

II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I

RIVA SOBRADO DE FREITAS

EDINILSON DONISETE MACHADO

LUCAS GONÇALVES DA SILVA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais 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 Naspolini - 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 - UNIVEM - São Paulo

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 (UFSC - 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

Direitos e garantias fundamentais I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Edinilson Donisete Machado; Lucas Gonçalves da Silva; Riva Sobrado De Freitas – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-145-6

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

Tema: Direito, pandemia e transformação digital: novos tempos, novos desafios?

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Garantias fundamentais. 3. Isonomia. II Encontro Virtual do CONPEDI (2: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I

Apresentação

O II Encontro Virtual do CONPEDI sob o tema “Direito, Pandemia Transformação Digital: Novos Tempos, Novos Desafios”, promoveu a segunda edição dentro das inovações criadas pela diretoria, para realização por meio digitais com a divisão dos já tradicionais Anais do Evento com seus Grupos de Trabalho.

No presente GT encontram-se as pesquisas desenvolvidas em vários Programas de Mestrado e Doutorado do Brasil, com artigos selecionados por meio de avaliação por pares, objetivando a melhor qualidade e a imparcialidade na divulgação do conhecimento e formação do estado da arte na área dos Direitos e Garantias Fundamentais.

Valorosas contribuições teóricas e relevantes inserções na realidade brasileira emanam da reflexão trazida pelos professores, mestres, doutores e acadêmicos de todo o Brasil. Os artigos mostram um pouco da temática, “Direito, Pandemia Transformação Digital: Novos Tempos, Novos Desafios”.

Temas sensíveis, foram apresentados, por meio de 21 artigos, resultado de pesquisas e abordagens relevantes ao conhecimento científico, saber: o princípio da dignidade da pessoa humana como força motriz do ordenamento jurídico brasileiro ;a dignidade da pessoa e a necessidade da proteção das minorias; a relativização do direito fundamental à vida e o aborto sentimental: as influências dos setores sociais diante do conflito de direitos fundamentais; cyberbullying: o conceito e a família no processo de prevenção; a proteção de dados pessoais no processo judicial eletrônico como garantia fundamental à privacidade; a liberdade de expressão e o discurso de ódio no brasil; a disciplina legal do direito à privacidade no atual contexto do meio ambiente digital; os direitos da personalidade em colisão com a liberdade de expressão e de imprensa: estudo de caso de remoção de reportagens em prol da honra de ministro do STF; a aplicação do regulamento 2016/679/CE no âmbito da união europeia e Portugal: breve análise sobre o direito a ser esquecido em tempos virtuais; a medida provisória de acesso de dados em tempos de pandemia: o big brother brasileiro; transformação digital e o acesso a internet como direito fundamental; garantia de acesso à informação em casos de tragédias ambientais; capacitismo e reconhecimento em tempos de pandemia: uma análise do biopoder em face dos direitos fundamentais; análise criminal e a reincidência criminal: reflexões para a diminuição da criminalidade; esporte como forma de minimização à violência e a pandemia do covid 19;

direitos fundamentais e a nova lei de abuso de autoridade no âmbito dos policiais militares; direitos fundamentais, teoria e prática: uma análise a partir da forma política estatal do capitalismo; índice de desenvolvimento humano (idh): análise dos direitos fundamentais na seara tributária; a análise econômica do direito aplicada à tributação como forma de concretização dos direitos fundamentais; ativismo judicial e o requisito da incapacidade financeira: análise do tema repetitivo 106 do superior tribunal de justiça; a efetivação do direito fundamental à saúde por meio de decisões do poder judiciário no estado contemporâneo.

Assim como foi seguramente um momento ímpar a Coordenação do GT, organizando a apresentação dos trabalhos, acreditamos que tem valor científico positivo, ao leitor ou leitora, a experiência de aprofundar o pensamento daqueles que souberam cativar o solitário momento da leitura e da meditação, para colocar à prova as várias teses defendidas naqueles dias do CONPEDI VIRTUAL de 2020.

Divulgar a produção científica colaborativa socializa o conhecimento e oferece à sociedade nacional e internacional o estado da arte do pensamento jurídico contemporâneo aferido nos vários centros de excelência que contribuíram no desenvolvimento pessoal e profissional dos autores e autoras do presente GT.

Por fim, nossos agradecimentos ao CONPEDI pela honra a que fomos laureados ao coordenar o GT e agora, pela redação do Prefácio, que possui a marca indelével do esmero, da dedicação e o enfrentamento a todas as dificuldades que demandam uma publicação de qualidade como a presente.

Florianópolis, dezembro de 2020

Organizadores:

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva

Prof. Dra. Riva Sobrado de Freitas

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Direitos e Garantias Fundamentais I apresentados no II Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (<https://www.indexlaw.org/>),

conforme previsto no item 7.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO FORÇA MOTRIZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

THE PRINCIPLE OF HUMAN DIGNITY AS A DRIVING FORCE OF THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM

Marcelo De Oliveira Busato ¹
Anna Claudia Svoboda

Resumo

este trabalho busca analisar o princípio da dignidade humana como peça chave ou “força motriz” do ordenamento jurídico mundial e brasileiro após a Segunda Grande Guerra Mundial e a Revolução Industrial. Nesta perspectiva Pós-Modernista, o princípio pro homine assume papel central e fundamental como valor supremo da democracia, fundamento da República e do Estado Democrático de Direito, servindo como fonte dos direitos fundamentais não explícitos nas constituições nacionais, e vetor de interpretação do ordenamento jurídico servindo também para o preenchimento de lacunas.

