

EXISTEM DIREITOS ABSOLUTOS? DIREITOS HUMANOS, AUTONOMIA DO DIREITO E A ESFERA DO INDECIDÍVEL**ARE THERE ABSOLUTE RIGHTS? HUMAN RIGHTS, AUTONOMY OF LAW AND SPHERE OF UNDECIDABILITY****Marcus Vinícius Xavier de Oliveira¹****Resumo**

Existem direitos absolutos? É possível, em outros termos, relativizar e ponderar a todos os direitos assegurados constitucional e internacionalmente, de forma a se afetar, negativamente, os programas normativos que objetivam, em último grau, conceder aos indivíduos uma esfera de proteção contra o poder do Estado? Esses dois problemas constituem-se no *leitmotiv* do presente trabalho, cujo principal objetivo foi o de buscar a resposta desde uma perspectiva essencialmente jurídica, tomando como norte, de um lado, o postulado da autonomia normativa do direito face a outras formas de normalização da vida social, e de outro lado, aferir, desde a própria sistematicidade e textualidade dos direitos humanos e fundamentais, se a regra da relatividade dos direitos incide, *inter alia*, sobre o direito a não ser torturado ou ser desaparecido. Assim, logo após delimitar o âmbito do discurso na Filosofia do Direito, bem como discutir sobre o caráter absoluto e/ou relativo dos direitos em geral, firmou-se no terceiro tópico o caráter não-restringível – absoluto – de determinados direitos. Logo após, buscou-se discutir o tema da efetividade desde a teoria da esfera do indecidível sustentada por Luigi Ferrajoli. Os métodos de pesquisa foram o crítico e o dedutivo, tendo-se adotado o procedimento da pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Direitos Humanos, Filosofia do Direito, Autonomia do Direito, Direitos Não-Restringíveis, Esfera do Indecidível

¹ Professor Adjunto da Universidade Federal de Rondônia Mestre (UFSC) e Doutor (UERJ) em Direito Líder do Jus Gentium - Grupo de Estudos e Pesquisas em Direito Internacional Membro do Grupo de Pesquisas em Teoria Política Contemporânea Advogado Conselheiro Titular do Conselho Estadual de Defesa dos Direitos Humanos do Estado de Rondônia. E-mail: marcusoliveira@unir.br

Abstract

Are there absolute rights? Is it possible, in other words, to relativize and ponder on all constitutionally and internationally guaranteed rights, in a way that negatively affects normative programs that aim, ultimately, to grant individuals a sphere of protection against the State? These two problems constitute the *leitmotiv* of the present study, whose main objective was to seek the answer from an essentially juridical perspective, taking as the north the postulate of the normative autonomy of the right *vis-à-vis* other forms of normalization of social life, and to check, from the very systematic and textuality of human and fundamental rights, whether the rule of relativity of rights affects, *inter alia*, the right not to be tortured or not to be disappeared. Thus, after defining the scope of discourse in the Philosophy of Law, as well as discussing the absolute and / or relative character of rights in general, in the third topic was established the non-restrictive-absolute nature of certain rights. Afterwards, we sought to discuss the topic of effectiveness from the sphere theory of the undecidable sustained by Luigi Ferrajoli. The research methods were the critical and the deductive, adopting the procedure of the bibliographic research.

Keywords: Human Rights, Jurisprudence, Autonomy of Law, Non-Restrictive Rights, Sphere

INTRODUÇÃO: DIREITOS HUMANOS, ENTRE DIREITO E MORAL

A disciplina a que denominamos de Filosofia do Direito, Filosofia Jurídica ou Jurisprudência (*Jurisprudence*), tem sido decomposta em duas formas de expressão, ou melhor dizendo, duas formas de fazer-se, e que nas palavras de Celso Lafer pode ser dividida da seguinte forma: uma que é feita por filósofos (raposas), outra que é feita por juristas (ouriços)², distinção que ele extraiu do conhecido poema de Arquíloco, o primeiro grande poeta grego pós-Homero e Hesíodo, e que tem o seguinte conteúdo:

No original: “πόλλ' οἶδ' ἀλώπηξ, ἀλλ' ἐχῖνος ἐν μέγα”³.

Na tradução feita por Erasmo de Roterdã em suas Adagias: “*Multa novit vulpes, verum echinus unum Magnum*”⁴.

² LAFER, Celso. A reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt, São Paulo: Cia das Letras, 1988, pp. 13-16.

³ HARRIS, William. Archilochus: the first poet after Homer, Vermont: Middlebury College, s/d, p. 96. A transliteração para o alfabeto latino é a seguinte: “*póll' oíd' alópix, all' echinos én méga*”.

⁴ ROTTERDAM, Erasmo de. Adagi: texto latino a frente, tradução de Emanuele Lelli, Milano: Bompiani, 2013, pp. 449-451.

Na tradução que consta em *Justice for Hedhehog* de Ronald Dworkin, tem-se o seguinte registro: “*The fox knows many things, but the hedhehog knows one big thing*”⁵; o mesmo em Harris⁶ e Berlin⁷.

Lafer a registrou da seguinte forma: “Muitas coisas sabe a raposa; mas o ouriço uma grande”⁸.

Para dizer a verdade, essa díade que faz uma distinção entre um pensamento que tem por programa todos os temas inerentes à experiência humana e social, isto é, feita por raposas – v.g. Aristóteles: da física à metafísica, passando pela política e pela ética -, e uma filosofia limitada a um único campo ou mesmo que busca circunscrever tais experiências a um princípio unificador, isto é, feita por ouriços – v.g. Platão, Wittgenstein e Hegel -, não foi criada por Celso Lafer, como ele mesmo o reconhece, mas pelo filósofo inglês Isaiah Berlin em seu *The Hedhehog and the Fox: An Essay on Tolstoy’s View of History*⁹, em que este autor, tentando categorizar esse grande autor russo a partir dessa díade, concebeu-o como uma raposa que expressou em sua obra literária todos os campos possíveis da experiência humana, mas que, do ponto de vista da convicção pessoal e da moralidade, acreditava-se um ouriço¹⁰. Outro grande filósofo do direito da matriz anglo-saxã – Ronald Dworkin – também se apropriou dessa díade para escrever seu último livro – *Justice for Hedhehog* -, na qual ele, desde uma perspectiva da

⁵ DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedghogs*, Harvard: Harvard University Press, 2011, p. 1.

⁶ HARRIS, *op. cit.*, p. 96.

⁷ BERLIN, Isaiah. *The Hedghog and the Fox: An Essay on Tolstoy’s View of History*, 2 ed., Princeton: Princeton University Press, 2013, p. 28.

⁸ LAFER, A reconstrução dos Direitos Humanos..., p. 13.

