

**XXVII CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI PORTO ALEGRE – RS**

**DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS
HUMANOS III**

MÁRCIA RODRIGUES BERTOLDI

MARCOS LEITE GARCIA

SIDNEY CESAR SILVA GUERRA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente **Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente **Sudeste** - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente **Nordeste** - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente **Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch UFSM – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho Unifor – Ceará

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta Fumec – Minas Gerais

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro UNOESC – Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direito internacional dos direitos humanos III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS

Coordenadores: Márcia Rodrigues Bertoldi; Marcos Leite Garcia; Sidney Cesar Silva Guerra. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-711-3

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil).

CDU: 34



XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS III

Apresentação

A proteção internacional dos Direitos Humanos é uma questão central e urgente na agenda contemporânea devido ao aumento da intolerância no mundo. O propósito da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, encontra-se no ano de seu aniversário de 70 anos, sua pauta pedagógica e os princípios basilares da dignidade da pessoa humana, inviolabilidade e da autonomia da vontade, certamente que carecem de efetivação. De Paris a Roma, passando por Viena etc, houve avanços em termos de elaboração normativa e conceitual. Na Declaração de Viena de 1993, a compreensão de que os direitos humanos devem se configurar em pauta educativa e pedagógica é consolidada. No Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional de 1998 os crimes contra a humanidade ficaram bem delimitados. Não cabe dúvida que o ensino da matéria se apresenta como uma resposta na direção de uma cultura fundamentada no respeito à pessoa humana. Não obstante esses avanços, os tempos atuais são de absurdos retrocessos. Os cenários local e internacional são marcados por graves violações de direitos, principalmente, de grupos vulneráveis. As ameaças de retrocessos no cenário nacional, para os próximos anos, demandam novas reflexões e respostas, tanto no campo teórico como prático.

O XXVII Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito – CONPEDI - realizado na cidade de Porto Alegre/RS, entre os dias 14 a 16 de novembro de 2018, mais uma vez apresentou ótimos trabalhos científicos, com abordagem a vários temas não só inéditos, também controvertidos, demonstrando a realização de uma investigação científica profícua na seara jurídica.

Ressalte-se que o Grupo de Trabalho de Direito Internacional dos Direitos Humanos III trouxe excelentes temas que merecem ser continuamente discutidos para que alcancem um entendimento direcionado a permitir a realização de técnicas adequadas capazes de permitir o integral respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana. Assim seja os trabalhos apresentados foram sobre a questão da educação em direitos humanos; sobre a universalidade dos direitos humanos, sobre os sistemas de proteção dos direitos humanos, ditaduras, natureza jurídica dos tratados de direitos humanos no direito brasileiro, transnacionalidade, globalização, discurso de ódio, sobre grupos de vulneráveis como as mulheres, os negros, crianças, refugiados, imigrantes, entre outros.

Por fim, destaca-se que o CONPEDI supera a cada ano os demais eventos da área jurídica, porque, além de permitir discussões de elevado nível acadêmico entre mestrandos, mestres, doutorandos e doutores, possibilita a apresentação dos resultados das pesquisas realizadas na pós-graduação stricto sensu, demonstrando assim o que tem sido realizado de melhor na investigação científica nos programas de nosso país.

Espera-se que a obra represente uma importante contribuição para o aprofundamento do debate e, talvez, possa também servir de incentivo para a ampliação de pesquisas na área.

Boa leitura a todos e todas!

Prof. Dr. Marcos Leite Garcia – UPF

Prof. Dr. Sidney Cesar Silva Guerra – UFRJ

Prof. Dr. Márcia Rodrigues Bertoldi - UFPEL

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

UNIVERSALIDADE DOS DIREITOS HUMANOS: UMA QUESTÃO TRANSNACIONAL

UNIVERSALITY OF HUMAN RIGHTS: A TRANSNATIONAL ISSUE

Francine Cansi ¹
Marcos Leite Garcia

Resumo

O presente estudo através do método descritivo de abordagem qualitativa, objetiva reconhecer os Direitos Humanos que positivados nas Constituições nacionais, transformou-se em tema global, cuja obrigação erga omnes visa garantir proteção universal dos direitos humanos. A Declaração Universal dos Direitos Humanos representa a base principal instrumentos internacionais, sendo que atribuir a validade transnacional é o seu maior ensejo. Erga omnes é obrigação de todo Estado em sua relação com a comunidade internacional, sendo que internamente cada um tem o interesse de proteger os direitos humanos de seus cidadãos, uma faceta da exteriorização do poder soberano do Estado, instituído pelo povo.

Palavras-chave: Dignidade, Direitos humanos, Direito internacional, Transnacionalidade

Abstract/Resumen/Résumé

The Present study, through the descriptive method of qualitative approach, aims to recognize Human Rights that have been positivized in the national Constitutions, has become global theme, whose obligation erga omnes aims guarantee universal protection of human rights. Universal Declaration Human Rights represents the main basis of other international instruments, and to attribute the transnational validity its greatest opportunity. Erga omnes is obligation of every State in its relationship with the international community, and internally each has the interest of protecting the human rights its citizens, a facet of the externalization of the sovereign power state, instituted by the people.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Dignity, Human rights, International right, Transnationality

¹ Doutoranda em Ciência Jurídica UNIVALI em Dupla Titulação (IUACA) Alicante/ ES. Mestre em Desenvolvimento Regional (UNISC/RS). Docente da Universidade de Passo Fundo – UPF/RS. Advogada.