Palavras-chave: Princípio da dignidade da pessoa humana, Revolução industrial, Pós-modernidade, Direitos e garantias fundamentais, Cláusula pétrea

Abstract/Resumen/Résumé

this paper seeks to analyze the principle of human dignity as a key or “driving force” of the Brazilian and global legal system after the Second World War and the Industrial Revolution. In this Post-Modernist perspective, the pro homine principle assumes a central and fundamental role as the supreme value of democracy, the foundation of the Republic and the Democratic State of Law serving as a source of fundamental rights not explicit in national constitutions, and a vector for the interpretation of the legal system and also serving to fill in the gaps.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Principle of human dignity, Industrial revolution, Post-modernity, Fundamental rights and guarantees, Indelible clause

¹ Advogado, mestrando em Direito Empresarial e Cidadania UNICURITIBA. Pós-graduação lato sensu em Gestão em Direito Empresarial pela FAE Business, Curitiba (2003).

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho busca analisar o princípio da dignidade humana como peça chave ou “força motriz” do ordenamento jurídico mundial e brasileiro após a Segunda Grande Guerra Mundial e a Revolução Industrial. Nesta perspectiva Pós-Modernista, o princípio *pro homine* assume papel central e fundamental como valor supremo da democracia, fundamento da República e do Estado Democrático de Direito, servindo como fonte dos direitos fundamentais não explícitos nas constituições nacionais, e vetor de interpretação do ordenamento jurídico servindo também para o preenchimento de lacunas.

A presente pesquisa utiliza-se do método hipotético-indutivo, mediante a revisão de doutrina e tratados internacionais, por meio de leitura de obras, artigos científicos, a legislação constitucional e tratados internacionais.

Em face da proibição de retrocesso prevista no art. 60, §4º da CF, os direitos e garantias fundamentais são cláusulas pétreas não podendo ser suprimidos ou restringidos, de forma que o princípio da dignidade da pessoa humana constitui direito imutável ou cláusula pétrea de todo o ordenamento jurídico. Neste contexto, fez-se necessário superar os modelos clássicos, positivista e piramidal, estrutural e hierarquizado, para um novo modelo centrado na dignidade da pessoa humana, mais universal e global, superando barreiras geopolíticas, e critérios normativos positivistas.

A presente pesquisa abrange o estudo de um assunto de extrema importância e atualidade no cenário nacional e mundial, ressaltando-se a presença constante do princípio da dignidade da pessoa humana nos tratados internacionais e no seio da Organização das Nações Unidas como vetor para influenciar paulatinamente os Direitos nacionais.

A ideia central do presente artigo cinge-se no princípio da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais na perspectiva do pós-modernismo, com as características fundamentais (a) de valor supremo da democracia; (b) de fundamento da República; e (c) do Estado Democrático de Direito.

Com efeito, o princípio da dignidade humana, muito além de possuir força normativa sobre os casos concretos, também cumpre a função de servir de fonte dos direitos fundamentais não explícitos nas constituições nacionais, e vetor de interpretação do ordenamento jurídico, servindo também para o preenchimento de lacunas e indicando o resultado jurídico nos casos difíceis ou complexos.

Cabe lembrar também que, em face da proibição de retrocesso prevista no art. 60, §4.,º da Constituição da República, os direitos e garantias fundamentais são cláusulas pétreas, não

podendo sem suprimidos ou restringidos, de forma que o princípio da dignidade da pessoa humana constitui direito imutável ou cláusula pétrea de todo o ordenamento jurídico.

Nesta sociedade pós-moderna e pós-industrial, os direitos humanos passaram a ser, além de direitos fundamentais, uma verdadeira “espinha dorsal” ou “ponto cardeal” do sistema jurídico.

De fato, com a complexidade e as especificidades do mundo atual em uma sociedade pós-moderna, plurívoca e multicultural, as Convenções Internacionais dos Direitos Humanos, a adoção dos princípios *pro homine* (proteção dos direitos fundamentais da dignidade da pessoa humana) tornam-se imprescindíveis como critérios para a solução dos conflitos hodiernamente.

Neste contexto, fez-se necessário superar os modelos clássicos, positivista e piramidal, estrutural e hierarquizado, para um novo modelo centrado na dignidade da pessoa humana, mais universal e global, superando barreiras geopolíticas e critérios normativos positivistas.

A organização do sistema jurídico em forma de rede, de forma multidimensional, propicia e estimula a adoção de métodos negociados, judiciais e extrajudiciais, restringindo o acesso aos temas de maior relevância, como, por exemplo o sistema da repercussão geral e o prestígio dos acordos pela mediação e arbitragem dos conflitos.

