

A indisponibilidade dos direitos fundamentais

- La indisponibilidad de los derechos fundamentales
- The unavailability of Fundamental Rights

Angel Rafael Mariño Castellanos¹

Resumo: Tem-se discutido muito na literatura jurídica o tema dos Direitos Humanos, entretanto sua relevância social (además de política e jurídica) o torna uma fonte inesgotável de reflexões. No presente artigo revela-se um novo intento de abordagem do mesmo tema, mas nesta ocasião pretende-se ressaltá-lo a partir da sua indisponibilidade para os Estados e Governos, ao passo que reforça a ideia de que por meios deles os cidadãos podem ter a relevância que lhe correspondem enquanto valores supremos do Estado constitucional. Segue-se uma orientação axiológica-moral, que supõe um “desafio” à onnipresença do poder regulador e controlador do Estado. São revisionados documentos históricos sobre o tema, além da obrigatória (nesse assunto em particular) análise doutrinária. Conclui-se que a natureza de parâmetros fundantes que têm os Direitos Humanos para o Estado Constitucional é o que conduz à sua indisponibilidade.

Palavras-chave: Direitos humanos. Direitos fundamentais.

Resumen: Se ha discutido mucho en la literatura jurídica el tema de los Derechos Humanos, sin embargo su relevancia social (además de política y jurídica) lo hace una fuente inagotable de reflexiones. En el presente artículo se revela un nuevo intento de abordaje del mismo tema, pero en esta ocasión se

¹ Doutorado em Direito (1996) pela Universidad de Oriente de Santiago de Cuba - Cuba e revalidado em 2002 pela Universidade de São Paulo-USP - Brasil. angel.marino.castellanos@gmail.com

pretende resaltarlo a partir de su indisponibilidad para los Estados y Gobiernos, mientras que refuerza la idea de que por medios de ellos los ciudadanos pueden tener comprender la relevancia que corresponden como valores supremos del Estado constitucional. Se sigue una orientación axiológica-moral, que supone un “desafío” a la omnipresencia del poder regulador y controlador del Estado. Se revisan documentos históricos sobre el tema, además de la obligatoria (en este asunto en particular) análisis doctrinario. Se concluye que la naturaleza de parámetros fundantes que tienen los Derechos Humanos para el Estado Constitucional es lo que conduce su indisponibilidad.

Palabras clave: Derechos humanos. Derechos fundamentales.

ABSTRACT: A lot has been discussed in the legal literature on the subject of Human Rights, however its social (in addition to political and legal) relevance makes it an inexhaustible source of reflections. This article reveals a new attempt to approach the same theme, but on this occasion it is intended to emphasize it from its unavailability to the States and Governments while reinforcing the idea that through them citizens can understand the relevance of the supreme values in the constitutional State. It follows an axiological-moral orientation, which supposes a “challenge” to the omnipresence of the regulating and controlling power of the State. Historical documents on the subject are reviewed, in addition to the mandatory (in this particular subject) doctrinal analysis. It is concluded that the nature of fundamental parameters that have Human Rights for the Constitutional State is what leads to its unavailability.

KEYWORDS: Human rights. Unavailability. Supreme values. Men

SUMÁRIO: Introdução. 1. A universalização dos Direitos Humanos. 2. A indisponibilidade dos Direitos Fundamentais. Conclusão. Referências bibliográficas

Introdução

Trata-se de artigo sobre Direitos Humanos e Direitos Fundamentais, trabalhado numa fundamentação ético-moral de modo a justificar a indisponibilidade dos direitos para manipulação de Estados e Governos, e por essa razão, não existirem possibilidades de hierarquização entre tais direitos, nem reconhecimento moral à autoridade estatal-política-legal para decidir quais deverão ser constitucionalizados, garantidos e realizados. Partir-se-á do pres-

suposto da vinculatoriedade de todos aos Direitos Fundamentais sob a compreensão de que eles são, na verdade, axiomas societários e civilizatórios pela exclusiva e significativa condição de razão fundacional do Estado Constitucional, cujo valor supremo é o ser humano.