⁹ “But, taken figuratively, the words can be made to yield a sense in which they mark one of the deepest differences which divide writers and thinkers, and, it may be, human beings in general. For there exists a great chasm between those, on one side, who relate everything to a single central vision, one system, less or more coherent or articulate, in terms of which they understand, think and feel – a single, universal, organising principle in terms of which alone all that they are and say has significance – and, on the other side, those who pursue many ends, often unrelated and even contradictory, connected, if at all, only in some de facto way, for some psychological or physiological cause, related to no moral or aesthetic principle. These last lead lives, perform acts and entertain ideas that are centrifugal rather than centripetal; their thought is scattered or diffused, moving on many levels, seizing upon the essence of a vast variety of experiences and objects for what they are in themselves, without, consciously or unconsciously, seeking to fit them into, or exclude them from, any one unchanging, all-embracing, sometimes self-contradictory and incomplete, at times fanatical, unitary inner vision. The first kind of intellectual and artistic personality belongs to the hedgehogs, the second to the foxes; and without insisting on a rigid classification, we may, without too much fear of contradiction, say that, in this sense, Dante belongs to the first category, Shakespeare to the second; Plato, Lucretius, Pascal, Hegel, Dostoevsky, Nietzsche, Ibsen, Proust are, in varying degrees, hedgehogs; Herodotus, Aristotle, Montaigne, Erasmus, Molière, Goethe, Pushkin, Balzac, Joyce are foxes”. BERLIN, *The Hedghog and the Fox...*, p. 29.

¹⁰ “The hypothesis I wish to offer is that Tolstoy was by nature a fox, but believed in being a hedgehog; that his gifts and achievement are one thing, and his beliefs, and consequently his interpretation of his own achievement, another; and that consequently his ideals have led him, and those whom his genius for persuasion has taken in, into a systematic misinterpretation of what he and others were doing or should be doing” (BERLIN, 2013, s/p.).

filosofia moral, defendeu a necessidade de preservação do “valor” fundante do liberalismo político – o viver bem -, bem como a necessidade de o fazê-lo para nós mesmos e para os outros¹¹, numa clara alusão à φρόνησις (*phronésis*) aristotélica.

Mas voltemos à distinção laferiana. O que diferencia uma filosofia do direito feita por filósofos de outra feita por juristas não é, pois, a matéria bruta com a qual eles trabalham – a experiência jurídica e (n)as comunidades humanas -, mas os problemas que tencionam resolver e os paradigmas de que se utilizam: aqueles seriam filósofos que manifestam interesses por temas jurídicos ao lado de tantos outros; já estes são “[...] juristas com inquietações filosóficas [...]” e que trabalham sobre problemas “[...] suscitados pelas necessidades práticas da experiência jurídica de ir além dos dados empíricos do Direito Positivo para poder lidar com o próprio Direito Positivo”¹².

O tema desse trabalho se constitui, para ficarmos na díade acima indicada, em um que é próprio da filosofia do direito (embora nada obste que outros se preocupem com ele, como de fato o fazem), e feita por um ouriço, e que, portanto, assumindo desde já o *locus* fundamental desse modo de fazer filosofia do direito, busca respostas para o problema proposto – existem direitos absolutos? – não na política, na moral, na religião, na psicologia social ou na econômica política, para ficarmos em alguns campos de normatização das relações humanas, mas no direito, entendido como o campo composto por sistemas normativos e teorias jurídicas acerca do fenômeno jurídico que têm por meta a regulação de comportamentos individuais, coletivos e institucionais, bem como determinar, a partir de critérios racionais e razoáveis inerente à sua própria racionalidade, o modo de aplicação daquelas normas e que, por sua especificidade, é, e deve continuar a ser autônomo em relação àquelas demais formas de normatização.

Em outros termos, na acepção ora assumida, fazer filosofia e ciência jurídica – interpretar e dar sentido ao fenômeno jurídico e às normas jurídicas -, não é fazer economia, juízos morais, religiosos etc, mas, desde as singularidades e particularidades do campo autônomo que é o direito, buscar os fundamentos últimos – caso existam -, e os significados possíveis e razoáveis dos comandos normativos, em particular na tentativa de responder ao

¹¹ “Value is one big thing. The truth about living well and being good and what is wonderful is not only coherent but mutually supporting: what we think about any one of these must stand up, eventually, to any argument we find compelling about the rest. I try to illustrate the unity of at least ethical and moral values: I describe a theory of what living well is like and what, if we want to live well, we must do for, and not do to, other people”. DWORKIN, Justice for Hedghogs..., p. 1.

¹² LAFER, A Reconstrução dos Direitos Humanos..., pp. 17-18.

problema proposto, distanciando-se, o quanto possível, do aporético problema da justiça em sentido extrajurídico, isto é, decorrente de um valor supra histórico ou moral, uma vez que “A justiça absoluta é um ideal irracional porque pode derivar apenas de uma autoridade transcendente, isto é, de Deus [...]” e, por isso, revela-se “[...] uma eterna ilusão”¹³.

A resposta que se procura, portanto, parte de uma concepção humana, demasiada humana da justiça, isto é, aquela inerente (decorrente, portanto) e imanente (no sentido estrito do termo, composto pelos termos latino *in* e *manere*, e que desde a concepção spinozana, é aquela realidade que dá-se e mostra-se a si mesma sem qualquer vínculo ou dependência a uma causa transcendente¹⁴) ao Estado de Direito, à Democracia e ao Direito Internacional dos Direitos Humanos em suas mútuas interdependências, como de resto o evidencia os itens 5 e 8 da Declaração e Programa de Viena:

5. Todos os Direitos Humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve considerar os Direitos Humanos, globalmente, de forma justa e equitativa, no mesmo pé e com igual ênfase. Embora se deva ter sempre presente o significado das especificidades nacionais e regionais e os diversos antecedentes históricos, culturais e religiosos, compete aos Estados, independentemente dos seus sistemas políticos, econômicos e culturais, promover e proteger todos os Direitos Humanos e liberdades fundamentais.

[...]

8. A democracia, o desenvolvimento e o respeito pelos Direitos Humanos e pelas liberdades fundamentais são interdependentes e reforçam-se mutuamente. A democracia assenta no desejo livremente expresso dos povos em determinar os seus próprios sistemas políticos, econômicos, sociais e culturais e a sua participação plena em todos os aspectos das suas vidas. Neste contexto, a promoção e a proteção dos Direitos Humanos e das liberdades fundamentais, a nível nacional e internacional, devem ser universais e conduzidas sem restrições adicionais. A comunidade internacional deverá apoiar o reforço e a promoção da democracia, do desenvolvimento e do respeito pelos Direitos Humanos e pelas liberdades fundamentais no mundo inteiro.