INTRODUÇÃO

Ao completar 70 anos da Declaração Universal do Direitos Humanos, deve-se reconhecer que desde a sua implantação as nações foram marcadas por uma forte convicção de que, a partir da instituição do direito internacional dos direitos humanos, o indivíduo passou a adquirir a condição de sujeito de direitos, não apenas nos limites territoriais de seu Estado, mas frente a toda a comunidade internacional.

Desse modo, os Estados não podem mais justificar a violação de direitos humanos em seu espaço interno sob o argumento do exercício da soberania. O indivíduo, enquanto sujeito de direitos no âmbito da ordem jurídica internacional, recebe a garantia de proteção do direito internacional público, que não conhece delimitação territorial, isto é, em caso de violação de direitos humanos, existe a possibilidade de intervenção nos assuntos internos dos Estados, sem que isso signifique, necessariamente, eventual restrição do poder soberano.

O que se defende é que a proteção da dignidade humana é função do Estado soberano traduzida no bem-estar de seus cidadãos. A violação de direitos humanos pelo Estado implica, desse modo, em afronta ao poder soberano, que não está acima da lei. É o direito internacional dos direitos humanos que assegura essas garantias fundamentais dos indivíduos.

Nesse pensar, o direito internacional dos direitos humanos extrapola a ordem interna dos Estados e a ordem internacional das relações entre os Estados. Essas duas dimensões do Estado são regidas pelo conceito de soberania, definida como o poder de decidir, embora de última instância, conforme a lei.

Nesse contexto, o presente estudo do método descritivo de abordagem qualitativa, tem por objetivo reconhecer os Direitos Humanos que positivados nas Constituições nacionais, transformou-se em tema global, cuja obrigação erga omnes tem por finalidade de garantir a proteção universal dos direitos humanos.

2 UNIVERSALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: ELEMENTOS CONCEITUAIS

Pode-se definir Direitos Humanos como sendo o Estado Natural do Homem, ou seja, é a situação em que todos os homens se deparam na condição onde os indivíduos encontram-se em estado de igualdade, possuindo os mesmos direitos, e em sua essência, na qualidade de conservação própria. Nesse sentido, segundo a Declaração Universal dos Direitos Humanos em seu Art. II:

“Toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição”.

Como bem elabora Piovesan (2007), toda a argumentação a favor da justiça incorporada pelo Direito, tem como raiz comum a legitimidade, cuja pretensão moral justificada sobre traços importantes derivados da ideia de dignidade humana que tão-somente a partir da sua recepção no Direito Internacional, foi acolhido de forma efetiva.

Assim sendo, a pretensão é justificada moralmente e com uma aparência de direito fundamental em potência, dessas que alguns autores como Mazzuoli (2009), Burgorgue-Larsen (2013) e Figueiredo (2013), chamam de direito natural ou mesmo "direitos morais", na qual pode ser positivado, pela sua eficácia e pela questão da sua relação com as garantias desses direitos. Porém, diante de condicionamentos sociais e da sociedade capitalista, os reflexos da impossibilidade do conteúdo igualitário reproduzem a disparidade de generalização entre os povos.

No contexto geral, o direito internacional cuja especificidade da Declaração Universal do Direitos Humanos, manifestou o direito a subjetividade da pessoa em toda a sua existência, como argumenta a Oroá e Isa (1997):

En el preámbulo de la Carta, los pueblos de las Naciones Unidas reafirman «la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de los hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas. Asimismo, en el artículo 1.3 la Carta señala como uno de los propósitos de la Organización realizar la cooperación internacional... en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión. Como podemos comprobar, desde la parte programática de la Carta de las Naciones Unidas se está asumiendo un compromiso claro y diáfano con la causa de los derechos humanos (OROÁ; ISA, 1997, p. 38).

Em que pese, a doutrina conhece que a expressão “direitos humanos” é uma forma de referir os direitos fundamentais da pessoa humana. Esses direitos são analisados como fundamentais, porque sem eles a pessoa humana não alcança sua existência, ou não é capaz de se desenvolver e de participar de modo pleno da vida. Todos os seres humanos precisam ter asseguradas, desde o nascimento, as mínimas condições necessárias para se tornarem úteis à humanidade, como do mesmo modo, devem ter a possibilidade de receber os benefícios que a vida em sociedade pode proporcionar (DALLARI, 1999).

Os direitos humanos então, compõem-se dos direitos individuais fundamentais (vida, liberdade, igualdade, propriedade, segurança); dos direitos sociais (trabalho, saúde, educação, lazer e outros); dos direitos econômicos (consumidor, pleno emprego, meio ambiente); e dos direitos políticos (formas de realização da soberania popular). Estes grupos se complementam e integralizam de tal forma, que sem a existência de todos eles, torna-se impossível a plenitude dos direitos humanos. Como bem explica, Silva (2014, p. 1104).

Os direitos humanos são, no fundo, exigências por direitos, exigências que independem da concessão legal de um título. Se tomarmos esses direitos como exigências, reivindicações e pretensões, veremos que, no caso de muitos direitos humanos, tomamos o termo “direitos” apenas como sinônimo de “exigências”, mais especificamente “exigências por direitos” ou, quando muito, “direitos-exigidos”, no sentido de claim-rights. Essas exigências nem sempre são jurídicas, de modo que a conclusão almejada pela presente pesquisa é trazer subsídios para abandonarmos a leitura formalista dos direitos como títulos ao conceber os direitos humanos simplesmente como exigências mútuas e recíprocas que pessoas reivindicam entre si.

