociedade e seu ambiente, isto é, entre processos comunicativos e indivíduos de corpo e alma. Para tanto, argumenta-se pela generalização dos direitos humanos do meio sistêmico-específico de poder para os vários sistemas comunicativos existentes na sociedade mundial, reajustando-os à lógica e à normatividade social própria a cada um desses subsistemas.

Da análise conceitual da relação entre matrizes anônimas de comunicação e indivíduos concretos e de suas evidentes impossibilidades descritivas, conclui-se pela necessidade da “judicialização” dos respectivos significados, a fim de que a nova equação possa ter sentido prático também no direito. O processo de “judicialização” permite, ainda que de forma incipiente, a representação de matrizes comunicativas anônimas por regimes jurídicos. Dessa maneira, a eficácia horizontal dos direitos humanos, no caso em estudo, se manifestaria pela inclusão da pessoa nas ordens jurídicas concebidas dentro da racionalidade econômica, sensibilizando-as a pretensões de proteção do homem. Confirma-se o referido entendimento ao se constatar a internalização de normas concernentes ao exercício de *due diligence* em regimes corporativos privados de empresas transnacionais, como se pôde inferir do estudo de casos concretos envolvendo a ação de multinacionais e a transgressão dos direitos humanos no âmbito do conflito na República Democrática do Congo.

Impende assinalar, ainda com base na análise da conjuntura fática, a resistência de determinadas companhias multinacionais em desenvolver noções sérias de *due diligence* dentro de seus regimes privados, o que impede a realização dos direitos humanos nessas esferas

específicas de comunicação. Quanto a isso, ressalta-se a importância de decisões judiciais no cenário global acerca da compatibilidade, ou não, de ações de multinacionais com preceitos de direitos humanos, servindo tais decisões como verdadeiras pontes de transição que possibilitam o aprendizado entre ordens jurídicas diversas. Por certo, o diálogo transconstitucional, intermediado por decisões judiciais, tem se mostrado apto a sensibilizar códigos privados a questões de direitos humanos já consolidadas em outros regimes jurídicos, sejam eles nacionais, internacionais, supranacionais ou transnacionais em sentido estrito.

Dessa forma, e tendo em consideração o extenso conteúdo desenvolvido ao longo desta monografia, formula-se que a eficácia horizontal dos direitos humanos frente a matrizes anônimas de comunicação se dá pela inclusão jurídica da pessoa nos processos comunicativos da sociedade mundial. Acontecimento que, no contexto da guerra na região dos Grandes Lagos, pode ser juridicamente descrito pelo estabelecimento de normas de *due diligence* em ordens corporativas privadas de empresas transnacionais. Ordens estas que, mediante a interação e o diálogo constitucional com outras ordens jurídicas, vêm sendo estimuladas a consolidar estruturas normativas sólidas de proteção aos direitos humanos.

REFERÊNCIAS

- ABBOTT, Kenneth W.; SNIDAL, Duncan. Strengthening International Regulation through Transnational New Governance: Overcoming the Orchestration Deficit. **Vanderbilt Journal of Transnational Law**, Vol. 42, March 2009.
- ALA'I, Padideh. Leopold & Morel: A Story of 'Free Trade' and 'Native Rights' in the Congo Free State. **Stud. Transnational Legal Pol'y**. Washington. Vol. 33, Dezembro, 2005.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais** (Traduzido por Virgílio). 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- AMSTUTZ, Marc; ABEGG, Adreas; KARAVAS, Vaios. Civil Society Constitutionalism: the Power of Contract Law. **Indiana Journal Of Global Legal Studies**, Vol. 14, N. 2, pp. 235-258, 2007.
- ARAÚJO, Gisele Silva. VIII Congresso Luso-Afro-Brasileiro de Ciências Sociais. Coimbra, set. 2014. **Participação Através do Direito: A Judicialização da Política**. Disponível em <<http://www.ces.uc.pt/>>. Acesso em: 18 nov. 2016.
- BECHMANN, Gotthard; STEHR, Nico. Niklas Luhmann. **Tempo Social: Revista de Sociologia da USP**. São Paulo, USP, Vol. 13(2), Novembro, 2001.
- BILBAO UNILLOS, Juan Maria. **La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares**: análisis de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 1997.
- BOBBIO, Noberto. **A Era dos Direitos**. (Tradução Carlos Nelson Coutinho). Nova Edição. 7ª impressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 31ª ed, São Paulo: Malheiros, 2016.
- CLAPHAM, Andrew. Human Rights and the Private Sphere. **The American Journal of international Law**. Vol. 89, N. 4, Oct. 1995.
- CARRANCA, Adrina. Estupro Vira Arma de Guerra no Congo. **O Estado de S.Paulo**. São Paulo, 27 out. 2013. Disponível em <<http://internacional.estadao.com.br/noticias/geral,estupro-vira-arma-de-guerra-no-congo-imp-,1090073>>. Acesso em: 11 nov. 2016
- CASTELANO DA SILVA, Igor. **Guerra e Construção do Estado na Rep. Democrática do Congo**: a definição militar do conflito como pré-condição para a paz. 178 f. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Ciência Política, UFRGS, 2011.
- CASTELLANO DA SILVA, Igor. **Congo: A Guerra Mundial Africana**. Conflitos Armados, Construção do Estado e alternativas para a Paz. Porto Alegre: Leitura XXI /Cebrafrica /UFRGS, 2012.