2 CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA

A partir do início da Revolução Industrial e, após o fim da Segunda Grande Guerra Mundial, devido ao avanço do Direito Internacional, a realização dos blocos regionais e internacionais, e a pluralidade de fontes normativas, a sociedade civil, que, outrora, era estratificada, tornou-se paulatinamente mais complexa, em uma conjuntura em que os Estados nacionais soberanos deixaram de ser o centro normativo legítimo, ao admitirem uma maior descentralização política com foco nos Estados Democráticos de Direito, em um ambiente de maior policentria e pluralismo científico.

Nesta perspectiva, a partir do início do XXI, devido ao declínio do marxismo, em uma era pós-Kelsen e pós-Freud, descortinou-se a pós-modernidade a partir da soma de inúmeros estilos artísticos de diversos matizes, advindo a descrença no poder absoluto da razão e, por consequência, no desprestígio do Estado.

No Brasil contemporâneo, pós Constituição de 1988, o processo do constitucionalismo experimentou um momento de vertiginosa ascensão e produção científica e política, endossando os ventos de um vigoroso constitucionalismo do Direito.

No plano internacional, após a Queda do Muro de Berlim e a dissolução da URSS (União das Repúblicas Socialistas Soviéticas), adveio o processo de *globalização*, na qual percebe-se a decadência dos regimes totalitários e/ou ditatoriais, nos quais o conceito tradicional de soberania é repaginado, sendo certo que os Estados cederam à formação de grandes blocos políticos e econômicos mediante a grande circulação de pessoas, produtos ou mercadorias, e capitais, a exemplo da União Europeia, MERSOSUL e NAFTA.

No mundo, em todos os Estados, tanto no campo econômico, como social e tecnológico, verifica-se um vertiginoso avanço da Ciência e Tecnologia, especialmente na área da genética, da informática, e na rede mundial de computadores devido ao surgimento da *worldwide web*.

Corolário disto, observa-se, também, na seara das instituições políticas, a decadência ou desconstrução do Estado, tido como “tradicional”, gradualmente mais limitado nas funções precípuas de agente de progresso e justiça social, surgindo, em contrapartida, como antídoto, na maioria dos Estados, o chamado “Estado Democrático de Direito”. O antes “Estado absoluto e soberano”, muitas vezes tirano, passa a ser o Estado guiado, a princípio, por princípios e valores democráticos.

Nesta seara, verifica-se que no *Direito* os valores da liberdade e igualdade individual e seus limites, como no Estado Liberal, perdem seu prestígio; de outro lado, constata-se também que os mecanismos de intervenção estatal e seus limites, como no *Welfare State* nos Estados Unidos da América, também perdem espaço.

No Direito Público, Luís Roberto Barroso (2003), assevera que a nova onda é a “governabilidade”, bem como o emprego de mecanismos de “desconstitucionalização”, “delegificação” e “desregulamentação”.

No âmbito da legislação do Direito Privado, o Código Civil perde sua referência principal, superado por múltiplos microssistemas de legislações derivadas; e, nas relações comerciais, revive-se a legislação da *lex mercatória*.

A partir da mencionada referida análise, é possível constatar que os modelos de Estado passam, ao longo do século XX, por três fases distintas: a pré-modernidade (ou Estado Liberal); a modernidade (ou Estado Social); e a pós-modernidade (ou estado Neoliberal). No o Brasil, porém, alcança-se a Pós-Modernidade sem a apresentação de características liberais e modernas.

A crença iluminista no poder quase-absoluto da razão tem sido intensamente revisitada e sofreu dois grandes abalos. O primeiro foi provocado por Marx, no século XX, quando aduziu que a razão não é fruto do exercício de liberdade de ser, pensar e criar, mas prisioneira da ideologia; em seguida, o segundo abalo surgiu com Freud, que identificou três momentos nos quais o homem teria sofrido duros golpes na percepção de si mesmo e do mundo à sua volta: a revelação de Copérnico, de Darwin e do próprio Freud.

Tais reflexões incidem diretamente sobre os conceitos de neutralidade – distanciamento absoluto da questão a ser apreciada por meio de um operador isento - e objetividade (existência de princípios, regras e conceitos de validade geral, independentemente do ponto de observação e da vontade do observador).

Nesta linha de raciocínio, o constitucionalismo chega vitorioso no início do milênio, consagrado pelas revoluções liberais, após disputas com inúmeras propostas alternativas de construção de uma sociedade justa e de um Estado Democrático.

Luís Roberto Barroso (2003, p. 30) assevera que a razão do sucesso do constitucionalismo está em ter oferecido, ao menos imaginariamente, (i) *legitimidade* – soberania popular na formulação da vontade nacional, (ii) *limitação de poder* – repartição de competências, processos adequados de tomada de decisão, respeito aos direitos individuais, (iii) *valores* incorporados à Constituição material das conquistas sociais, políticas e éticas acumuladas no patrimônio da humanidade.

Em geral, pode-se deduzir que a pós-modernidade, na concepção apreendida pelo pensamento neoliberal, é descrente do constitucionalismo em geral, e o considera um entrave ao desmonte do Estado Social (BARROSO, 2003, p. 31).