Defender-se-á que sua concretização jurídico-legal não compreende apenas o momento da arquitetura constituinte, senão também, e especialmente, por imperativo de sua significação moral, quando os Direitos Fundamentais tornam-se referenciais obrigatórios e vinculantes para a atuação dos Poderes Públicos (imperativo em sentido vertical) e dos membros da coletividade (imperativo em sentido horizontal).

Desde essa perspectiva ético-moral acredita-se que a relevância constitucional dos Direitos Fundamentais é resultado da importância que apresentam ao homem como valor supremo do Estado constitucional e não pela simples inclusão (reducionismo formalista-legalista) entre os dispositivos constitucionais.

Antes da própria inserção constitucional, já havia sido desenhada uma forma de organização social, política e estatal para resguardar e viabilizar o homem, seus direitos e liberdades, o que constituía um imperativo societário moral e cuja comprovação é possível ao analisar-se a fundamentação racional da sociedade civil (contrato social), a exigência do governo (Government) por consentimento e a estrutura organizacional de divisão e separação de poderes (checks and balances). Assim, considerar-se-ia “bom”, “justo”, “civilizado” e “avançado” apenas o governo (Government) cuja fundação tivesse como pilares esses postulados, onde o homem, seus direitos, liberdades e atributos existenciais estariam protegidos em face ao poder e excessos autocráticos e irracionais.

Sendo assim, a presente hipótese de trabalho não é que a Constituição fundamenta os Direitos Fundamentais, pelo contrário, são eles que fazem fundamental a necessidade de criar-se uma Constituição em cada comunidade política, e em consequência dessa necessidade é que se deriva a validade normativa e moral da Constituição, assim como de todo o ordenamento jurídico que dela se origina.

Segue-se como metodologia uma análise do processo de surgimento e evolução do Estado Constitucional, desde os antecedentes históricos até as mais recentes experiências constitucionais, que permitiram criar como parâmetro de avaliação o tratamento constitucional desenhado para o homem, seus direitos, liberdades e atributos existenciais, permitindo estabelecer uma diferenciação ético-moral entre Estado constitucional e Estado com Constituição.

A conclusão mais relevante do artigo é que continuar a defender que a natureza de “fundamentais” atribuída aos Direitos Humanos se deriva de sua inserção entre os dispositivos constitucionais, inclusive como formulações principiológicas, seria uma consequência da compreensão do Estado advinda

da Modernidade e por isso, legado do positivismo jurídico.

1. A universalização dos Direitos Humanos

Os Direitos Fundamentais são fruto de um processo histórico ligado ao valor da pessoa humana, com antecedentes que remontam à Antiguidade – desde o pensamento dos sofistas: “o homem é a medida de todas as coisas”², ao Cristianismo com São Paulo “nesta renovação não há mais judeus nem gentios, circuncisos ou incircuncisos, nem bárbaros nem gregos, nem escravos nem homens livres” (Epístola aos Colossenses, 3:11), e à formulação de Tomás de Aquino relativa ao bem comum como fundamento da comunidade que compreendia o sentido individual e o coletivo³.

Nesse processo histórico deve ser destacada, primeiramente, a construção de um paradigma axiológico-moral cujos fundamentos derivaram, além das experiências históricas, ora práticas no sentido político-institucional ora teóricas, do movimento renascentista e de sua revolução que teve grande significado ao atribuir significado essencial ao homem. Ainda merecem atenção os esforços da Escola Clássica de Direito Natural que reconhece como inatos e inalienáveis direitos, liberdades e atributos existenciais ao homem; as teorias contratualistas que fundamentaram racionalmente a sociedade civil e as próprias comunidades politicamente organizadas⁴; e experiências normativas fundacionais das Declarações Históricas. Estas (experiências) por sua vez, foram responsáveis pelo que se resultou em documentos importantíssimos: Magna Carta (1215); Petition of Right (1628); Habeas Corpus Act (1679); Bill of Rights (1689)⁵, a Declaração do Bom Povo de Virginia (1776); Declaração de Independência dos Estados Unidos de América (1776), assim como as Dez Primeiras Emendas à Constituição dos Estados Unidos de América (1791)⁶; Declaração de Direitos do

2 Célebre frase do filósofo Protágoras de Abdera, que sendo um representante da corrente sofística, expressa o ideal da subjetividade, particularidade e centralidade do homem. Valorização do homem e de seu papel no mundo.