CLAPHAM, Andrew. Human Rights and the Private Sphere. **The American Journal of international Law**. Vol. 89, N. 4, Oct. 1995.

DE SCHUTTER, Oliver (Org.). **Transnational corporations and Human Rights**. Oxford: Hart Publishing, 2006.

DILING, Olaf; HERBERG, Martin; WINTER, Gerd. Introduction: private accountability in a globalizing World. In. Responsible business: Self governance and law in Transnational transactions. DILING, Olaf; HERBERG, Martin; WINTER, Gerd (Org.), Oxford: Hart publishing, 2008.

DOMINIC, Johnson. **Who's in Charge? Putting the Mineral Trade in Eastern DRC under International Control: An Overview**. In.: Blood Minerals: The Criminalization of the Mining Industry in Eastern DRC. Goma, 2010, Agosto: Pole Institute.

DURING, Gunter. Direitos Fundamentais e Jurisdição Civil. Traduzido por Luís Afonso Heck. In: HECK, Afonso Luís (Org.). **Direitos Fundamentais e Direito Privado**: textos clássicos. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2012.

DURKHEIM, Émile. **Da Divisão do Trabalho Social**. (Traduzido por Eduardo Brandão), São Paulo: Martins Fontes.

EIDE, Asbjorn. **Social Rights**, In: Rhona K.M. Smith e Christien van den Anker. The essentials of Human Rights, Londres: Hodder Arnold, 2005.

ESPIELL, Hector Gros. **Los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano**, San José: Libro Libre, 1986.

FARIA, Neice Müller Xavier et al . Trabalho rural e intoxicações por agrotóxicos. **Caderno de Saúde Pública**. Rio de Janeiro, V. 20, N. 5, p. 1298-1308, set/oct. 2004.

FARRELL, Norman. Attributing Criminal Liability to Corporate Actors: Some Lessons from the International Tribunals. **Journal of International Criminal Justice**. Oxford University Press, Vol. 10, pp. 873-894, 2010.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A Validade das Normas Jurídicas**. (s.l.). Ver. 28, Ano 15, jun. 1994. Disponível em: <www.egov.ufsc.br>. Acesso em: 18 nov. 2016.

FERREIRA, Patrícia Galvão. **Breaking the Weak Governance Curse**: Global Regulation and Governance Reform in Resource-Rich Developing Countries. 350 f. Tese (Doutorado em Ciência Direito) Faculty of Law University of Toronto, 2012.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: Nascimento da Prisão. Traduzido por Raquel Ramallete. 20 ed. Petrópolis: Vozes, 1987, Disponível em: <disciplinas.stoa.usp.br>. Acesso em: 18 nov. 2016.

GARDBAUM, Stephen. The 'Horizontal Effect' of Constitutional Rights. **Michigan Law Review**, Vol. 102, pp. 388-459, 2003; UCLA School of Law Research Paper No. 03-14.

GRINOVER, Ada Pellegrine; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**, 25 ed, São Paulo: Malheiros, 2006.

GRABER, Christoph B.; TEUBNER, Gunther. Art and Money: Constitutional Rights in the Private Sphere?. **Oxford Journal of Legal Studies**, Vol. 18, , pp. 61-73, spring 1998.

HOWARD, Adam M (Org.). **Foreign Relations of the United States, 1964–1968**: Volume XXIII, Congo, 1960–1968. United States Government Printing Office. Washington: 2013.

HAUFLER, Virginia, Private Sector international Regimes, p. 123-124. In: HIGGOTT, Richard A; UNDERHILL, Geoffrey R.D.; Andreas, BIELER. **Non-state actors and authority in the global system**. London and New York: Routledge, 2000.