3 OS PRINCIPAIS PRECEDENTES HISTÓRICOS DOS DIREITOS HUMANOS

Conforme lembra Flávia Piovesan (2018, p. 188), os principais precedentes históricos da moderna sistemática de proteção internacional dos direitos humanos e do princípio da dignidade da pessoa humana são os seguintes: (i) o Direito Humanitário; (ii) a Liga das Nações; e (iii) a Organização Internacional do Trabalho.

O Direito Humanitário é o conjunto de direitos humanos da lei da guerra (*the human rights componente of the law of war*), sendo aplicado na hipótese de guerra com o objetivo de fixar limites à atuação do Estado e assegurar a observância de direitos fundamentais.

Como se sabe, o Direito Humanitário foi a primeira expressão de que, no plano internacional, há limites à liberdade e à autonomia dos Estados, ainda que na hipótese de conflito armado.

Por seu turno, a Liga das Nações, instituída após a Primeira Guerra Mundial, veio a reforçar essa concepção ao apontar para a necessidade de relativizar a soberania dos Estados, tendo como finalidade promover a cooperação, a paz, e a segurança internacional, condenando as agressões externas contra a integridade territorial e a independência política de seus membros.

Além do Direito Humanitário e da Liga das Nações, a Organização Internacional do Trabalho – cuja finalidade é promover padrões internacionais de condições de trabalho e bem-estar --, também instituída após a Primeira Guerra Mundial, constitui da mesma forma um precedente histórico da moderna sistemática de proteção dos direitos humanos.

A partir dos supracitados precedentes de direitos humanos, começa a consolidar-se a capacidade processual internacional dos indivíduos, bem como a concepção de que os direitos humanos não mais se limitam à exclusiva jurisdição doméstica, mas constituem matéria de legítimo interesse internacional.

Conforme exposto no capítulo acima, após a Revolução Industrial e o Pós-Guerra, em resposta às atrocidades e aos horrores cometidos pelo nazismo, o Direito Internacional passou a adotar a terminologia de Hannah Arendt: o ser humano passa a ter “o direito a ter direitos”, ou seja, o direito a ser sujeito de direitos.

O processo de internacionalização dos direitos humanos passou, por conseguinte, a ser uma importante resposta na busca da reconstrução de um novo paradigma, diante do repúdio internacional às atrocidades cometidas no holocausto.

Nesse contexto, após o Acordo de Londres, de 1945, o Tribunal de Nuremberg, em 1945/46, significou um poderoso impulso ao movimento de internacionalização dos direitos humanos, aplicando fundamentalmente o costume internacional para a condenação criminal de indivíduos envolvidos na prática de crimes contra a paz e contra a humanidade.

Torna-se importante mencionar que o costume internacional tem eficácia *erga omnes*, aplicando-se a todos os Estados, diversamente dos tratados internacionais, que só se aplicam aos Estados que os tenham ratificado.

Em 1945, após a Segunda Guerra Mundial, mediante a vitória dos aliados, introduziu-se uma nova ordem no Direito Internacional, simbolizada pela Carta das Nações Unidas e pelas suas Organizações, cujas preocupações incluem a manutenção da paz e da segurança internacional, o desenvolvimento de relações amistosas entre os Estados, a cooperação

internacional no campo econômico, social, cultural, da saúde, do meio ambiente, e a proteção internacional dos direitos humanos.

E, para a consecução desses objetivos, as Nações Unidas organizaram-se em diversos órgãos. Os principais são a Assembleia geral, o Conselho de Segurança, a Corte Internacional de Justiça, o Conselho Econômico e Social, o Conselho de Tutela e o Secretariado.

A Carta das Nações Unidas de 1945 consolida, assim, o movimento de internacionalização dos direitos humanos, a partir do consenso de Estados que elevam a promoção desses direitos a propósito e finalidade das Nações Unidas.

Três anos após o advento da Carta das Nações Unidas, a Declaração Universal dos Direitos Humanos ou *International Bill of Human Rights*, de 1948, veio a definir com precisão o elenco dos “direitos humanos e liberdades fundamentais” (ONU, 1948).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos consolida a afirmação de uma ética *universal* ao consagrar um consenso sobre valores e direitos humanos (princípio *pro homine*) de cunho universal a serem seguidos pelos Estados, tendo como objetivo delinear uma ordem pública mundial fundada no respeito à dignidade da pessoa humana (ONU, 1948).

A propósito da referida ideia desta *ética universal* de direitos humanos, a Carta das Nações Unidas consagra em seu preâmbulo os valores retratados no seguinte texto:

“Nós, os povos das nações unidas, resolvidos a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que por vezes, no espaço de nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direito dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas, e a estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes dos tratados e de outras fontes do direito internacional possam ser mantidos, e a promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade ampla.” (Preâmbulo da Carta das Nações Unidas de 1945)

Além de consagrar a universalidade de direitos humanos, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 introduziu a *indivisibilidade* desses direitos humanos ao conjugar o catálogo dos direitos civis e políticos com os direitos econômicos, sociais e culturais (PIOVESAN, 2018 p. 204/205).