3 Abordagem de Tomás de Aquino sobre o tema da felicidade influenciou tanto o pensamento jusnaturalista posterior como o humanista.

4 Clássicos do contratualismo tornam a leitura completa. Hobbes, Locke, Rousseau, Montesquieu

5 Mesmo que promulgada pelo Rei João sem Terra no Século XIII sua validade e vigência na Inglaterra sempre foi um relevante precedente para todo o pensamento ocidental. Com acerto GARCÍA- PELAYO chama a Inglaterra mãe da Liberdade. Vid. GARCÍA PELAYO, Manuel. Derecho Constitucional comparado. Segunda edición. Manuales de la Revista de Occidente. Madrid, 1951. p. 17-33

6 Essa fundamentação parte de uma perspectiva com base no jusnaturalismo teleológico, presente na Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, 1776, no âmbito dos direitos inalienáveis que são postos como auto-evidentes: “We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by

homem e do cidadão (1789) e a Constituição Francesa (1793).

O novo paradigma axiológico-moral trouxe a definitiva consagração de uma perspectiva social do homem e de uma nova significação de Governo (Government) e seus limites organizacionais e funcionais. Por derivação, surgiu uma reconfiguração da relação entre ambos a fim de preservar o homem, seus direitos, liberdades e atributos existenciais em face do Governo. Esse movimento influenciou decisivamente na evolução política-institucional posterior, que acabaria tornando como modelo uma diferente e superior forma de organização juridicamente civilizada⁷. Começa assim um decisivo processo de impugnação moral ao despotismo e à ideia do poder absoluto em favor da afirmação da pessoa humana como “valor-fonte” do Direito, do poder e da própria comunidade de política.⁸

Do triunfo desse novo paradigma axiológico-moral deriva-se, como sua consequência, a chegada do movimento constitucional e das experiências normativo-constitucionais. Com eles, consolidaram-se as ideias sobre a relevância do homem, seus direitos e liberdades como atributos existenciais e razão fundacional da comunidade política e do Estado constitucional (como único possível nesse contexto), afirmando assim a relevância da redação de uma Constituição escrita como forma rígida e perdurável do “pacto fundacional”.⁹

Então, os Direitos Fundamentais, como construção histórica, possuem uma fundamentação além do jurídico-legal, não sendo derivados da Constituição e da engenharia constituinte, senão que é na Constituição, a partir de sua força normativa superior e sua condição de referencial vinculante para todos, em que eles “depositam-se” para serem guardados, protegidos, viabilizados e realizados. Essa perspectiva, por sua vez, faz dos Direitos Fundamentais o critério definitivo de validade e legitimidade normativo-institucional de qualquer texto constitucional, além de também ser critério para o reconhecimento de organizações políticas, como Estados constitucionais.

A partir disso, a Constituição bem mais que somente a Lei fundamental, passa a ser considerada a garantia primária ao homem de seus direitos, li-

their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the pursuit of Happiness...”

7 FERGURSON, Niall. *Civilização. Ocidente X Oriente*. Brasil: Planeta, 2012. Embora esse autor utilize-se do contexto histórico do Século XVI como ponto de partida, não existe dúvida que a transformação é contínua e, na nossa compreensão, até hoje é visível.

8 REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 1991. Bem destaca, e com enfático acerto a condição do Homem como valor supremo. p. 609-711.