Com efeito, segundo Rodolfo Vásquez, o campo de tensão e batalha própria de toda filosofia do direito é aquele pertinente às relações existentes entre direito e moral, vale dizer, as relações possíveis e influências recíprocas que existam entre estes dois campos, se é que elas existam ou deveriam existir¹⁵.

¹³ *Apud* LOSANO, Mário G. O valor da justiça na obra de Kelsen, tradução de Judá Leão Lobo, Revista da Faculdade de Direito – UFPR, vol. 59, n. 2, 2014, p. 32.

¹⁴ SPINOZA, Benedictus de. Ética, tradução e notas Tomaz Tadeu, Belo Horizonte: Autentica, 2008, pp. 13-15.

¹⁵ VÁSQUEZ, Rodolfo. Entre la Libertad y la Igualdad. Introducción a la Filosofía del Derecho, Madrid: Trotta, 2006, p. 17.

Assim, se para um campo bastante amplo – no qual poderíamos situar, somente para fins de exemplificação, desde os jusnaturalismos, passando pelos diversos realismos jurídicos e a escola anglo-saxã prosseguidora ou influenciada pelo utilitarismo –, direito e moral se encontram no mesmo campo de normatização – formariam, portanto, círculos concêntricos, em que o círculo maior – a moral –, abarcaria o direito – o menor –, devendo este expressar, tanto quanto possível, e sob pena de ilegitimidade, preceitos morais.

Para Klaus Günther, por exemplo, o próprio processo de interpretação e aplicação das normas jurídicas, isto é, a fundamentação de sua validade/legitimidade e a justificação de sua aplicação aos casos concretos se daria pela submissão do direito à moral, uma vez que ela seria a instância última de universalização da normatividade reclamada por sociedades que se organizam em torno do que é bom e justo. Mais do que um problema da razão teórica, fundamentar e justificar as decisões jurídicas é um ato da razão prática sendo, portanto, orientada *a priori* pela moralidade (fundamentação), e não pelo direito¹⁶.

Já outras escolas, partindo, em maior ou menor medida, da distinção kantiana entre direito e moral, como seja, da distinção entre autonomia – derivada do princípio kantiano da maioridade moral do ter-se “[...] coragem de te servires do teu próprio entendimento”¹⁷ e heteronomia, identificada por Kant a partir da expressão “[...] a vontade não se dá a lei a si mesma, mas é sim um impulso estranho que dá a lei”¹⁸, direito e moral são instâncias independentes *vis-à-vis*, e que se conformam em círculos não secantes e, portanto, estanques no que concerne a uma influência recíproca.

Tais teorias são defendidas, e.g., pelos positivismo jurídicos, em particular os não inclusivos e a teoria crítica hermenêutica do direito de Lenio Streck no Brasil, pelas quais não há nem pode haver, sob pena de perda significativa do postulado da segurança jurídica e da autoridade e autonomia do Direito, submissão do direito à moral.

Como dito em outra oportunidade, com especial referência à teoria crítica de Lenio Streck¹⁹,

¹⁶ GÜNTHER, Klaus. Teoria da argumentação no direito e na moral, tradução Cláudio Molz, Belo Horizonte: Landy, 2004.

¹⁷ KANT, Immanuel. Resposta à pergunta: o que é o iluminismo?, in A paz perpétua e outros opúsculos, tradução de Artur Morão, Lisboa: Edições 70, 1990, p. 9.

¹⁸ KANT, Immanuel. Fundamentação à metafísica dos costumes, tradução de Paulo Quintela, Lisboa: Eduções 70, 2007, p. 90.

¹⁹ DE OLIVEIRA, Marcus Vinícius Xavier. A derrogação da Lei de Anistia no caso brasileiro: um dilema entre a imprescritibilidade e a proibição de irretroatividade. Uma análise a partir da cláusula *pro homine* e do postulado da razão prática, Revista Opinião Filosófica, PUC/RS, v. 08, n. 01, 2017, pp. 206-208.

[...] se a tarefa essencial que cabe à Ciência Jurídica é a de constituir-se em um conjunto de teorias orientadas pela racionalidade jurídica que têm por função subministrar fundamentos e princípios para a interpretação dessas normas, num regime democrático, fundado sobre a necessidade de se coarctar o quanto e o mais possível a arbitrariedade e/ou a discricionariedade dos agentes estatais, esta coarctação se dá, de um lado, na submissão de todas as normas à Constituição, ato com o qual se limita o poder do legislador, e de outro lado na delimitação do *juris dicere*, *i.e.*, em não permitir ou legitimar que juízes possam dar às palavras com as quais se gravam as normas em uma sociedade democrática o sentido que eles queiram dar, quanto mais se esta interpretação não estiver estribada em princípios jurídicos, mas em postulados morais, políticos etc [...].

Contudo, não se pode negar que entre direito e moral possa existir uma correspondência conteudística entre o que é bom/justo mal/injusto. Assim, o estupro, do ponto de vista moral, é um mal que se pratica em detrimento da autonomia sexual de outrem, sendo que, da perspectiva do direito, se constitui em crime, haja vista a reprovabilidade penal do comportamento, uma vez que a autonomia sexual é um bem jurídico penalmente relevante; a corrupção, pública ou privada, é moralmente reprovável e constitui-se em um mal à coletividade (reprovação moral), da mesma forma que, para o direito, a prática de atos de corrupção constituem-se em comportamentos ilícitos que atraem, segundo o caso, sanções de caráter político, administrativo e/ou criminal.

Entretanto, apesar da semelhança na reprovabilidade de tais comportamentos, direito e moral têm respostas diversas desde suas estruturas normativas, posto operarem a partir de códigos binários próprios: a moral a partir da polaridade bom/mal; o direito desde a polaridade lícito/ilícito. Além disso, a natureza da sanção cominada também é diversa: na moral, ou uma autorreprovação pelo agente ou uma de caráter difuso pelos membros da sociedade; no direito de caráter institucional, na medida em que cabe às instâncias pré-existentes ao comportamento ilícito exercer a persecução necessária para se impor ao agente a sanção jurídica.

Aquelas polaridades têm fundamentos em razões de decidir distintas, não podendo ser nem confundidas nem sobrepostas uma à outra em razão da decantada autonomia *vis-à-vis*, mormente porque em muitas circunstâncias da vida social aquela correspondência entre preceito moral/prescrição jurídica não existe, como o demonstram alguns temas da vida pública em que existem dissensos morais irredutíveis à conciliação, tais como o aborto, as uniões homoafetivas, a eutanásia, a descriminalização das substâncias ilícitas, a inserção de temas sensíveis do ponto de vista da moralidade majoritária nos regimes de educação etc. Em tais

casos, como dito, ante a impossibilidade de consenso – são dissensos morais profundos -, não deve caber ao direito optar por uma concepção moral “A” ou “B”, mas permitir, desde o postulado da neutralidade, que as normas jurídicas regulem tais comportamentos a partir dos princípios jurídicos que lhes dão espeque e legitimam a sua vigência jurídico-normativa.