Flávia Piovesan assevera que a Declaração, por si só, embora tenha força normativa, não é um tratado. Ela foi adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1945 sob a forma de resolução, que, por sua vez, não apresenta força de lei, cujo propósito é promover o

reconhecimento universal dos direitos humanos e das liberdades fundamentais a que faz menção a Carta da ONU (2018, p. 208).

Apesar disso, a Declaração Universal de 1948 apresenta força jurídica obrigatória e vinculante, na medida em que constitui a interpretação autorizada da expressão “direitos humanos” constante nos arts. 1º. e 55, da Carta das Nações Unidas (PIOVESAN, 2018, p. 210).

A concepção universal dos direitos humanos sofreu e sofre fortes resistências dos adeptos do movimento do relativismo cultural, ao sustentar que as regras sobre a moral variam de lugar para lugar conforme o contexto cultural que se apresenta.

Nesse debate, para a professora Flávia Piovesan, destaca-se a visão de Boaventura de Souza Santos, em defesa de uma concepção multicultural de direitos humanos, inspirada no diálogo entre as culturas que compõem um multiculturalismo emancipatório (2018, p. 214).

Dessarte, com tais valores e princípios, acredita-se na abertura do diálogo entre as culturas, com respeito à diversidade e com base no reconhecimento do outro, em ser pleno de dignidade e de direitos, inspirada no “mínimo ético irreduzível” do princípio *pro homine* (PIOVESAN, 2018, p. 214).

Esse universalismo de confluência, fomentado pelo ativo protagonismo da sociedade civil internacional assegurará a legitimidade do processo de construção de parâmetros internacionais mínimos voltados à proteção dos direitos humanos.

4 A CENTRALIDADE DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Após o cristianismo, valorizou-se os princípios cristãos de que o homem foi criado à imagem e semelhança de Deus, dotado de razão e capacidade de autodeterminação e livre-arbítrio, sem prejuízo de Santo Agostinho e São Tomaz de Aquino ao racionalizarem os dogmas religiosos por meio da razão, aduzindo a ideia de que o Estado soberano não poderia constranger a liberdade individual dos homens.

Posteriormente, Emmanuel Kant defende a ideia de que os integrantes do mundo eram as pessoas e as coisas, sendo certo que as pessoas não podem ser utilizadas como meio para o exercício da vontade alheia.

Na perspectiva jurídica, a dignidade da pessoa humana foi positivada no período da reconstrução europeia após a Segunda Grande Guerra, cujo primeiro veículo formal foi o preâmbulo da Carta das Nações Unidas, em 1945. E, no âmbito regional da Organização dos Estados Americanos, com a Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969.

A Constituição da República de 1988 também elegeu a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, inciso III), além de reafirmar em outros dispositivos a sua observância das relações familiares (art. 226, §7º), na proteção das crianças e dos adolescentes (art. 227), bem como na proteção do direito dos idosos (art. 230).

A dignidade da pessoa humana também foi adotada de forma implícita em diversas outras passagens da Carta, por exemplo, ao indicar como um de seus objetivos a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade ou quaisquer formas de discriminação, cujos elementos compõem o núcleo do conceito para garantir os meios básicos para uma vida livre, consciente e feliz, bem como em diversos outros artigos.

A intangibilidade do direito à vida e seu conteúdo identifica-se com os valores descritos no *caput* do art. 5º. da Constituição da República de 1988, prestigiando novamente a dignidade da pessoa humana.

A dignidade humana, além de possuir força normativa aos casos concretos, também cumpre as funções de servir de fonte dos direitos fundamentais não explícitos nas constituições nacionais, e vetor de interpretação do ordenamento jurídico, servindo também para o preenchimento de lacunas, indicando o resultado jurídico nos casos difíceis.

Em face da proibição de retrocesso prevista no art. 60, §4º da Constituição da República, os direitos e garantias fundamentais são cláusulas pétreas, não podendo ser suprimidos ou restringidos.

Os diplomas internacionais de direitos humanos trouxeram os direitos de proteção da pessoa humana (dignidade da pessoa humana) e passam a ter um “contexto global”, universal, dissolvendo barreiras geopolíticas, acenando para a construção de um sistema jurídico universal, cujo o mote é a dignidade da pessoa humana.

Como lembra o professor André Araújo Molina, a atuação propositiva da dignidade da pessoa humana e do princípio da boa-fé impõem a ambas as partes nos contratos e obrigações, bem como às partes da relação trabalhista, os deveres de atuação pautados pelos deveres de proteção e lealdade, informação e sigilo, esclarecimento e colaboração, obrigando as partes a respeitarem a boa-fé objetiva, em suas variadas especificidades, inclusive limitando direitos subjetivos, como, por exemplo o *exceptio doli*, *venire contra factum proprium*, *supressio*, deslealdade da constituição de direitos (*tu quoque*), entre outros direitos e deveres de conduta (2017).

Com o advento da Segunda Grande Guerra, pós Revolução Industrial, a sociedade que outrora era estratificada, tornou-se mais complexa; o avanço do Direito Internacional, a criação

dos blocos regionais e internacionais e a pluralidade de fontes normativas excluiu o Estado nacional soberano da centralização normativa legítima ao admitir uma maior policentria e pluralismo científicos.