Em estudo a essa temática, Sem (2010) constata que, embora previstos na constituição da maioria dos Estados, os direitos humanos são protegidos e respeitados, de forma efetiva, apenas nas sociedades onde os cidadãos permanecem vigilantes e participantes, sem delegar apenas ao Estado a proteção e a aplicação desses direitos.

O conjunto dos direitos humanos fundamentais, de acordo com o citado autor, visa tutelar o respeito ao seu direito à vida, à liberdade, à igualdade, à dignidade, ao pleno desenvolvimento da sua personalidade, todos esses conceitos em acepções amplas, e esta proteção deve ser positivamente reconhecida pelos ordenamentos jurídicos nacionais e internacionais (STAFFEN, 2015).

Em breves palavras, Burgorgue-Larsen (2013), afirma que os direitos humanos fundamentam-se na preservação da vida humana e sua integridade física, moral e social, sendo que a vida humana, em sua plenitude, se manifesta como liberdade da pessoa humana. Os desafios teóricos e práticos (sempre entendidos como dimensões da práxis humana, não como momentos separados), são de imensa profundidade; é necessário desnaturalizar as supostas evidências que o capitalismo conseguiu instalar como uma forma de pensamento; é necessário imaginar alternativas concretas que permitam amarrar o laço social na base de outro metabolismo que não é o capital.

Tal tarefa, para ser real e efetiva, só será possível no diálogo permanente entre os atores sociais que a levarão a cabo. Portanto, as reflexões que se seguem pretende-se oferecer algumas contribuições para pensar e atuar uma teoria anticapitalista dos direitos humanos.

Com as crueldades praticadas durante a Segunda Guerra Mundial, e, com a visão das implicações do abuso do poder político e econômico na “utilização do ser humano”, como objeto de interesse de um Estado, retratados nas obras “Os sete últimos dias de Anne Frank” de Willy Lindwer (2015, p.7-10), e “O Menino da Lista de Schindeler” de Leon Leyson, Marilyn Harran e Elisabeth B. Leyson (2013, p. 90-91), reflete-se sobre o pensamento de Kant (2009, p. 239) ao afirmar que o ser humano ao mesmo tempo em que se sujeita aos sistemas normativos do Estado e a lei da razão real, é a procedente destas leis que têm um atributo universal. E, este Estado possui por obrigação determinar o valor absoluto do ser humano, independentemente de suas ações, conferindo que as escolhas individuais de cada um, podem gerar punições se forem contrárias à coletividade, a justiça e ao direito de outrem (KANT, 2009, p 306-7).

A dignidade humana não está estabelecida exclusivamente na liberdade, mas, também habilidade do ser racional, no compromisso de respeito pelo próximo, contido na imposição de não degradar qualquer outro ser humano, na manutenção da moral e da ética, estando livre de contingências, logo, é um valor universal. Assim, o homem como ser racional, tem o dever de atuar de acordo com a representação de leis ou princípios; e a dignidade da pessoa não está exclusivamente no fato de ser uma vontade racional, mas sim a essência da vida humana (KANT, 2009, p. 239).

Para o autor Louis Henkin, a expressão direitos humanos devem ser considerados como aqueles incluídos nas reivindicações de ordem moral e política que no contexto da contemporaneidade, todo o homem e toda mulher tem ou deveria ter perante um determinado contexto social ou político (DE SÁ NETO, 2012).

2.1 DIREITOS HUMANOS

A luta pelos direitos humanos vai além de seu mero reconhecimento formal nos marcos normativos, atendendo à construção de condições reais de vida digna nos diversos contextos em que pessoas e povos realizam seus projetos vitais, recuperando a análise crítica da economia política na compreensão dos direitos.

Cualquier intento de construir sociedades que reconozcan y denuncien la observación de derechos y falsas, son intentos de no poder o poder económico, como un ejemplo indispensable. No habrá garantía de transformaciones humanas terribles y no planas económicas, ya que tales formaciones forman parte de sus condiciones de posibilidades. Por la imposición de todas estos fenómenos en todas las escalas en que la vida y la productividad humanas se despliegan como si fueran procesos “naturales” e irreversibles (lo que, en otros términos, podríamos definir como la globalización del particularismo del capital a todo nuestro universo) (FLORES, 2005, s/p).

O mercado, como um sistema de competição, gera, assim, modelos de relações sociais que se introduzem como sensibilidade nos sujeitos, definindo um horizonte de sentido, de modo que não decidem apenas sobre os produtos e as formas de produção, mas também sobre o consumo. Os produtores e suas vidas. É por isso que o sociólogo Edgardo Lander (2005), afirma que as escolhas geradas pelo sistema capitalista "exigem não apenas alternativas aos padrões de propriedade e consumo da sociedade, mas também alternativas à visão de mundo, suas subjetividades, seus modos de conhecer e produzir.

O discernimento crítico dos modelos econômicos, um exercício necessariamente atravessada por opções de caráter ético e político, permite desnaturalizar supostos posições "necessárias e inevitáveis" nas formas de alocação de recursos nossas sociedades, identificando também orçamentos e opções inviabilizadas (SILVA, 2014).