JUMA, Laurence. The War in Congo: Transnational Conflict Networks and The Failure of Internationalism. **Gonzaga Journal of International Law**. Cincinnati. Vol. 10, 97, Dezembro.

KANT, Immanuel. **A Metafísica dos Costumes**. Contendo a Doutrina do Direito e a Doutrina da Virtude (Traduzido por Edson Bini). Bauru, São Paulo: Edipro, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito** (Traduzido por João Baptista Machado). 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KETTERLING, Casey; PAPADEMA, Calla. **Capitalizing on Chaos: DeBeers and American Mineral Fields Involvement in the Congo and Suggestions for Regulation**. Disponível em: <https://web.stanford.edu/class/e297c/trade_environment/wheeling/hchaos.html>. Acesso em 17 nov. 2016.

LUHMANN, Niklas. **The autopoiesis of social systems**. In: Geyer F; van der Zouwen J. Sociocybernetic paradoxes. London: Sage, 1986, pp. 172–192. Disponível em <<http://cepa.info/2717>>.

LUHMANN, Niklas. A Constituição como Aquisição Evolutiva. (Tradução Menelick de Carvalho Netto para fins acadêmicos. In: ZAGREBELSKY, Gustavo (coord.) **Il Futuro Della Costituzione**, Torino: Einaudi, 1996. Disponível em: <<http://docslide.com.br/documents>>. Acessado em: 18 nov. 2016, p. 16 e ss.

_____. **Inclusión e Exclusión. Complejidad e Modernidad**: de la unidad a la diferencia. (Traduzido por Josetxo Beriain y José Maria García Blanco). Madrid: Editorial Trotta, 1998.

_____. **El Derecho de la Sociedad**. Versão 5, 2003. Disponível em: <http://lkservicios.com/maestria-2013-1/descargas/517derecho_luhmann.pdf>. Acessado em: 11 nov. 2016.

_____. **La Sociedad Mundial**. Estudios Sociologicos. Vol. 24, N. 72, Set-Nov, 2006, pp. 547 – 568. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/40421055>>. Acesso em: 30 nov. 2016.

_____. **La Sociedad de la Sociedad**, Mexico: Herder/Universidad Iberoamericana, 2007.

LOBO, M. Alexandre. Prefácio. In: FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. 9 ed. Rio de Janeiro: Graal, 1990. Disponível em: <<http://www.webhumanas.net>>. Acessado em: 18 nov. 2016.

MADSEN, Wayne. **Genocide ad Convert operations in Africa 1993-1999**. Lewiston: The Wedwin Mellen Press, 1999.

MARMELSTEIN, George. **50 Anos do Caso Lüth**: o caso mais importante da história do constitucionalismo alemão pós-guerra. Disponível em: <<https://direitosfundamentais.net>>. Acessado em: 18 nov. 2016.

MURPHY, Sean D. Taking Multinational Corporate Codes of Conduct to the Next Level. **Columbia Journal of Transnational Law**, Vol. 43, N. 2, 2005.

NEVES, Marcelo. A Força Simbólica dos Direitos Humanos. **Revista Eletrônica do Estado**, n. 4, Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, out/nov/dez, 2005.

_____. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

NIPPERDEY, Hans C. Direitos fundamentais e direito privado. Traduzido por Waldir Alves. In: HECK, Afonso Luís (Org.). **Direitos Fundamentais e Direito Privado**: textos clássicos. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2012.

NZONGOLA-NTALAJA, Georges. **The Congo: from Leopold to Kabila**: a people's history. 1 ed. London and New York: Zed Books, 2002.

_____. **From Zaire to the Democratic Republic of Congo**. Current African Issues n. 28, 2 ed. Nordiska Afrikainstitutet, Uppsala, 2004.

OKONTA, Patrick I. Ethics of Clinical Trials in Nigeria. **Niger Medical Journal**. May-Jun. Vol. 55 N. 3, p. 188-194, 2014.

OURY, Jeanine. The Rape Epidemic in the Congo: Why Impunity in the Congo Can Be Solved by International Intervention. **Loyola University Chicago International Law Review**. Chigado, Volume 6, n. 2, p. 421-432, spring/summer 2009.

PIOVESAN, Flávia. Proteção dos Direitos Sociais: desafios do Ius Commune Sul Americano, **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, Vol. 3(2), pp. 206-226 julho-dezembro 2011.

_____. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**, 13ª ed. revista e atualizada, São Paulo: Saraiva, 2012.

POLLMANN, Arnd. Human Rights Beyond Naturalism. In. **Human Rights and Human Nature**, Hamburg: Springer, 2014.