Para que fique mais clara a asserção acima²⁰. É óbvio que nas diversas fases de deliberação acerca de um projeto de lei, os possíveis argumentos advindos do direito, da moral, das concepções religiosas, dentre outras, tendem a esfumar aquela autonomia normativa entre os campos, e desde uma perspectiva democrática e plural, esta esfumação é plenamente legítima, guardados os limites de legitimidade discursiva decorrentes dos princípios da universalidade²¹ e da não-discriminação. Contudo, uma vez promulgada a norma, a autonomia entre direito e moral deve prevalecer sobre as opções morais, políticas, econômicas daquele que irá aplicar a norma. Salvo a hipótese, *e.g.*, de ter-se a necessidade de se fazer os controles de constitucionalidade (ato normativo em relação de inferioridade vertical face à Constituição) ou de convencionalidade (ato normativo em relação de inferioridade vertical face aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos), pelas quais o aplicador do direito deverá, caso interprete a norma inconstitucional ou incompatível com o *standard* normativo internacional, declará-la nula²², não lhe é cabível atribuir sentido diverso àquele que é dado pelo próprio programa

²⁰ Agradeço ao Professor Doutor Paulo Roberto Konzen, do Departamento de Filosofia da Universidade Federal de Rondônia e da Sociedade Hegel Brasileira, pela provocação acerca desse aspecto em particular do trabalho.

²¹ A referência ao princípio da universalidade pode ser compreendido a partir de duas acepções, uma estritamente jurídica, isto é, enquanto princípio jurídico fundamental do Direito Internacional dos Direitos Humanos que ilide, absolutamente, a exclusão de qualquer pessoa da esfera de proteção do direito desde o direito à personalidade jurídica, e de outra perspectiva desde a concepção habermasiana contida no princípio U. Com efeito, Habermas, tomando por norte diferidor entre autonomia moral/razão prática e heteronomia/agir comunicativo, objetivando solvera controvérsia em torno do problema do solipsismo moral kantiano, propõe o conhecido Princípio U, segundo o qual “Todas as normas válidas tem que preencher a condição de que as consequências e efeitos colaterais que previsivelmente resultem de sua observância universal, para a satisfação dos interesses de todo indivíduo, possam ser aceitas sem coação por todos os interessados”. Em outros termos, numa sociedade democrática, a condição de validade de uma decisão acerca da criação de uma regra não existe *a priori*, uma vez que a ética do discurso se propõe, somente, a oferecer procedimentos racionais para a sua criação. HABERMAS, Jürgen. Notas programáticas para a fundamentação de uma ética do discurso, *in* Consciência moral e agir comunicativo, tradução de Guido A. de Almeida, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, pp. 61-142.

²² Importante destacar que se não trata de uma opção ou faculdade, mas de um dever advindo, conforme o caso, ou da supremacia da Constituição ou da prevalência do Direito Internacional sobre o direito nacional. Nesse sentido, a clareza presente no voto do *Chief Justice* John Marshall no caso *Marbury vs. Madison*, em 1803, fixa-se como um claríssimo paradigma do se discute na presente seção: “A Constituição ou é uma lei superior e predominante, e lei imutável pelas formas ordinárias, ou está no mesmo nível juntamente com as resoluções ordinárias da legislatura e, como as outras resoluções, é mutável quando a legislatura houver por bem modificá-la. Se é verdadeira a primeira parte do dilema, então não é lei a resolução legislativa incompatível com a Constituição; se a segunda parte é verdadeira,

normativo da norma, quanto mais se o (res)significado vir a decorrer de suas concepções particulares acerca da moral, da política etc. Embora se possa reconhecer, como já o afirmava Pontes de Miranda²³, um espaço para a crítica *de lege ferenda*, a mesma não se pode ser *de lege lata*, uma vez que o aplicador do Direito, enquanto órgão do Estado, está submetido aos limites do exercício do poder que é imanente a um regime democrático e fundado sobre a legitimidade constitucional que os direitos e garantias fundamentais interpõem.

É importante, nesse sentido, destacar que o tema dos Direitos Humanos – desde o seu significado, passando por seus fundamentos e chegando, por fim, à sua eficácia concreta –, como regra geral, estão submetidos a profundos dissensos morais, mormente em sociedades desiguais e profundamente violentas, em que tem havido um crescimento de discursos políticos, morais, religiosos e econômicos de deslegitimação, muitos chegando a propor, por ignorância ou má-fé ou mesmo uma soma dos dois, um genuíno retorno à *civitas dissoluta* e à *bellum omnis contra omnes* que Hobbes descreveu no parágrafo primeiro do *De Cive*²⁴.

então as Constituições escritas são absurdas tentativas do povo para delimitar um poder por sua natureza ilimitável. Certamente, todos quantos fabricaram Constituições escritas consideraram tais instrumentos como lei fundamental e predominante da nação e, conseqüentemente, a teoria de todo governo organizado por uma Constituição escrita, deve ser que é nula toda resolução legislativa com ela incompatível [...] Se nula é a resolução da legislatura incompatível com a Constituição, deverá, a respeito de sua nulidade, vincular os tribunais e obrigá-los a dar-lhe efeito? Enfaticamente, é a província e o dever do Poder Judiciário dizer o que é lei. Aquele que aplicam a regra aos casos particulares devem necessariamente expor e interpretar essa regra. Se duas leis colidem uma com a outra, os tribunais devem julgar acerca da eficácia de cada uma delas. Assim, se uma lei está em oposição com a Constituição, se aplicadas ambas a um caso particular, o tribunal se vê na contingência de decidir a questão em conformidade com a lei, desrespeitando a Constituição, ou consoante a Constituição, desrespeitando a lei; o tribunal deverá determinar qual destas regras em conflito regerá o caso. Esta é a verdadeira essência do Poder Judiciário. Se, pois, os tribunais têm por missão atender à Constituição e observá-la e se a Constituição é superior a qualquer resolução ordinária da legislatura, a Constituição, e nunca essa resolução ordinária, governará o caso a que ambas se aplicam”. *Apud* CLÈVE, CLèmerson-Merlin. A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro, 2 ed., São Paulo: RT, 2000, pp. 31-34.