Nesse sentido, Grubba (2015), refere que é necessário afirmar que qualquer proposta de política econômica, e de economia política em geral, que não conhece a centralidade das necessidades humanas e possíveis formas de organização social ao abordá-los, estabelece e reforça a dinâmica discriminatória, autoritária e totalitária e extermínio do humano e da natureza. De acordo com isso, afirma-se que a contradição entre os processos de acumulação de capital irrestrito, a base da proposta capitalista, e a ascensão dos direitos humanos encontram-se compreendidos a partir do pensamento crítico.

O discurso e a configuração das práticas de direitos humanos podem responder de maneira diferente à consolidação do capitalismo; resultante funcional de uma força contra sua lógica de exclusão e exploração de grandes setores da população. De fato, o processo histórico de conformação do capitalismo pode ser lida a partir de suas consequências na configuração dos direitos humanos.

Todo esse processo acontece, com a circunstância agravante de que o mercado, sustentada na absolutização da racionalidade instrumental e na lógica do próprio benefício, na qual foi constituído em um automatismo que destrói as bases de toda a riqueza: homem e natureza. O mercado, torna-se absoluto, Desta forma, torna-se a maior ameaça à sustentabilidade da vida (GRUBBA, 2015).

A luta pelos direitos humanos vai além do mero reconhecimento formal em marcos regulatórios, baseados na construção de verdadeiras condições dignas de vida nos diversos contextos em que as pessoas e os povos realizam seus projetos vitais, requerendo a recuperação da análise crítica da economia política na compreensão desses direitos. Logo, não haverá garantia de direitos humanos sem profundas transformações econômicas, já que essas fazem parte de suas condições e possibilidades a estruturação dos direitos humanos.

2.2 A QUESTÃO TRANSNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

Os direitos humanos corresponde a assumir a ideia de que há compromissos éticos universais que não estão sujeitos a exceções; e que os direitos humanos não podem ser apoiados em um fundamento moral universalmente reconhecido. Em outras palavras, não existe um único argumento ou justificativa para os direitos humanos capaz de ser aceito por todos e em todos os lugares (MARTIN, 2013).

Pelo contrário, todos os valores morais, incluindo os direitos humanos, são relativos a um contexto cultural do qual eles emergem. Estudiosos que defendem essas ideias opõem-se às normas atuais de direitos humanos por considerá-las insensíveis ou mesmo incompatíveis com as distintas condições sociais, culturais e políticas existentes em diferentes nações e comunidades políticas (BINDER, 1999).

Tal concepção, encontra respaldo em Teubner (2011), ao citar que o absolutismo dos direitos humanos, a partir do catálogo dos direitos fundamentais dos Estados nacionais e a

positivação dos direitos humanos nos acordos de direito internacional público, pode serem aplicados em regimes transnacionais, sejam eles públicos, híbrido ou privado. Esses direitos, também são válidos quando os direitos fundamentais transnacionais emergirem espontaneamente de uma constitucionalização geral do direito internacional.

Em outros termos, os princípios e as doutrinas dos direitos básicos são transferidas em um argumento transnacional, fundamental aos direitos humanos e, para que realmente alcancem a validade normativa nos regimes transnacionais. Isto exige uma decisão, um ato de validação como parte de um processo legislativo legalmente institucionalizado, a necessidade de que não pode ser ocultada pela transferência do conteúdo do padrões de direitos humanos (JACKSON, 2010).

Assim, acima e além da positivação do estado, a positivação "social" dos direitos humano, bem como os direitos fundamentais são a força motriz por trás de sua universalização. Por sua vez, a validade transnacional dos direitos fundamentais ocorre, nos regimes estabelecidos do direito internacional público, como acontece nas diferentes convenções de direitos humanos, nos próprios acordos internacionais que garantem a proteção dos direitos fundamentais.

Nesse argumento, Pe'rez Luno destaca no Estado de Direito que possui seu alçicerce no princípio da legalidade, os direitos humanos de forma clássica são constituídos com a finalidade de realizar o bem comum, e:

“[...] como un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humana, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional, **transnacionales** e internacional” (PÉREZ LUÑO, 1993, p. 179). (grifo nosso).

Frente a isso, o objetivo primordial das Nações Unidas é a manutenção e desenvolvimento da paz mundial, a Declaração deixou claro que a paz pode só ser construído sobre o respeito pelos direitos humanos, deixando claro que o pleno desenvolvimento do ser humano - e de uma sociedade humana - só é possível quando as pessoas observarem seus deveres com sua própria comunidade e com a sociedade em geral.

Para viver de acordo com responsabilidade do Estado deve assumir três conjuntos de obrigações: respeitar o liberdade dos indivíduos; proteger essa liberdade e outros direitos humanos contra terceiros; e, quando necessário, fornecendo o acesso a cobertura de bem-estar

as necessidades básicas, como alimentação, abrigo, educação e saúde. Além disso, se os estados estiverem em conformidade com os requisitos da Declaração Universal e convenções correspondentes, eles devem tomar medidas, inclusive legislativas, para lidar com os direitos sociais, econômicos e culturais (ANDRADE, 2003). Como refere Souilljee (2017):

[...] os Direitos Humanos como direitos internacionalizados e com uma carga valorativa compartilhada, qual seja, a Dignidade da pessoa humana. Assim, não há espaço para situações de tensionamento na invocação deste ou daquele julgado sobre o tema, pois, em sua essência, o que está sendo tutelado é a condição humana e sua dignidade nos mais diversos ordenamentos jurídicos (p. 1377).