9 Coincidimos com a denominação de Constitucionalismo a esse paradigma político-jurídico-institucional. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4 ed. Coimbra: Livraria Almedina. [199?]. p. 51-64. Igualmente entendido como um paradigma diferenciado segue-se a ideia de HESSE quando caracteriza como “vontade de constituição”. HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991

berdades e atributos existenciais no contexto societário. Não é ela que cria os Direitos Fundamentais, já que eles não dependem de pertencer ao subsistema normativo constitucional para serem relevantes. O valor da Constituição se dá por serem os Direitos Fundamentais incorporados a ela a razão fundacional da comunidade política e a justificativa da criação constitucional. Nela (a Constituição) são incorporados os ditos direitos, atribuindo a esta a força normativa superior e a autoridade política, jurídica e institucional que a caracteriza.

Assim, pois, a questão desloca-se do âmbito normativo-legal para um contexto axiológico-moral de justificação. Em consequência, resta à Constituição, enquanto pacto fundacional não somente inserir os direitos, liberdades e atributos existenciais do homem, se não fazê-los prevalecer perante todos e tudo.

É sob essa perspectiva que durante o século XIX difunde-se o constitucionalismo¹⁰ e começa uma nova fase histórica de lutas pela socialização dos direitos, liberdades e atributos existenciais referidos, além da ampliação do conteúdo originariamente relacionado no século anterior e do fortalecimento da vinculatoriedade e proteção deles¹¹, inclusive como pré-condição de legitimidade e aceitabilidade de Estados e organizações políticas.¹²

O século XX foi definitivo para o processo histórico de universalização dos Direitos Fundamentais e para a compreensão deles como diretiva moral do “bom” e “justo” político-constitucional e social, considerados a partir disso como parâmetro racional determinativo da evolução societária e do status de “juridicamente civilizada” para as comunidades políticas.¹³ O primeiro passo foi a criação da Sociedade das Nações, que teve como objetivo central a paz e a convivência pacífica entre as nações¹⁴. Num contexto mundial de

10 Mesmo que como sinaliza GARCIA PELAYO, op. cit... a difusão traz a diversidade de formas e soluções nacionais.

11 Seria suficiente para evidenciar a necessidade de mudanças e as justificativas das lutas no Século XIX a institucionalização da escravatura e o racismo mantido nos Estados Unidos de América.

12 As lutas pelos direitos, as liberdades e os atributos existenciais do homem acompanham sua programação e deu lugar desde sempre ao embate de ideologias, teorias e escolas. Entretanto, nenhuma posição entre as beligerantes pode erguer-se como absoluto defensor. Longe disso, a evolução e ampliação daqueles foi resultado desse confronto histórico. Aliás, não foi unicamente político-ideológico, senão mais que isso, um confronto de paradigmas axiológico-morais a partir do surgimento e proliferação do marxismo. A crise do liberalismo e do próprio Estado liberal – assim como toda a negatividade, que essa fase do Estado Constitucional representou para os direitos, liberdades e atributos existenciais do homem – fez com que o imperativo de mudanças no modelo de organização político, jurídico e institucional fossem feitas. Aqui, preferimos o tratamento dado a esse assunto por GARCIA PELAYO. GARCIA PELAYO, Manuel. *Las transformaciones en el Estado contemporáneo*. Editorial Alianza Universitaria. Madrid, 1977.

13 As consequências das lutas iniciadas no século XIX, que ademais continuaram no primeiro quarto do século XX, influenciaram os sucessos políticos e nacionais nas primeiras três décadas desse último e foram apreciadas na Revolução na Rússia em 1917; a agrária mexicana que concluiu em Queretaro em 1917; a reconstrução alemã refletida em Weimar em 1919 e o movimento republicano na Espanha, constitucionalmente expressado em 1930.