²³ “Interpretar a lei não é só criticá-la: é inserir-se nela, e fazê-la viver. A exigência, portanto, cresce de ponto, em se tratando de Constituição. Com a antipatia não se interpreta, - ataca-se; porque interpretar é pôr-se do lado do que se interpreta, numa intimidade maior do que permite qualquer anteposição, qualquer contraste, por mais consentinte, mais simpático, que seja, o intérprete e do texto. Portanto, a própria simpatia não basta. É preciso compenetrar-se do pensamento que esponta nas regras jurídicas escritas; e, penetrando-se nelas, dar-lhes a expansão doutrinária e prática, que é o comentário jurídico. Só assim se executa o programa do jurista, ainda que, de quando em vez, se lhe juntem conceitos e correções de *lege ferenda*”. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Constituição e interpretação, *in* SARAIVA, Paulo Lopo (Coord). Antologia luso-brasileira de Direito Constitucional: homenagem a Paulo Bonavides, Brasília: Brasília Jurídica, 1992, p. 121.

²⁴ “[...] *ostendo primo conditionem hominum extra societatem civilem, quam conditionem appellare liceat statum naturæ, aliam non esse quam bellum omnium contra omnes; atque in eo bello jus esse omnibus in omnia*”. HOBBS, Thomas. *De cive*, Oxford: Clarendon Press, 1983, p. 1.

Mas há, também, um profundo dissenso entre os legitimadores dos Direitos Humanos acerca de seus significados e da fundamentação de suas pretensões políticas de reconhecimento jurídico que partem, como não poderia deixar de ser, de argumentos morais e ou políticos, e não jurídicos. Em outros termos, apesar do Direito, quer-se impor um significado ou uma determinada extensão a um Direito não a partir de argumentos e fundamentos jurídicos, mas morais. Um exemplo muito significativo, nesse último sentido, foi a defesa feita na Argentina, logo após o término da ditadura militar, da constituição de tribunais *ad hoc* e excepcionais com competência para julgar os agentes dos subsistemas da repressão política que estavam a ser acusados do cometimento de graves crimes internacionais. Os argumentos, políticos e morais então arguidos, era o de que, para crimes excepcionais seria necessária uma justiça também excepcional e rígida, algo como um violar-se para proteger-se os Direitos Humanos²⁵.

Pois bem. Adotou-se no presente trabalho o pressuposto de que a distinção entre direito e moral é condição necessária para a tomada de decisões no âmbito jurídico, uma vez que, acaso os agentes públicos dotados de competência para decidir sejam legitimados a fazê-lo a partir de fundamento decorrentes não do programa normativo e de conformidade com os postulados e os princípios fundamentais da ciência do direito, mas de sua moralidade particular, dá-se espaço não ao governo pelas leis – que é a condição essencial de qualquer sistema democrático –, mas de homens²⁶, sem que, doutro passo, tenha-se a possibilidade de exercer o controle concreto sobre suas atividades públicas, com grave e contínua perda de um dos direitos mais importantes que concerne aos cidadãos: a segurança jurídica.

Desde essa distinção, uma decisão jurídica não será certa ou errada porque conforme a postulados morais A, B ou C, mas porque fundadas e legitimadas nos princípios jurídicos fundamentais que organizam a sociedade, em especial aqueles de estatura constitucional e/ou derivados do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Assim, decidir em Direito não é fazer opções entre um mal maior e um mal menor, argumento que supõe a possibilidade de se admitir e aceitar, sub-repticiamente, o próprio

²⁵ REVISTA CONSULTOR JURÍDICO. ZAFFARONI, Raul Eugênio. É mentira dizer que a corrupção será derrotada com o Direito Penal, *in* <http://www.conjur.com.br/2015-nov-01/entrevista-raul-zaffaroni-jurista-ministro-aposentado-argentino>, acessado em 02.nov.15, às 7:00.

²⁶ BOBBIO, N. O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo, 13 ed., São Paulo: Paz e Terra, 2015, p. 151-171.

mal²⁷, mas por princípios jurídicos, as únicas instâncias de legitimidade e validade para as demais normas jurídicas e das decisões de agentes públicos, em especial os juízes²⁸.

RELATIVISMO OU ABSOLUTISMO DOS DIREITOS

Um segundo ponto que deve ser enfrentado no presente trabalho refere-se à questão de se saber se os Direitos, como regra geral, são absolutos ou relativos, questão essa que, pode-se notar desde a construção do problema, não encerra uma resposta unívoca, pois além de se tratar de um tema jurídico, é também um tema das filosofias política e moral, sede na qual a aporia entre absolutismo e relativismo é, por definição, insolúvel²⁹.

Mas o que vem a ser absolutismo e relativismo na filosofia, e que tanto influencia o discurso “jurídico” das mais diversas tendências?

Segundo Hans Kelsen, absolutismo é a teoria filosófica que parte de uma perspectiva fundacional de natureza metafísica, segundo a qual existe uma realidade absoluta, entendida como algo que existe independentemente do conhecimento humano: “Logo, sua existência é objetiva e ilimitada no ou para além do espaço e do tempo, aos quais restringe-se o conhecimento humano”³⁰. Se existe, portanto, uma realidade absoluta a ela se liga uma verdade absoluta, bem como valores absolutos, implicando, necessariamente, em uma existência perfeita. A consequência do absolutismo filosófico é a existência de valores absolutos que são válidos para todos, “[...] sempre e em todo o lugar, e não apenas em relação ao sujeito do juízo [...]”³¹, tendo referida doutrina por consequência mais importante a afirmação de que a função “[...] do conhecimento humano é meramente a de refletir, como um espelho, os objetos existentes em si mesmos [...]”³².

Já o relativismo, também denominado de empirismo, pelo revés, parte da perspectiva de que a realidade é um elemento intrínseco ao conhecimento humano, e de que a “[...]”

²⁷ Se somos confrontados com dois males, assim reza o argumento, é nosso dever optar pelo menor, ao passo que é irresponsável nos recusarmos a escolher [...] [Dá-se que] A aceitação de males menores é conscientemente usada para condicionar [...] a aceitar o mal em si mesmo”. ARENDT, Hannah. Responsabilidade e Julgamento, tradução de Rosaura Eichenberg, São Paulo: Cia das Letras, 2004, pp. 98-99.

²⁸ STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, Constituição e autonomia do direito, Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito, Vol. I, n. I, 2009, pp. 65-77.

²⁹ KELSEN, Hans. Absolutismo e Relativismo na Filosofia e na Política, in A Democracia, 2 ed., traduzido por Jefferson Luiz Camargo e Marcelo Brandão Cipolla, São Paulo: Martins Fontes, 2000, pp. 347-357.

³⁰ KELSEN, Absolutismo e Relativismo na Filosofia e na Política..., p. 347.

³¹ KELSEN, Absolutismo e Relativismo na Filosofia e na Política..., p. 348.

³² KELSEN, Absolutismo e Relativismo na Filosofia e na Política..., p. 348.

realidade é relativa ao sujeito cognoscente”³³. Em síntese, não existe uma realidade, mas realidades, e onde há realidades, há pluralidade e relativismo.