Com isso, para todos os efeitos, a quebra do paradigma da liberdade individual no mercado de capitais, para a adoção do termo “republicanização globalizada” para os direitos efetivamente humanos (CRUZ, 2012, p. 18), unindo diferentes contextos locais, regionais, nacionais e os globalizados, pensando em uma análise solidária, a tutela dos direitos humanos sob a égide internacional, deve encontrar o alicerce na soberania dos Estados.

Em outras palavras significa que, transnacionalizar é dimensionar a proteção aos direitos humanos Dos diversos Estados, e a respectiva proteção contra a crise de legitimação frente as situações evolutivas do mundo contemporâneo (FERRAJOLI, 2002). Essa quebra de absolutismo democrático é retratada pela doutrina científica, justamente pelo enfraquecimento das nações de fatos que fogem do controle nacional¹, como é o caso da degradação do meio ambiente, os movimentos migratórios e as ameaças militares (CRUZ, 2012). A justificativa, para tanto, é a utilização da transnacionalidade, como fundamento de comunhão de esforços, e não de conflito entre os órgãos internacionais e os Estados-partes.

[...] a Organização das Nações Unidas define os Direitos Humanos como sendo garantias jurídicas universais¹⁰, que protegem indivíduos e grupos contra ações ou omissões dos governos que atentem contra a Dignidade Humana. Trata-se de direitos garantidos juridicamente a partir de Declarações universais e de Constituições que os institui. Essa rede de proteção está sustentada num sistema de valores comuns, onde a Dignidade do ser humano, como elemento-chave, obriga os Estados e agentes estaduais a proteger indivíduos e grupos em qualquer ordenamento jurídico, pela sua condição de “ser humano” (SOUILLJEE, 2017, p. 1369-1370).

¹ 27 "(...) Há democracias ameaçadas "de fora" pelo terrorismo, a corrupção e o narcotráfico. Sem dúvidas, uma democracia já é cativa de si mesma quando se conforma com os limites estatais que impedem sua maturação e desenvolvimento" (CRUZ, 2012, p. 98).

Diante disso, a linguagem dos direitos humanos contribui para os movimentos sociais transnacionais, locais e uma reavaliação gradual em todo o mundo. Cria um espaço político para reforma usando uma linguagem legitimada por um consenso global sobre padrões (DOUZINA, 2011), necessidades e os ideais de autonomia individual, igualdade, escolha e secularismo, mesmo quando essas ideias diferem das normas e práticas culturais vigentes. Reflete, igualmente a vastidão da distribuição global desigual, que canaliza como as posições que se desenvolvem em diferentes ambientes globais.

2.3 A DIGNIDADE HUMANA COMO O ALICERCE DOS DIREITOS HUMANOS

Após a Segunda Guerra Mundial, inúmeras constituições vieram a apresentar uma linguagem humanista que exigia a proteção da dignidade, como nos casos de países como a Alemanha, Japão, Portugal, Espanha, Israel, Suécia, Brasil, entre outros. Todavia, a maioria dos doutrinadores que se dedicam ao constitucionalismo do século XX são unânimes em apontar que a ascensão da dignidade como um conceito jurídico tem suas origens mais remotas no Direito Constitucional alemão.

Nesse aspecto a Lei Fundamental de 1949 dispõe em seu artigo 1º que a dignidade deve ser inviolável e que respeitá-la e protegê-la será dever de toda a autoridade estatal (CRISTOPHER, 2008). Essa disposição é acrescida pelo conteúdo descrito no artigo 2º (1), que propõe a ideia correlata que já se tornou na jurisprudência germânica, segundo a qual toda pessoa deverá ter direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, na medida em que não viole os direitos de terceiros, nem ofenda a ordem constitucional ou a moralidade.

É justamente baseado nessas disposições que o Tribunal Constitucional Alemão e também os juristas germânicos desenvolveram uma farta jurisprudência e um arcabouço teórico pertinente que vêm influenciando decisões judiciais e escritos doutrinários em todo o mundo, cabendo aqui destacar o peso que tais disposições possuem nos temas relativos aos direitos humanos ligados basicamente a direitos individuais, coletivos e à moralidade (BARROSO, 2013).

Ainda nessa ceara, o Tribunal Alemão situa a dignidade humana no ápice do sistema constitucional, representando um valor supremo, um bem absoluto, à luz do qual todos os demais dispositivos devem ser interpretados¹⁸⁹. Sendo assim, considerada como um fundamento norteador do sistema constitucional a cláusula da dignidade possui duas dimensões,

uma subjetiva e outra objetiva, as quais investem os indivíduos em certos direitos, mas também impõem a eles determinadas prestações positivas para o Estado².

Em várias ocasiões, assevera Donald Kommers (1997), o tribunal enfatizou que o conceito de homem, na letra da Lei Fundamental, pressupõe um equilíbrio entre o indivíduo e a comunidade, daí a ideia acima exposta de que a dignidade é formada pela autonomia, pelo valor intrínseco e pelo valor comunitário.

Na França, a dignidade humana não aparece expressamente no texto constitucional de 1958, tendo sido apenas em 1994 que o Conselho Constitucional, combinando várias passagens do Preâmbulo da Constituição de 1946, proclamou que a dignidade era um princípio com status constitucional.