A consequência desta nova dinâmica levou a uma maior maleabilidade e diversidade de diversas legislações, exigindo um novo método de interpretação, reinterpretando-se os princípios típicos trabalhistas, mormente o princípio da proteção, na medida em que a igualdade fático-jurídica esvazia o seu conteúdo e a sua função primordial.

Este modelo pós kelseniano ou piramidal acolhe cada modalidade contratual, respeitando as diferenças entre os empregados e os empregadores, analisando as peculiaridades de diversos microssistemas, cada qual composto de realidades diferentes, substituindo a CLT de forma uniforme e inflexível por legislações especiais para cada espécie de relação jurídica de trabalho.

A Convenção 98 da Organização Internacional do Trabalho, ratificada e internalizada no Brasil no ano de 1953, ratificou esta premissa ao permitir que o Estado deve interferir cada vez menos nas relações trabalhistas, de forma a permitir que as partes negociem e regulem as próprias condições contratuais.

Impende ressaltar, neste tópico, que nas disputas ou conflitos entre questões jurídicas ou princípios jurídicos aparentemente de igual importância ou de mesmo patamar de importância, deve prevalecer o princípio da dignidade da pessoa humana ou o *princípio pro homine*; é o que se lembra as lições de André Araújo Molina, *in verbis*:

É por isso que para nós os critérios clássicos de solução de antinomias adotadas pelo mundo positivista devem ser substituídos pelo princípio pro homine, inerente ao modelo pós-moderno, pós-positivista e afinado com o pluralismo jurídico. Se a dignidade da pessoa humana é objeto e fim de todo o sistema jurídico nacional, regional, e internacional, a solução adotada no momento da aplicação deve, necessariamente, ser a que mais prestigie a pessoa humana. (2017, p. 153)

5 RAZÕES OU BASES TEÓRICAS E FILOSÓFICAS

O Direito, como invenção humana, fenômeno histórico e cultural, concebido como técnica de solução de conflitos e instrumento de pacificação social, passa a ser visto como expressão superior da razão. Neste contexto, o Direito possui as seguintes características: (i) o

caráter científico; (ii) o emprego da Lógica Forma; (iii) a pretensão de completude; (iv) a pureza científica; e (v) a racionalidade da lei e neutralidade do intérprete. Por esta ótica, o Direito produz ordem e justiça; contudo, a realidade empírica é bastante diversa.

A Teoria Crítica do Direito é o conjunto de movimentos e ideias que questionam o saber jurídico tradicional na maior parte de suas premissas: científicidade, objetividade, neutralidade, estabilidade e completude.

Uma das vertentes do pensamento crítico é a admissão de que o Direito possa não estar integralmente contido na lei, podendo existir independentemente de bênçãos estatais, da positivação e do reconhecimento da estrutura de poder.

O pensamento crítico teve expressão na produção acadêmica de diversos Estados, notadamente nas décadas de 70 e 80. No Brasil, a Teoria Crítica do Direito compartilhou os mesmos fundamentos filosóficos que inspiraram sua matriz europeia, tendo como ponto comum a denúncia do Direito como instância de poder e instrumento de dominação de classe, enfatizando o papel da ideologia na ocultação e legitimação dessas relações.

O termo “Jusnaturalismo” consiste em uma das principais correntes filosóficas que tem acompanhado o Direito ao longo dos séculos, fundado na existência de um *Direito natural* (conjunto de valores e pretensões humanas legítimas que não decorrem de uma norma jurídica emanada do Estado, i. e., independem do Direito positivo, cuja validade decorre de uma ética superior).

Fundamentalmente, o Direito natural moderno apresenta-se em duas versões: a) de uma lei estabelecida pela vontade de Deus; e b) de uma lei ditada pela razão.

Com a Reforma Protestante iniciada no século XVI, a formação dos Estados nacionais e a chegada dos europeus na América desenvolveu-se um ambiente cultural não mais submisso à teologia cristã, crescendo o ideal de conhecimento fundado na razão e na liberdade em confronto com o Absolutismo, associando-se com o Iluminismo, cuja maior realização foi o Código Civil francês – o Código de Napoleão.

O Positivismo filosófico decorreu de uma idealização do conhecimento científico na crença de que os múltiplos domínios das indagações e atividades intelectuais pudessem ser regidas por leis naturais, invariáveis, independentes da vontade e da ação humana.

As características fundamentais do Positivismo filosófico, podem ser descritas a seguir: (i) a Ciência é o único conhecimento verdadeiro; (ii) o conhecimento científico é objetivo; (iii) o método científico empregado nas Ciências Naturais baseado na experimentação deve ser estendido a todos os campos de conhecimento, inclusive nas Ciências Sociais.

Como Ciência do Direito, o Positivismo Jurídico busca, portanto, fundar-se em *juízos de fato* e não em *juízos de valor*, tendo como ponto culminante o normativismo de Hans Kelsen, cujas principais características são as seguintes: (a) a aproximação quase plena entre Direito e norma; (b) a afirmação da estatalidade do Direito – a ordem jurídica é uma e emana do Estado; (c) a completude do ordenamento jurídico, contendo instrumentos suficientes para a solução de qualquer caso; e (d) o formalismo – a validade da norma decorre do procedimento seguido para sua edição.