14 Tratados anteriores como “A paz de Vestifália” (1648) almejavam o mesmo objetivo. Durante o Século XIX, o “Congresso de Viena” (1815), a “Conferência de Paz de Haia” (1899-1907). Século XX, citemos “Os 14 pontos de Wilson”

bipolaridade¹⁵ ocorreu inevitavelmente o confronto de paradigmas opostos e irreconciliáveis¹⁶, cujas sustentações políticas, jurídicas, institucionais e morais contrapunham-se inclusive na compreensão do papel do homem na sociedade e na política, o que conseqüentemente influenciou na maneira de interpretar e defender os direitos, liberdades e atributos existenciais a ele associados¹⁷. Enquanto um lado defendia ênfases aos direitos de natureza econômica e social em detrimento dos civis e políticos, o outro realizava o sentido inverso. Mas, mesmo que visualizados de forma fracionada e desde perspectivas reducionistas¹⁸, ficou universalizado que os direitos, liberdades e atributos existenciais como a vida, a dignidade e a felicidade deveriam ser considerados patrimônio humano e que restava ao *poder* propiciá-los e protegê-los¹⁹.

Tem sido suficientemente pesquisada e publicada a situação mundial que condicionou a II Guerra Mundial, e em sentido geral, o que se tem entendido como causas, alianças, estratégias, tecnologias que influíram sobre o possível maior evento do século XX. A relevância em destacar esse período entre 1939 e 1945 foi o definitivo impacto sobre os Direitos Humanos e o processo de sua universalização, que propiciou um significativo avanço na constitucionalização dos mesmos²⁰.

A Carta fundacional da ONU (Organização das Nações Unidas) e a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 10 de dezembro de 1948²¹ – essa sucedida pela aprovação de Pactos, Convenções, Ditames, Pareces e especial-

(1918) e o “Tratado de Versalhes” (1919). SALOMÃO, Wiliander França. Os tratados de paz na reestruturação da ordem jurídica mundial após os períodos de guerras. *Revista Eletrônica do Curso de Direito PUC Minas*, jan./jun., 2014.

15 De uma parte o grande bloco capitalista e de outro a nova Rússia bolchevique.

16 Embora escolas e teóricos, posteriores, defenderam a Teoria da Convergência.

17 Deve ser notada a diferença entre a Declaração dos direitos do povo trabalhador russa de 1918, e as Declarações de independência americana e a francesa.

18 Certamente, houve uma diferença marcante relativa à origem, legitimidade e fundamentos. As declarações “ocidentais” insistiram na origem natural, no fundamento racional contratualista e na necessária limitação ao poder em favor do indivíduo, do outro lado, a “socialista” defendia o poder “popular” como fonte, a vontade e dominação da classe proletária e a subordinação do indivíduo à coletividade. PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Direito Constitucional*. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 187-238.

19 Mesmo que foram mantidas as diferenças teóricas e principalmente ideológicas que geravam o fracionamento e o reducionismo conceptual dos direitos fundamentais do homem. Talvez, essa fase foi pré-condição necessária da futura integralidade.

20 Tudo não foi resolvido, como não poderia em face à desigualdade de níveis evolutivos entre as Nações, mas sem dúvidas o mundo foi outro depois de 1945 e abriu-se uma nova etapa na evolução histórica dos Direitos fundamentais e a compreensão do ser humano como seu titular absoluto.

21 Nota-se a leitura jusnaturalista dada aos Direitos na Declaração Universal em semelhança ao fundamento das Declarações históricas.

mente a criação de órgãos e estruturas internacionais²², cujo objetivo, entre outros, foi zelar e continuar o processo de universalização dos direitos, liberdades e atributos existenciais do homem –foram essenciais para a manutenção e criação de novos pilares humanitários. No decorrer das transformações históricas relatadas e do processo de universalização que se descreve, ficou estabelecido a vinculação ora legal ora moral dos Estados nacionais aos Direitos Fundamentais, mesmo que opções paradigmáticas de natureza política e institucional, ou até mesmo cultural, preservassem diferentes compreensões²³. O grande avanço, que legou a universalização dos Direitos Humanos, foi a fixação de parâmetros racionais de avaliação e objetivos de trabalho para os Estados nacionais e seus respectivos ordenamentos jurídicos, em favor do reconhecimento, condicionalidade e garantias desses supracitados direitos, visando o bem comum, a utilidade pública, a ética republicana e a felicidade individual.