PRANDINI, Riccardo. La 'costituzione' del diritto nell'epoca della globalizzazione. Struttura della società-mondo e cultura del diritto nell'opera di Gunther Teubner. In: TEUBNER,

Gunther (Org.). **La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione. L'emergere delle costituzioni civili**. Roma: Aramndo editore, 2005.

RASSAM, A. Yasmine. International Law and Contemporary forms of Slavery: An Economic and Social Rights Based Approach. **Penn State International Law Review**, Vol. 23, N. 4, Art. 15, 2005.

RESENDE, Maurício Palmas. **Gazes at the Monsters: Courts, NGOs, and the UM Security Council**. 2016. 366 fl. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação da Universidade de Brasília, 2016.

SACHS, Ignacy. Desenvolvimento, direitos humanos e cidadania. In: **Direitos humanos no século XXI**. Instituto de Pesquisas e Relações Internacionais e Fundação Alexandre Gusmão, 1998, p. 156. Apud, Piovesan, 2012.

SANDERS, Edmund. Uganda's Conflict Spreads to Congo, Where LRA Rebels Massacre Villagers. **Los Angeles Times**. Los Angeles, 11 Jan. 2009. Disponível em: <<http://www.latimes.com/news/nationworld/world/la-fg-congo-massacre>>. Acesso em: 11 nov. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVERMAN, Bryan Stuart. One Mineral at a Time: Shaping Transnational Corporate Social Responsibility Through Dodd-Frank Section 1502. **Oregon Review of International Law**. Vol. 16, N. 1, 2014.

SORENSEN, Karsten Engsig; OLSEN, Birgitte Egelund. Strengthening the Enforcement of CSR through Mediation and Conflict Resolution by National Contact Points: Finding a New Balance between Hard Law and Soft Law. **Nordic & European Company Law**, pp. 10-38, oct. 2013.

SHERMAN, John; LEHR, Amy. **Human Rights Due Diligence: Is It Too Risky?**. Corporate Social Responsibility Initiative Working Paper N. 55. Cambridge, MA: John F. Kennedy School of Government, Harvard University, p. 3.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjorn. The Global Expansion of Judicial Power: The Judicialization of Politics. In: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjorn. (Org.) **The Global Expansion of Judicial Power**, New York, London: New York University Press, 1997.

TEUBNER, Gunther; FISCHER-LESCANO, Andreas. Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law. **Michigan Journal of International Law**, Vol. 25, N. 4, pp. 999-1046, 2004.

TEUBNER, Gunther. Global Bukowina: Legal Pluralism in the World-Society. In: TEUBNER, Gunther (Org.). **Global Law Without a State**, Aldershot, Dartmouth, p. 3-28, 1996.

_____. Breaking Frames: Economic Globalisation and the Emergence of Lex Mercatoria . **European Journal of Social Theory**, Vol. 5, p. 199-217, 2002.

_____. The Anonymous Matrix: Human Rights Violations by 'Private' Transnational Actors. **Modern Law Review**, Oxford, Vol. 69, 2006.

_____. Self-Constitutionalizing TNCs? On the Linkage of 'Private' and 'Public' Corporate Codes of Conduct. **Indiana Journal of Global Legal Studies**, Vol. 18, N. 2, 2011.

_____. **Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization**. (Tradução por Gareth Norbury). Oxford: Oxford University Press, 2012.

THORNHILL, Chris; KING, Michael. **Niklas Luhmann's Theory of Politics and Law**, New York: Palgrave Macmillan, 2003.

THORNHILL, Christopher. **A sociology of constitutions: constitutions and state Legitimacy in historical-sociological perspective**,. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.

_____. Constitutional Law from the Perspective of Power: Response to Gunther Teubner. **Social & Legal Studies**, Vol. 20, N. 2, pp. 244-247, 2011.

_____. Rights and constituent power in the global constitution. **International Journal of Law in Context**, Vol. 10, N. 3, pp. 357-396, 2014.

_____. **A Sociology of Transnational Constitutions**, Social Foundations of the Post-National Legal Structure. Cambridge: Cambridge University Press, p. 5-6.

TRIBE, Laurence H. **American Constitutional Law**. 2nd ed., Mineola: The Foundation Press, 1988.

TUSHNET, Mark. The Issue of State Action/Horizontal Effect in Comparative Constitutional Law. **International Journal of Constitutional Law**, Vol. 1, N.1, pp. 79-98, 2003.

WILLIAMS, Christopher. **Explaining the Great War in Africa: How Conflict in the Congo Became a Continental Crisis**. Fletcher Forum of World Affairs. Summer, 2013. Vol. 37, Issue 2.