Sucedee, entretanto, que o Direito, ao contrário de outros domínios, não tem nem pode ter uma postura puramente descritiva da realidade, voltada para relatar o que existe, pois a sua tarefa é prescrever um *dever-ser* e fazê-lo valer nas situações concretas. Com efeito, o Direito tem a pretensão de atuar sobre a realidade, conformando-a e transformando-a; ele não é um dado, mas uma criação.

Após a superação histórica do Jusnaturalismo e o fracasso político do Positivismo, abriu-se caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e interpretação. O Pós-Positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso por meio da *Nova Hermenêutica* e a Teoria dos Direitos Fundamentais.

A partir da segunda metade do século XX, o Direito já não cabia mais no Positivismo Jurídico, de modo que o Constitucionalismo Moderno promove uma volta aos valores entre Ética e Direito, incorporando princípios, tais como: da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade, da solidariedade e da reserva da justiça.

Destarte, os princípios constitucionais passam a ser a síntese dos valores abrigados no ordenamento jurídico, servindo de guia para o intérprete, dando unidade ao sistema e condensando valores, sendo certo que a Constituição passa a ser encarada como um sistema aberto de princípios e regras, no qual as ideias de justiça e de realização de direitos fundamentais desempenham um papel central.

Na hipótese de confronto entre princípios, a *ponderação de valores ou ponderação de interesses* é a técnica pela qual se procura estabelecer o peso relativo de cada um dos princípios contrapostos, resolvendo a questão.

A perspectiva pós-positivista e principiológica do Direito influenciou decisivamente a formação de uma moderna Hermenêutica Constitucional, sendo que o novo século se inicia fundado na percepção de que o Direito é um sistema aberto de valores, cuja Constituição é um conjunto de princípios e regras destinados a realizá-los.

O princípio da razoabilidade é um mecanismo para controlar a discricionariedade administrativa; e o princípio da dignidade da pessoa humana identifica um espaço de

integridade e valores morais a serem assegurados a todas as pessoas e instituições por sua só existência no mundo, representando a superação da intolerância, da discriminação, da exclusão social, da violência, da incapacidade de aceitar o outro, o diferente, na plenitude de sua liberdade de ser, pensar, criar.

José Afonso da Silva pontifica que tais princípios são o fundamento da República, porque se constituem num valor supremo, num valor fundante da República, da Federação, do Estado, da Democracia e do Direito.

Neste prisma, o Pós-positivismo é uma superação do Legalismo por meio do reconhecimento de valores compartilhados por toda a comunidade. Considera-se que, na hipótese de colisão entre os princípios, o intérprete, à luz dos elementos do caso concreto, da proporcionalidade e da preservação do núcleo fundamental de cada princípio e dos direitos fundamentais, procede a uma *ponderação de interesses*, adotando a solução mais justa, proporcional e razoável ao caso concreto.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No mundo Pós-Moderno, Pós Revolução Industrial, especialmente após a Segunda Grande Guerra Mundial, as relações jurídicas ganham, cada vez mais, um caráter globalizado, materializado por uma crescente circulação de bens, serviços e pessoas além das fronteiras dos Estados.

À medida que essas relações jurídicas assumem um papel mais importante no contexto mundial, mais intensos são os conflitos que proporcionam, impondo, muitas vezes, mudanças não somente na legislação interna dos Estados, que devem estar preparadas para reger essas novas situações que aparecem, como também na preparação e no modo de atuação dos operadores do Direito.

Em face da globalização, no cenário sócio-político mundial, acentuou-se o fenômeno da integração, sob a forma de blocos econômicos; a integração regional é uma alternativa para superar os obstáculos e as fragilidades dos Estados decorrentes dos efeitos da globalização.

Neste contexto, o princípio *pro homine* ou princípio da dignidade da pessoa humana passa a representar o coração ou o ponto nevrálgico de todo o sistema jurídico.

Após a Segunda Guerra Mundial, em resposta às atrocidades e aos horrores cometidos pelo nazismo, o Direito Internacional passou a adotar a terminologia de Hannah Arendt: o ser humano passa a ter “o direito a ter direitos”, ou seja, o direito a ser sujeito de direitos.

Não é por acaso que os direitos humanos passam, desse modo, a ser uma importante resposta na busca da reconstrução de um novo paradigma, diante do repúdio internacional às atrocidades cometidas no holocausto.

Na era Pós-Guerra, previamente referenciada neste estudo, após o Acordo de Londres de 1945, o Tribunal de Nuremberg, em 1945-46, significou um poderoso impulso ao movimento de internacionalização dos direitos humanos, aplicando fundamentalmente o costume internacional para a condenação criminal de indivíduos envolvidos na prática de crimes contra a paz e contra a humanidade.

É neste sentido que a Declaração Universal dos Direitos Humanos consolida a afirmação de uma ética *universal* ao consagrar um consenso sobre valores de cunho universal a serem seguidos pelos Estados, tendo como objetivo delinear uma ordem pública mundial fundada no respeito à dignidade da pessoa humana.