2. A indisponibilidade dos Direitos Fundamentais.

Defende-se aqui a indisponibilidade dos Direitos Humanos para o poder estatal e por isso, o caráter limitativo deles frente ao poder somente é explicável pelo processo histórico que conduziu à universalização e compreensão da relevância inegável dos Direitos Fundamentais. Sem o ser humano não há sociedade, igualmente que não há Governo (Government) nem comunidade política, dado que não existirá o titular por natureza dos direitos, liberdades e atributos existenciais, no sentido jurídico e político. A universalização, enfim, dos Direitos Humanos universalizou também (ainda que em muito até hoje limitado) o imperativo moral aos Estados nacionais de garantir reconhecimento, condicionalidade e proteção aos ditos direitos²⁴. Destaque para o trabalho da ONU e da comunidade internacional de Nações de vigiar e exigir coletivamente pela prevalência e respeito aos Direitos Humanos.

Assim, de certo, a indisponibilidade dos Direitos Humanos para os Estados nacionais derivou-se do processo de sua universalização, enquanto consenso de um dever ser axiológico-moral que identificou o ser humano como valor supremo e seus direitos, liberdades e atributos existenciais como

22 Cita-se aqui a Corte Interamericana de Direitos Humanos e a própria ONU (Organização das Nações Unidas), por exemplo.

23 Existe uma incontrolável polémica sobre o direito de povos e nações de preservar seus pilares culturais e perspectivas morais, mas somos da posição que a integralidade e preservação dos Direitos Humanos estão indisponíveis às variações que contra eles atentem. Defender isso é o propósito central do presente artigo.

24 Vid. MARIÑO-CASTELLANOS, Angel Rafael; TERRURÓ, Suzana Maria da Glória. La triple dimensión de los derechos humanos. In: BOUCALT, Carlos Eduardo de Abreu; ARAÚJO, Nadia de. (org.). *Os direitos humanos e o direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 167- 192.

a principal pauta política, jurídica e institucional de nossos dias.

A indisponibilidade se conceitua em dois sentidos: I) como impossibilidade dos Estados nacionais de utilizarem poderes institucionais e legais internos para decidir segundo arbítrio político (que realmente disfarça uma arbitrariedade “soberana”) em desfavor da integralidade do homem e seus Direitos Humanos. Deve-se entender, como limitação ao poder estatal, o freio a ações restritivas, cujo resultado é o desconhecimento, ameaça e violação dos Direitos Fundamentais; II) como comprometimento dos Estados nacionais ao imperativo moral de pautar suas ações políticas, jurídicas e institucionais em favor da socialização dos Direitos Humanos. Isto quer significar que não basta abster-se de ameaçar e violar os Direitos, senão que devem ser feitas de maneira global ações positivas e afirmativas em favor da realização social plena das potencialidades de cada um, sendo o único limite admissível o bem comum, a utilidade pública, a ética republicana e a felicidade alheia.

A indisponibilidade dos Direitos Fundamentais insurge-se contra a ideia de soberania estatal ilimitada nesse campo que defende a liberdade do poder político para decidir quais serão os direitos a reconhecer, viabilizar, condicionar e respeitar. Isso porque seria uma fatal “carta branca” a grupos políticos e governos no poder para desconhecer a relevância política, jurídica, institucional e social dos supracitados direitos. Ao tempo significaria um retrocesso histórico ao considerar o ser humano como súdito do poder e não como o verdadeiro e único titular da soberania. Fazendo uma parábola, seria considerar o poder como titular da soberania e o ser humano como seu servidor. Está provado historicamente que as consequências desse entendimento ao reverso sempre foram nefastas.

Essa discricionariedade é um poder que os Estados nacionais nunca devem ter reconhecidos e não devem possuir. Os direitos, as liberdades e os atributos existenciais do homem, de todos os seres humanos, independem da vontade dos políticos, independem das circunstâncias do constituinte, como independem de certas circunstâncias econômicas ou sociais. Tais direitos são partes de um patrimônio não disponível, historicamente legado de lutas milenares. Um patrimônio de ampla dimensão social e cuja força moral o universalizou como expressão do bem e do justo em sociedades juridicamente civilizadas.