Em 27 de julho de 1994, o Conselho Constitucional, em decisão de nº94.343/344 DC determinou que o preâmbulo da Constituição de 1946 já havia proclamado e reafirmado direitos, liberdades e princípios constitucionais ao prever que imediatamente que após as vitórias alcançada pelos povos livres sobre os regimes que escravizavam e degradavam a humanidade, o povo francês proclamava novamente que cada ser humano, sem distinção de raça, religião ou credo, possuía um sagrado e inalienável direito. A partir disso passou-se a entender que a proteção da dignidade humana contra todas as formas de degradação é um princípio com status constitucional³.

Autores franceses como Jacques Robert⁴, Charlotte Girard⁵ e Dominique Rousseau⁶ têm se referido à dignidade humana como um elemento necessariamente subjacente a todo o direito da França, como um conceito que ao mesmo tempo funda, mantém e normatiza o ordenamento, considerando-o como uma pedra filosofal de todos os direitos fundamentais (BARROSO, 2013).

² Tradução livre do Inglês para o Português de trecho do livro “The constitutional Jurisprudence of federal republic of Germany. KOMMERS, Donald P. The constitutional Jurisprudence of federal republic of Germany. Ed. Durhan: Duke University Press, 1997, p. 312. Disponível em: <<http://www.btg-bestellservice.de>>

³ A decisão a que nos referimos está em língua inglesa, em que pese esteja disponível em sítio francês. A tradução do texto a que fazemos menção é livre. Para ter acesso ao texto integral da decisão ver: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/anglais/en94_343dc.pdf>

⁴ Tradução livre de trecho do livro: ROBERT, Jacques. The principle of human dignity. The principle of respect for human dignity: Seminar proceedings. Councel of Europe. 1999, p. 43. Partes do livro encontram-se disponíveis no portal Google livros.

⁵ BARROSO apud Charlotte Girard. BARROSO, Luis Roberto. A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional Brasileiro. A construção de um Conceito Jurídico à luz da jurisprudência mundial. 1ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 24.

⁶ BARROSO apud Dominique Rousseau. BARROSO, Luis Roberto. A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional Brasileiro. A construção de um Conceito Jurídico à luz da jurisprudência mundial. 1ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 24.

Na África do Sul a dignidade está expressa na constituição e portanto é considerada tanto um valor fundacional como um direito exequível⁷, tendo sido utilizada em vários contextos, nos quais se desenvolveram sistemas de justiça e propriedade que buscam o bem-estar sociedade como um todo.

Chegando à América Latina, o Supremo Tribunal Federal do Brasil comumente tem invocado a dignidade humana em uma vasta gama de situações, incluindo o direito contra a discriminação⁸, a proibição de tortura e do tratamento degradante e cruel, o direito de não ser algemado de forma injustificada a falta de proteção constitucional para o discurso antissemita, dentre outras.

Em processos cuja matéria mostrava-se bastante controversa, em razão da repercussão do tema em discussão, a Corte Suprema do Brasil vem interpretando o conceito de dignidade humana de maneira extensiva, que sem sombra de dúvidas, a superação de um ciclo de atraso institucional e o começo de uma nova era em que a diferença, em sua sutileza, começaria a ser respeitada como digna de tutela.

Diz-se isso porque a Constituição de 1988 é o símbolo de uma história de sucesso para o Brasil, pois representou a transição de um Estado autoritarista, intolerante e quase sempre violento, para um Estado democrático de direito, inaugurando o que Luis Roberto Barroso chamou de “maturidade constitucional brasileira”. (BARROSO, 2013).

A superação desse formalismo jurídico como expressão primeira da mudança na interpretação constitucional se deu também de duas formas. A primeira, porque se reconheceu que o Direito não é a expressão de uma justiça imanente, mas sim de interesses que se tornam dominantes em um certo momento e em um certo lugar.

A segunda, que ao nosso ver engloba o sentido real da dignidade humana na Constituição brasileira, porque em uma grande quantidade de casos a solução para o problema jurídico a ser enfrentado não encontra-se pré- pronta no ordenamento jurídico, devendo ser construída argumentativamente pelo intérprete, dando recursos e elementos externos ao sistema normativo, fazendo como que ele, o intérprete, tenha que legitimar suas decisões, nas palavras de Barroso, em valores morais e em fins políticos legítimos (DE SÁ NETO, 2012, p. 68).

⁷ Sobre essa referência ver The journal of Philosophy, Science & Law, n. 8, p. 1, 2009, disponível para leitura apenas em língua inglesa, da qual fizemos uma tradução livre para a menção feita nesse trabalho. Disponível em: <<http://www.constitutionalcourt.org.za/site/home.htm>>

⁸ Supremo Tribunal Federal [STF], [Última instância em matérias constitucionais], HC [Habeas Corpus] nº79812/SP, 2001, RTJ 176/805.

A segunda mudança que impactou na forma e no sentido pelo qual a dignidade foi incorporada em nosso ordenamento foi o advento de uma cultura jurídica pós-positivista. De fato, se como dito anteriormente, a solução para inúmeros problemas poderá não ser encontrada diretamente na legislação, faz-se imperioso procura-la em outros lugares, superando-se definitivamente a separação positivista entre o direito e moral de outros domínios do conhecimento.