E, além de consagrar a universalidade de direitos humanos e o princípio da dignidade da pessoa humana, a Declaração de 1948 introduz adicionalmente a *indivisibilidade* desses direitos, ao conjugar o catálogo dos direitos civis e políticos com os direitos econômicos, sociais e culturais.

A Constituição da República, de 1988, também elegeu a dignidade da pessoa humana como o fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III), além de reafirmar em outros dispositivos a sua observância das relações familiares (art. 226, §7º.), na proteção das crianças e adolescentes (art. 227), bem como na proteção do direito dos idosos (art. 230).

A dignidade da pessoa humana também foi adotada de forma implícita em diversas outras passagens da Carta Magna, por exemplo, ao indicar como um de seus objetivos a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade ou quaisquer formas de discriminação, cujos elementos compõem o núcleo do conceito para garantir os meios básicos para uma vida, livre, consciente e feliz, bem como em diversos outros artigos.

A intangibilidade do direito à vida e seu conteúdo identifica-se com os valores descritos no *caput* do art. 5º. da Constituição da República de 1988 ao prestigiar novamente a dignidade da pessoa humana.

A dignidade humana, além de possuir força normativa aos casos concretos, também cumpre as funções de servir de fonte dos direitos fundamentais não explícitos nas constituições nacionais, e vetor de interpretação do ordenamento jurídico, servindo também para o preenchimento de lacunas e indicando o resultado jurídico nos casos difíceis.

Em face da proibição de retrocesso prevista no art. 60, §4º., da Constituição, os direitos e garantias fundamentais são cláusulas pétreas, não podendo ser suprimidos ou restringidos.

Destarte, não há dúvidas de que o princípio *pro homine* ou princípio da dignidade humana constitui o “coração” ou “centro nevrálgico” de todo o sistema jurídico não só brasileiro, como internacional.

Por conseguinte, caracteriza-se por ser o direito ou garantia mais fundamental da Constituição, cuja normatividade irradia-se em todo o sistema jurídico, servindo também de vetor de interpretação e integração das demais normas jurídicas.

REFERÊNCIAS

BARROSO, LUIS ROBERTO. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-Modernidade, Teoria Crítica e Pós-Positivismo. In: **Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva**. Porto Alegre/RS: Ed. Malheiros, 2003.

BORGES, José Souto Maior Borges. Instituições de direito comunitário comparado: União Europeia e Mercosul. In: Curso de direito comunitário. São Paulo:: Ed. Saraiva, 2005.

BRANT, Leonardo Nemer Caldeira (Coord). **O Brasil e os novos desafios do Direito Internacional**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2004.

CAMPOS, João Motta de. **Direito Comunitário** – O ordenamento econômico. V. III. Lisboa: Fundação Calouste Gubenkian, 1994.

CARNEIRO, Cynthia Soares. **O Direito da integração regional**. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2007.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 21. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2005.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. Disponível em: <http://www.tvjustica.jus.br/>. Acesso em: 15 jul. 2020.

COTTER, Juan Patrocínio. **Integración económica y armonización fiscal**: Mercosur. El Derecho Jurisprudencia General. Buenos Aires: UCA, 1997.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antonio Augusto Cançado; PERREIRA, Antônio Celso Alves (Orgs). Novas perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo. In: **Estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello**. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2008.

DROMI, Roberto; EKMEKDJIAN, Miguel A.; RIVERA, Júlio C. **Derecho comunitario**. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1995.

FRANCESCHINI, Luís Fernando; BARRAL, Welder (Coord.). **Direito Internacional Público e Integração Regional**. Curitiba: Ed. Juruá, 2001.

CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de Direito Civil, contratos: teoria geral**. 7. ed. v. IV. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Tributação no Mercosul**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MENDES, Gilmar. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. In; **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 10, janeiro, 2002. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 15jul. 2020.

MOLINA, André Araújo. **Os Direitos Fundamentais na Pós-Modernidade – O Futuro do Direito e do Processo do Trabalho**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2017.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Método, 2011.

ONU. da Carta das Nações Unidas, a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <https://www.un.org/en/sections/un-charter/un-charter-full-text/index.html>. Acesso em: 20 set. 2020.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional**. 17. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2018.

ROSPA, Aline Martins. **Aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas**. Disponível em: http://www.lfg.com.br/artigos/Blog/APLICACAO_DOS_%20DIREITOS_FUNDAMENTAIS_%20AS_RELACOES_PRIVADAS.pdf. Acesso em: 15 jul. 2020.

SANTOS, Carla Maia dos. **Qual a distinção entre eficácia vertical e eficácia horizontal dos direitos fundamentais?** Disponível em: <http://www.lfg.com.br>. Acesso em: 15 jul. 2020.

SILVA, Roberto Luiz. **Direito econômico internacional e direito comunitário**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais e relações entre particulares. In: **Revista Direito GV** 1. v. 1 n. 1 p. 173-180, mai. 2005.

WEIS, Carlos. **Direitos Humanos Contemporâneos**. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2010.