Os Direitos Fundamentais estão indisponíveis porque não foram dados ao ser humano pelo Direito, a Constituição ou poder algum, senão que foram gerados na experiência societária e moral, a partir do constitucionalismo e definitivamente assumidos como axiomas antropológicos da evolução humana. Essa indisponibilidade alcança o momento da engenharia constituinte, simplesmente porque sobre a Assembleia Constituinte há uma vontade de constituição, cujo pilar fundacional e definitivo é ser humano, seus

direitos, liberdades e atributos existenciais. Ir contra eles, num entendimento constituinte, implicaria em se afastar do constitucionalismo, do Estado Constitucional que dele se deriva, dos pilares centrais que caracterizam ambos e insurgir-se contra ser humano, sua natureza e integralidade social.

O ser humano, seus direitos, liberdades e atributos existenciais constituem o verdadeiro referencial axiológico-moral em sociedades políticas juridicamente civilizadas e socialmente evoluídas. Sua inserção constitucional é apenas uma formalidade, um ato formalista legal de positivação, que não dá força àqueles, porque os torna fundamentais; pelo contrário, a Constituição torna-se forte com a inclusão dos Direitos Humanos à Lei fundamental da comunidade política.²⁵

A indisponibilidade dos Direitos fundamentais tem como outro fundamento a submissão ao poder, o que seria a garantia do consentimento de que depende o Governo (Government) para estabelecer-se e deter o poder e controle em nível social. A vida em sociedade e a aceitação do Governo, e sua autoridade, têm fundamento moral se o ser humano encontrar contexto social, jurídico, político e institucional para viver à procura da sua felicidade e realizar-se socialmente como ser humano e “animal social”.

Assim, a legitimidade (no sentido moral e não procedimental) do Governo tem relação diretamente proporcional, e até de dependência, com a maneira em que a autoridade se comporta e utiliza seus poderes tendo em vista o homem, seus direitos, liberdades e atributos existenciais.

As normas que reconhecem e regulam Direitos Humanos nos ordenamentos jurídicos dos Estados constitucionais são definidoras (primeiras; supremas; originárias), cuja função, entre outras, é definir esses como democráticos e humanistas, e por isso, são indisponíveis em face do poder como um todo e das autoridades normativas que dele se derivam.

Mas, o relevante é que essa indisponibilidade alcança o sistema, de modo que ele mesmo tampouco possa agir contra esses axiomas que o definem, sob pena de transformar-se em outro sistema²⁶, por certo, opos-

25 Não parece possível exigir-se, no nosso contexto histórico e teórico, que a validade dos Direitos fundamentais dependa e esteja associada à sua normatização expressa no texto constitucional. No sentido contrário à nossa posição, Vid. KELSEN, Hans. *A Teoria Pura do Direito*. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. Baste como exemplo da nossa posição o Artigo 5º. Da Constituição Federal de 1988. É tampouco válido argumentar que na Inglaterra ou outros Ordenamentos jurídicos que formam parte da Common Law é questionável a validade de direitos, liberdades e atributos existenciais por não estarem na Constituição, que nem existe. A positivação nesses casos não está num ato de formalização legal

26 Alchourron e Bulyguin, como outros teóricos do Direito, apontaram que existem normas definidoras que identificam o perfil do sistema e por isso, não podem ser alteradas sem que seja abandonado. Vid. ALCHOURRON, C; BULYGUIN, E. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2012. Na compreensão que neste trabalho tem sido defendida o perfil do sistema é além de normativo, axiológico e moral. Vid. CANARIS, CLAUS-WILHELM. *O pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito*. 5 ed Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012. p.199-241.

to, incompatível e irreconciliável. Não sem razão são reconhecidas cláusulas pétreas, somente passíveis de alguma alteração se fosse ao sentido de ampliação, modernização e extensão.

Conclusão

A indisponibilidade dos Direitos Humanos, como perspectiva axiológico-moral, tem implicação direta na maneira como os Estados e Governos tratam o assunto, que amparados na Soberania nacional, invocam o poder de decidir sobre como e quando devem ser regulados, protegidos e condicionados, acabando por vulnerá-los e limitá-los.