Nesse sentido Luís Roberto Barroso (2013) afirma que a resposta que a norma não fornece será obtida a partir da aproximação da filosofia moral, que buscaria a justiça e outros valores, da filosofia política, que buscaria a legitimidade democrática e a realização de fins públicos tendentes a promover o bem comum, e também das ciências sociais aplicadas, a exemplo da economia, psicologia e sociologia. O pós-positivismo, nesse sentido, não retira a importância da lei, todavia, por prever que o Direito não cabe integralmente dentro da norma jurídica, reconhece que a justiça pode estar além dela.

A terceira mudança tem ligação com a ascensão do direito público e com a centralidade da Constituição. Ao longo do século XX assistimos à publicização do Direito, com a proliferação de normas de ordem pública, resultando na centralização da Constituição, fazendo com que toda e qualquer interpretação tenha de ser feita sob à luz de seus valores, normas e princípios, de forma que toda interpretação jurídica seja, direta ou indiretamente, uma interpretação constitucional.

Tendo como pano de fundo essas mudanças, os princípios ganham suprema importância no ordenamento constitucional centralizado e, sendo a dignidade um princípio de status constitucional ela funciona tanto como justificção moral quanto como fundamento normativo para os direitos fundamentais, estando aqui a resposta para o posicionamento da diversidade sexual como decorrência da dignidade humana e conseqüentemente como um direito humano e fundamental (SOUILLJEE, 2017).

Na República Argentina, a dignidade da pessoa humana não vem expressa no texto da Constituição de 1994. Ocorre que, inobstante essa ausência, colhe-se do texto constitucional argentino e da construção pretoriana da Suprema Corte de Justiça que o modelo constitucional adotado por esse país apresenta duas dimensões. A primeira congrega o sistema de direitos fundamentais e humanos, subjetivos e coletivos, configurando a dimensão substancial da validade das normas. A segunda exhibe o sistema de garantias que tem por objeto fazer efetivo o sistema de direitos.

Nesse sentido, no modelo argentino a supremacia constitucional se manifesta mediante a regra de reconhecimento constitucional que conjuga uma inter-relação constante entre a Constituição (como fonte interna) e os instrumentos internacionais sobre direitos humanos com hierarquia constitucional (como fonte externa), que desde sua força normativa invade e interpreta a todos os direitos inferiores. E assim diz:

Artigo 75, inciso XXII assim establece, sobre a hierarquia dos tratados internacionais sobre direitos humanos: La Declaracion Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaracion Universal de Derechos Humanos; la Convencion Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Economicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Politicos y su Protocolo Facultativo; la Convencion sobre la Prevencion y la Sancion del Delito de Genocidio; la Convencion Internacional sobre la Eliminacion de todas las Formas de Discriminacion Racial; la Convencion sobre la Eliminacion de todas las Formas de Discriminacion contra la Mujer; la Convencion contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convencion sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan articulo alguno de la primera parte de esta Constitucion y deben entenderse complementarios de los derechos y garantias por ella reconocidos. Solo podran ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobacion de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Camara. Los demas tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requeriran del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Camara para gozar de la jerarquía constitucional.

Destarte, o Constituinte originário argentino estabeleceu de forma expressa o posicionamento legal dos tratados que versem sobre direitos humanos, inclusive arrolando em seu artigo 75, XXII todos acordos internacionais que naquela República equivalerão às normas constitucionais proclamadas em 1994 (PIOVESAN, 2007).

Não é difícil deduzirmos que, se a dignidade humana em que pese ausente do texto constitucional de forma expressa, integra o rol de princípios fundamentais expressos da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (SOUILLJEE, 2017), da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DE SÁ NETO, 2012), da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica)²²¹, do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador) e do Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos, todos eles alçados à categoria de norma constitucional (art. 75, XXII), integra o ordenamento constitucional argentino, irradiando efeitos em todas as perspectivas individuais e coletivas, fundamentando moral e juridicamente o posicionamento jurisdicional da República Argentina (DE SÁ NETO, 2012),

Com base nesse passeio que fizemos sobre a positivação da dignidade humana como valor basilar nas constituições modernas, forçoso é concluir que a diversidade sexual, deve ser tida como um direito fundamental baseado no corolário da dignidade do homem, esteja ou não expressamente positivada, em razão dos reflexos decorrentes da adoção desse princípio como norteador do Direito Constitucional moderno.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Um dos mais importantes instrumentos dentro das formas de combate às violações de direitos humanos, já que educa na tolerância, na valorização da dignidade e nos princípios democráticos, e de igual importância para toda a áreas é conhecer os elementos que fundam os Direitos Humanos em sua totalidade. Tais componentes, permite a afirmação desses direitos e prepara homens e mulheres conscientes de seu papel social na luta contra as desigualdades e injustiças.

A afirmação de uma cultura dos direitos humanos que penetre todas as práticas sociais e seja capaz de favorecer processos de democratização, de articular a afirmação dos direitos fundamentais de cada pessoa e grupo sociocultural, de modo especial os direitos sociais e econômicos, com o reconhecimento dos direitos à diferença. A igualdade que se pretende construir assume a promoção dos direitos básicos de todas as pessoas. No entanto, esses todos não são padronizados, não são os “mesmos”. Têm de ter as suas diferenças reconhecidas como elemento de construção da igualdade.