Se a concepção absolutista-racionalista traz em si uma relação de sujeição do sujeito cognoscente ao que existe *a priori*, como seja, ele não tem autonomia ou poder para alterar o que existe *per se*, o que pode gerar, como de fato gerou, enormes injustiças na aplicação político-jurídico-religiosa desta concepção (basta-nos lembrar no absolutismo monárquico na Europa dos séculos XVI e XVIII, do regime segregacionista dos EUA ou o Apartheid na África do Sul, do sistema jurídico-religioso do Taleban no Afeganistão ou os diversos totalitarismos e regimes autoritários que vicejaram ou ainda existem), a teoria relativista pode gerar duas consequências que, se não forem enfrentadas, constituem-se em verdadeiras aporias, a saber, o solipsismo paradoxal e o pluralismo.

Entende-se por solipsismo paradoxal o raciocínio que leva o sujeito cognoscente a se entender como única realidade existente, ou seja, se é o ego quem cria o seu objeto de conhecimento, ele, e não aquele, é que existe. Ora, tal conclusão fundar-se-ia em um paradoxo pois, se o sujeito cognoscente é a única realidade existente, logo ele seria uma realidade absoluta, o que contraditaria todo o pensamento relativista por incorrer na falácia da petição de princípio.

Já por pluralismo³⁴ há de se entender a possibilidade de existirem tantas realidades quantos egos existentes, pois, se a realidade é criada pelo sujeito cognoscente, cada um terá, criará a sua própria realidade, isto é, haverá tantos mundos quantos forem os sujeitos cognoscentes. Isto geraria outro paradoxo, na medida em que se contraporía à realidade vivida por todos.

A fim de se evitar tais conclusões, o relativismo nega a possibilidade tanto do solipsismo quanto do pluralismo, adotando-se como paradigma à isonomia dos sujeitos cognoscentes.

Segundo Kelsen

Considerando, como verdadeiro relativismo, a mútua relação entre os vários sujeitos do conhecimento, esta teoria compensa sua incapacidade de assegurar a existência objetiva de um único e mesmo mundo para todos os sujeitos pela suposição de que os indivíduos, enquanto sujeitos

³³ KELSEN, Absolutismo e Relativismo na Filosofia e na Política..., p. 348.

³⁴ Gnosiológico, e não o político, frise-se, já que este se constitui, por assim dizer, na pedra de toque do constitucionalismo contemporâneo, uma vez ser a razão fundamental pela qual as sociedades políticas se dão uma constituição. Com efeito, conforme Michel Rosenfeld, “[...] o constitucionalismo depende do pluralismo e pode, em última instância, ser visto como aquele que outorga os meios para institucionalizar o pluralismo”. ROSENFELD, Michel. A Identidade do Sujeito Constitucional, traduzido por Menelick de Carvalho Neto, Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 36.

do conhecimento, são iguais. Essa suposição implica também a igualdade dos processos de cognição na mente dos sujeitos e, assim, torna possível admitir que os objetos do conhecimento, assim como os resultados desses processos individuais, estão em conformidade, o que é confirmado pelo comportamento exterior dos indivíduos³⁵.

Assim, as correntes absolutistas dos direitos nos remetem às diversas tradições jurídicas, desde a antiguidade à moderna, especialmente referidas à filosofia jusnaturalista, posto que tal corrente concebe os Direitos “naturais” do homem como algo supra histórico e dado *a priori*. Já a corrente relativista nos remetem às teorias institucionalistas, democráticas, positivistas e culturalistas, para enfeixarmos as mais diversas tendências em um número limitado de conceitos, cuja compreensão no tocante à existência de direitos absolutos é a de negá-la.

Assim, como regra, os direitos não são absolutos, pois não têm uma pré-existência, ou mesmo existência fora da sociedade humana, que quando compreendida desde uma perspectiva comparatística, é essencialmente plural, sendo que, por serem criados a partir dessa sociabilidade e condicionados em sua normogênese à própria facticidade histórica que lhes deram origem, são relativos, pois se ligam à pessoa humana não somente enquanto um ser-em-si, mas principalmente como ser-com: um ser que vive em comunidade.

Neste sentido, Wilson Antônio Steinmetz:

Que os Direitos fundamentais não são absolutos e ilimitados é possível demonstrar e provar deste diversos pontos de vista. Desde um ponto de vista fenomenológico-existencial, a existência humana se caracteriza pela co-existência. O homem é um ser-com, um ser inserido no processo histórico-social. Assim, se os homens coexistem, então os Direitos também coexistem, co-determinam-se e se co-limitam. Os limites aos Direitos fundamentais decorrem da própria socialidade humana. Apenas em um estado de natureza de tipo hobbesiano, no qual os indivíduos vivem isolados e em permanente beligerância (*bellum omnium contra omnes; homo homini lupus*) os Direitos são ilimitados e ilimitáveis (*ius omnium in omnia*). E mesmo assim seria de se indagar se o que existe nesse estado são Direitos ou uma outra coisa qualquer.³⁶

Assim, resta evidente que os direitos não são absolutos, mas sim relativos, na medida em que:

- a) são conquistas historicamente referidas;
- b) os direitos serão aqueles positivados de forma explícita ou implícita no ordenamento jurídico, devendo-se considerar, doutro polo, que as pretensões de direito não positivadas

³⁵ KELSEN, Absolutismo e Relativismo na Filosofia e na Política..., p. 349.

³⁶ STEINMETZ, Wilson Antônio. Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 17.

explícita ou implicitamente, não são direitos, mas pretensões políticas e ou morais de seu reconhecimento. Conforme Riccardo Guastini:

Normalmente a reivindicação de um direito moral ou “natural” não tem outro objetivo que o de pleitear que tal direito seja “positivado”, isto é, reconhecido e garantido pelo direito positivo. Em outras palavras, quem reivindica um direito moral, na maior parte dos casos, leva a cabo uma operação política com o objetivo de modificar o ordenamento jurídico vigente.³⁷

c) assumem as mais variadas configurações, por serem obra de um dado povo, em um dado momento de sua formação cultural, e

d) por serem “elementos” de convivência entre as pessoas de uma dada sociedade, devem ser relativos, pois se absolutos, o Direito de “um” excluiria o Direito do “outro”, o que nos levaria, em última instância, à sociedade pré-contratual de Hobbes³⁸.

Em síntese, reconhecer a relatividade dos direitos é a condição necessária para que haja uma convivência equilibrada entre os seus titulares, além de também ser condição necessária ao controle do poder do Estado.

NEM TUDO É RELATIVO E PONDERÁVEL

A ideia central, portanto, é a de que não existem direitos absolutos, uma vez que eles estão submetidos àquele postulado da colimitação e fruição limitada pela proporcionalidade, pela razoabilidade e a vedação do abuso do direito, e isso vale, *prima facie*, para todos os direitos, sejam quais forem a origem e a hierarquia normativa da norma que os assegure.