A indisponibilidade dos Direitos Humanos é um limite regulatório ao poder do Estado e ao próprio Direito, que no seu conteúdo, por razão alguma, deve deixar de consagrá-los e protegê-los.

Dizer que os Direitos Humanos são a razão fundante primária dos Estados Constitucionais é reconhecer o ser humano como o mais destacado entre todos os valores que são tidos como referenciais obrigatórios.

Referências

ALCHOURRON, C; BULYGUIN, E. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2012.

ALIGHIERI, Dante. *Monarquía*. Madrid: Tecnos Editorial, 1992.

BRASIL, Constituição (1988). *Constituição da Republica Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

BURDEAU, GEORGES. *Derecho Constitucional e instituciones políticas*. Prólogo de Raúl Morado. Editora Nacional. Madrid, 1981.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1997.

DEL VECCHIO, Giorgio. *História da Filosofia do Direito*. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2006. Belo Horizonte: Ed. Líder Cultura Jurídica Ltda., 2005.

DELLA MIRANDOLA, Giovanni Pico. *Discurso sobre a dignidade do homem*. Brasil: Edições 70, 1989.

DUVERGER, Maurice. *Constitutions et documents politiques*. França: Presses Universitaires de Fran, 1960.

FERGURSON, Niall. *Civilização. Ocidente X Oriente*. Brasil: Planeta, 2012.

FERGURSON, Niall. *A guerra do mundo*. Brasil: Planeta, 2015.

FERRO, Marc. *A revolução russa de 1917*. 2. ed. Brasil: Perspectiva, 1974.

GARCIA PELAYO, Manuel. *Derecho Constitucional comparado*. 2. ed. Madrid: Revista de Occidente, 1951.

GARCIA PELAYO, Manuel. *Las transformaciones en el Estado contemporáneo*. Madrid: Editorial Alianza Universitaria, 1977.

GILBERT, Martin. *A Segunda Guerra Mundial – os 2.174 dias que mudaram o mundo*. Brasil: Casa da Palavra, 2014.

GILBERT, Martin. *A Primeira Guerra Mundial: os 1590 dias que transformaram o mundo*. Brasil: Leya Brasil, 2015.

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao Direito*. 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste Guibenkian, 1995.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS / Secretaria Nacional de Justiça, Comissão de Anistia. *Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Brasília: Ministério da Justiça, 2014. (*Direito à integridade pessoal*).

KELSEN, Hans. *A Teoria Pura do Direito*. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MARIÑO-CASTELLANOS, A. R.; JIMENEZ-SERRANO, P. Os Direitos Humanos e a Contemporaneidade: direitos fundamentais e ponderação de interesses. *Revista Direito & Paz*, Lorena-SP, n. 18. p.143-185, 2008.

MARIÑO-CASTELLANOS, Angel Rafael; TERRURÓ, Suzana Maria da Glória. La triple dimensión de los derechos humanos. *In: BOUCALT, Carlos Eduardo de*

Abreu; ARAÚJO, Nadia de. (org.). *Os direitos humanos e o direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 167-192.

MELLO, Celso de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*, volume I. 15. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

NINO, Carlos Santiago. *Ética y Derechos Humanos: un ensayo de fundamentación*. 2 ed. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1989.

NINO, Carlos Santiago. *El constructivismo ético*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1989. p. 61-71.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *A carta das Nações Unidas*. Retirado de <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2017/11/A-Carta-das-Na%C3%A7%C3%B5es-Unidas.pdf>

Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/textos/tratado05.htm>>. Acesso em: 14 set. 2018.

PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p.400-408.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

STEVENSON, David. 1914-1918 – *A História da Primeira Guerra Mundial*. Brasil: Novo Século, 2016.

«UN Treaty Collection: *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*». UN. 24 de fevereiro de 2009. Consultado em 14 de setembro de 2018.

Recebido em: 12 de fevereiro de 2019.

Aprovado em: 21 de maio de 2019.