Assim sendo, o mesmo Estado que se debruça com direitos fundamentais e prima pela dignidade humana, não deverá ser o primeiro a recusar tais direitos. Uma vez fundados e com previsão em preceito objetivo, refere-se a obrigação de cumpri-la. No labor de resguardar os direitos comuns a todos, o atendimento dos princípios gerais dos direitos humanos, no que diz respeito, ao bem comum das nações deve ser questão da cláusula geral de tutela da dignidade da pessoa humana, e esta recebe acolhimento da doutrina pátria, transnacional e conforme já afirmado, internacional.

Compreendeu-se que a obrigação *erga omnes* como proteção, é obrigação de todo Estado em sua relação com a comunidade internacional, sendo que cada um tem, internamente, o interesse jurídico de proteger os direitos humanos de seus cidadãos, uma faceta da exteriorização do poder soberano do Estado, instituído pelo povo.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, V. R. P. de. **Cidadania: do direito aos direitos humanos**. São Paulo: Acadêmica, 2003.

ARENDT, H. **As origens do Totalitarismo**. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

ARGENTINA. Constituição (1994). **Constituição da República Argentina**. Buenos Aires (DF): Congresso Nacional, 1994.

BARROSO, L. R. "**Aqui, lá e em todo lugar**": a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. Separata da Revista dos Tribunais, São Paulo, v.101, n.919, p.135, maio 2012.

_____. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional brasileiro**. A construção de um Conceito Jurídico à luz da jurisprudência mundial. 1ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BINDER, G. **Cultural relativism and cultural imperialism in human rights law**. Buffalo Human Rights Law Review, vol. 5, p. 211-221, 1999.

BOBBIO, N. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BURGORGUE-LARSEN, L. De la internacionalización del diálogo entre los jueces. In: ANTONIAZZI, Mariela Morales; BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia (coord.). **Estudos avançados de direitos humanos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

CHRISTOPHER, Mc. C. **Dignity and judicial interpretation of human rights**. European Journal of International Law, n. 19, 2008.

CRUZ, P. M. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade**. Itajaí: UNIVALI, 2012.

DE SÁ NETO, C. E. **O sistema Interamericano de Direitos Humanos e a proteção dos direitos sociais e econômicos na América Latina**. Juris rationis (UnP), v. 5, p. 11-22, 2012.

DOUZINAS, C. **O paradoxo dos direitos humanos**. Tradução de Caius Brandão. In: Pensar os Direitos Humanos: desafios à educação nas sociedades democráticas. Anuário do Núcleo Interdisciplinar de Estudos e Pesquisa em Direitos Humanos - UFG. Vol.1. n. 1, 2011.

FERRAJOLI, L. **Soberania no mundo moderno**: nascimento e crise do Estado nacional. Tradução de Cario Coccioli, Márcio Lauría Filho. Revisão: Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes. Título original: *La sovranità nel mondo moderno*. 2002.

FIGUEIREDO, M. The universal natural of human rights: the Brazilian stance within Latin America's human rights scenario. In: ARNOLD, Rainer. **The universalism of human rights**. Springer, 2013.

FLORES, J. H. **Prólogo al libro de Boaventura de Sousa Santos**. Foro Social Mundial. Manual de uso. Barcelona: Icaria, 2005.

GRUBBA, L. S. **Os direitos humanos como produtos culturais**: culturalismo ocidental. In: Revista Arquivo Jurídico. 2015. Disponível em: <http://www.ojs.ufpi.br/index.php/raj/article/view/4670>.

JACKSON, V. C. **Constitutional engagement in a transnational Era**. New York: Oxford University Press, 2010.

LAFER, C. **A reconstrução dos direitos humanos**: a contribuição de Hannah Arendt. Estud. av., São Paulo, v. 11, n. 30, 1997, p. 134.

LANDER, Edgardo. **Ciências sociais**: saberes coloniais e eurocêntricos. In: *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas*. Edgardo Lander (org). Colección Sur, CLACSO, Buenos Aires, 2005.

MARTIN, R. Are human rights universal. In: **Human rights**: the hard questions. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, p. 59-75.

MAZZUOLI, V. de O. **Teoria geral do controle de convencionalidade brasileiro**. Revista de Informação Legislativa, v. 46, n. 181, p. 113-133, jan.-mar. 2009.

OROÁ, J. O; ISA, F. G. **La declaración universal de los derechos humanos- un breve comentario en su 50 aniversario**. Universidad de Deusto, Bilbao: Forum Deusto, Instituto de Derechos Humanos, 1997.

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

ROBERT, Jacques. The principle of human dignity. The principle of respect for human dignity: Seminar proceedings. Councel of Europe. 1999.

SEN, A. **As pessoas em primeiro lugar**: a ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado. Amartya Sen e Bernardo Kliksberg: Tradução Bernardo Ajzenberg, Carlos Eduardo Lins da Silva. São Paulo. Companhia das letras, 2010.

SILVA, A. L. O. da. **Os direitos humanos como exigências e reivindicações mútuas**. Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica, Vol. 19 - n. 3 - set-dez 2014.

SOUILLJEE, L. G. **Direitos Humanos e Transnacionalidade: um debate sobre as pretensões jurídicas globalizadas**. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.3, 3º quadrimestre de 2017.

STAFFEN, M. R. **Interfaces do direito global**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

TEUBNER, G. **Transnational fundamental rights**: horizontal effect? Rechtsfilosofie & Rechtstheorie, vol. 3, nº 40, p. 191-215, 2011.