Contudo, nada obstante essa regra geral, existem determinados direitos que não estão submetidos a nenhum tipo de limitação, podendo-se, nesse sentido, ser conceituados como direitos absolutos. E por quê? Porque, normativamente, o legislador, nacional ou internacional, institui em relação aos mesmos uma proteção não-restringível quer ao Estado quer a terceiros, pois, seja qual for a circunstância fática, instituem uma proteção absoluta que não está sujeita a nenhuma limitação pelos postulados da proporcionalidade e/ou da razoabilidade.

Para ficarmos no campo da dogmática dos direitos fundamentais, esses direitos instituem aquilo que Alexy denomina de direitos a ações negativas, vale dizer, direitos pelos

³⁷ GUASTINI, Riccardo. Direitos: uma contribuição analítica, tradução de Marcus Vinícius Xavier de Oliveira, in DANNER, Leno Francisco, DE OLIVEIRA, Marcus Vinícius Xavier. Filosofia do Direito e contemporaneidade, Porto Alegre: Fi, 2015, p. 40 (35-55)

³⁸ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Poder e Direito, Estudo de Filosofia do Direito: Reflexões Sobre o Poder, a Liberdade, a Justiça e o Direito, São Paulo: Atlas, 2002, pp. 15-70.

quais os cidadãos podem exigir em relação ao Estado e a terceiros uma não afetação dos interesses juridicamente tutelados, mormente aqueles relacionados à integridade física e psíquica do indivíduo³⁹, bem como os deveres constitucionais e internacionais de os Estados criem instituições eficazes de prevenção geral e especial destes comportamentos, inclusive através de suas tipificações na forma de crimes e do exercício da persecução penal⁴⁰.

Como já visto, todo direito “nasce” a partir de determinadas necessidades históricas, objetivando o aperfeiçoamento da tutela jurídica sobre determinadas esferas da vida humana e institucional que até então, por motivos vários, ou não eram juridicamente tuteladas, ou não o eram de forma suficiente. Em outros termos, é a experiência histórica, bem como o surgimento de uma consciência coletiva de proteção de determinados interesses, que permitem o aperfeiçoamento do ordenamento jurídico no intento de coibir práticas que, desde esses momentos, passam a ser considerados inadmissíveis.

Pois bem. Esses direitos absolutos ou não restringíveis de que cuidamos surgem a partir da *magna trepidatio* que foram a 2ª Guerra Mundial, Auschwitz e a Experiência Totalitária, concebida por Hannah Arendt como a manifestação política daquilo que ela denomina de descartabilidade da vida humana. Se na tradição ocidental a vida humana sempre fora concebida como o direito humano *par excellence* a partir do qual todos os demais direitos defluíam, a experiência totalitária nos demonstra como, quebrando-se referida tradição, a vida humana passa a ser descartável e submetida ao poder totalitário na forma de uma negação absoluta da cidadania – impolítica, paternalismo político e minoridade cívica⁴¹, seja na forma da matabilidade da vida que se decide não merecer ser vivida⁴².

Nesse quadro de ideias, é importante observar como determinados direitos passaram a ser protegidos de forma absoluta, isto é, sem que seja possível, juridicamente falando, as suas derivações ou mitigações por outra norma, ou relativizados ou restringidos por circunstâncias de excepcionalidade política.

³⁹ ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales, 2 ed., traduzido por Ernesto Garzon Valdés, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, pp. 193 e ss.

⁴⁰ DE OLIVEIRA, Marcus Vinícius Xavier. Tipificação do desaparecimento forçado de pessoas no direito brasileiro: problemas decorrentes da interconexão entre Direito Penal Internacional e Direito Penal, Porto Alegre: Fi, 2016, pp. 226-264.

⁴¹ ARENDT, Hannah. As origens do totalitarismo, tradução de Roberto Raposo, São Paulo: Cia das Letras, 1989.

⁴² AGAMBEN, Giorgio. Homo sacer: o poder soberano e a vida nua, I, tradução de Henrique Burigo, Belo Horizonte: Editora UFMG, 2004; DE OLIVEIRA, Marcus Vinícius Xavier. Guerra ao terror: da biopolítica à bioguerra, 2 ed., Porto Alegre: Fi, 2014, 70-119.

Para Bobbio, a dificuldade em se aceitar a existência de determinados direitos absolutos se liga a diversos fatores, sejam eles político-jurídicos decorrentes do conceito de soberania, sejam eles decorrentes da ambiguidade semântica que envolve o próprio conceito de direitos humanos, pois

Além das dificuldades jurídico-políticas, a tutela dos direitos do homem vai de encontro a dificuldades inerentes ao próprio conteúdo desses direitos [...]. Dado que a maior parte desses direitos são igualmente aceitos pelo senso moral comum, crê-se que o seu exercício seja igualmente simples. Mas, ao contrário, é terrivelmente complicado. Por um lado, o consenso geral quanto a eles induz a crer que tenham um valor absoluto; por outro lado, a expressão genérica e única “direitos do homem” faz pensar numa categoria homogênea. Mas, ao contrário, os direitos do homem, em sua maioria, não são absolutos, nem constituem de modo algum uma categoria homogênea⁴³.

Contudo, referidas dificuldades não ilidem que determinados direitos sejam submetidos a uma proteção absoluta por não permitirem a ponderação normativa, procedimento através do qual, havendo conflito entre normas de direitos fundamentais em um caso concreto, deverá o interprete/aplicador do direito, por intermédio do princípio da proporcionalidade em sentido estrito, afastar um princípio em favor de outro⁴⁴. Com efeito, para Bobbio, há de se entender

[...] por “valor absoluto” o estatuto que cabe a pouquíssimos direitos do homem, válidos em todas as situações e para todos os homens sem distinção. Trata-se de um estatuto privilegiado, que depende de uma situação que se verifica muito raramente; é a situação na qual existem direitos fundamentais que não estão em concorrência com outros direitos igualmente fundamentais. É preciso partir da afirmação óbvia de que não se pode instituir um direito em favor de uma categoria de pessoas sem suprimir um direito de outras categorias de pessoas. O direito a não ser escravizado implica na eliminação do direito de possuir escravos, assim como o direito de não ser torturado implica a eliminação do direito de torturar. Esses dois direitos poder ser considerados absolutos, já que a ação que é considerada ilícita em consequência de sua instituição e proteção é universalmente condenada.⁴⁵

No mesmo sentido Delmas-Marty, para quem, se é fato que, normativamente, existe uma limitação recíproca entre normas de direitos humanos, existem, no entanto, e por expresse reconhecimento dos tratados internacionais regentes sobre a matéria, determinados

⁴³ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*, tradução de Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 60.

⁴⁴ ALEXY, Teoría de los derechos fundamentales..., pp. 93-103.

⁴⁵ BOBBIO, *A era dos direitos...*, p. 61

direitos aos quais não se pode, em circunstância alguma, restringir, submetidos que estão a uma proteção absoluta⁴⁶:

Apresentados pela Declaração Universal de 1948 como “um ideal comum a atingir”, nela os direitos do homem são todos proclamados, com a mesma força, sem restrição aparente. No entanto, o artigo 29-2 dessa Declaração admite a existência de “limitações”, especificando que elas devem ser “estabelecidas pela lei [...]”. Na mesma ocasião surgiu a questão de saber se todos os direitos enunciados são submetidos a tais limitações ou se alguns dentre eles escapam-lhes, beneficiando-se de uma proteção absoluta [...] Essa definição exclui da categoria dos direitos com proteção absoluta o direito à vida, pois os textos enunciados admitem todos a exceção da pena de morte e a da legítima defesa [...] [havendo, entretanto] na hierarquia dos valores um bem mais precioso do que a vida, tão precioso que não ousam nomeá-lo, senão por uma proibição: proibição da tortura e dos tratamentos desumanos ou degradantes, proibição da escravidão e da servidão, proibição das expulsões coletivas, às quais o Pacto da ONU acrescenta a proibição de impor a uma pessoa, sem o seu consentimento, uma experiência médica ou científica, e uma obrigação, a de reconhecer em todos os lugares a personalidade jurídica de cada qual [...] Pertencem a essa mesma categoria o direito à não discriminação, assim como o direito à presunção de inocência.

Em outros termos, se é certo que o Direito Internacional assegura aos Estados ampla discricionariedade na assunção e consecução de obrigações internacionais de caráter sinalagmático, no concernente ao Direito Internacional dos Direitos Humanos e ao Direito Penal Internacional tais atributos perdem espaço à conformação de uma estrutura normativa objetiva e cogente que tem por consequência, para os Estados violadores, a possibilidade de imputação de responsabilidade internacional na forma daquilo o Drafts Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts denomina de “atos ilícitos internacionais excepcionalmente graves” (*exceptionally serious wrongful act*)⁴⁷, e em relação aos indivíduos, a imputação de responsabilidade penal direta perante o Direito Internacional, evidenciando-se como isso, doutro passo, o postulado da sobreposição (*overlap*)⁴⁸ entre responsabilidade coletiva e responsabilidade penal individual no âmbito desses dois ramos do Direito Internacional contemporâneo⁴⁹.

⁴⁶ DELMAS-MARTY, Mireille. Por um Direito Comum, tradução de Maria Ermantina de A. P. Galvão, São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 62.

⁴⁷ United Nations. International Law Commission. Drafts Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries, 2001, p. 142, disponível em http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf, acessado 20/10/2007, às 15:45.

⁴⁸ BONAFE, Beatrice I. The relationship between State and individual responsibility for international crimes, Leiden: Martinus Nijhoff, 2009, pp. 23 e ss.

⁴⁹ DE OLIVEIRA, Tipificação do desaparecimento forçado de pessoas..., pp. 80-133.

Isto se aclara quando se apercebe que aqueles direitos humanos a que se defere uma proteção absoluta constituem-se, quando violados pelos Estados, de forma omissiva ou comissiva por desatenção à obrigação de “respeitar e fazer respeitar”, em crimes internacionais, como, *e.g.*, a tortura⁵⁰, o desaparecimento forçado de pessoa⁵¹, a discriminação racial, que em sua forma mais extrema se dá através da política de Apartheid⁵², a redução da pessoa à condição análoga de escravo⁵³, a submissão de indivíduos à experimentação médica ou científica não consentida, dentre outros, e que tipificam hipóteses de crimes contra a humanidade e/ou de guerra nos termos dos artigos 7 e 8 do Estatuto do Tribunal Penal Internacional.

Nesse sentido, à pergunta inicialmente feita – existem direitos absolutos? -, a resposta que se deve dar é: sim, embora poucos, eles são reconhecidos por disposições expressas de direito positivo.

⁵⁰ Assim, artigo V da Declaração Universal de Direitos Humanos Homem, artigo 7º do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, artigo 5, 2 da Convenção Americana de Direitos Humanos, artigos 3, a, 12 e 50 da Convenção de Genebra I, artigos 1 e 2 da Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, artigos 1 e 6 da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura e artigos 7, f (na conforme de crime contra a humanidade) e 8, 2, ii e 8, 2, c, i (na forma de crime de guerra) do Estatuto do Tribunal Penal Internacional.

⁵¹ Preâmbulo e artigos 1, a, b e d e 3 da Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado, Preâmbulo e artigos 3, 4 e 5 da Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas Contra o Desaparecimento Forçado e artigo 7, l, i do Estatuto do Tribunal Penal Internacional.

⁵² Nesse sentido, os artigos I, II e VI da Declaração Universal de Direitos Humanos, artigo 2, 1 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, artigos 1,1 e 13, 5 da Convenção Americana de Direitos Humanos, aos quais se somam a Declaração das Nações Unidas sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial e a Declaração das Nações Unidas Sobre os Direitos dos Povos Indígenas, em especial em seus artigos 1, 2 e 8. Ademais, nos termos do artigo 85, 4, c, a do Protocolo Adicional às Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949, Relativo à Proteção das Vítimas dos Conflitos Armados Sem Caráter Internacional, a discriminação racial instituída em detrimento de minorias constitui-se em grave violação às regras do Direito Internacional Humanitário, constituindo-se, nesse sentido, crime de Apartheid, espécie de crime de contra a humanidade nos termos da Convenção Internacional para a Supressão e Punição do Crime de Apartheid e do artigo 7, 1, j do Estatuto do Tribunal Penal Internacional.

⁵³ A abolição da escravidão, inicialmente na forma de norma internacional consuetudinária, e logo no início do século XX através de vários tratados internacionais, a se iniciar com a Convenção para a Abolição da Escravatura e do Tráfico de Escravos por Terra e Mar, de 1919 e a Convenção sobre a Escravidão, de 1926, que foram seguidas por inúmeros tratados internacionais, em especial em matéria de direitos humanos que proíbem, absolutamente, referida prática. Assim, *e.g.*, o artigo IV da Declaração Universal de Direitos Humanos, artigo 8º do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, o artigo 6º da Convenção Americana de Direitos Humanos etc. A redução de uma pessoa à condição análoga de escravo e o tráfico internacional de pessoas com o objetivo de exploração sexual, laboral etc, constitui-se, nos termos dos tratados internacionais aplicáveis à espécie, em formas graves de criminalidade organizada, econômica (Convenção de Palermo e Protocolos Adicionais), ou política, e por isso sancionados na forma de crimes internacionais próprios, *ex vi* do disposto no artigo 7, 1, c (crimes contra a humanidade) e artigo 8, 2, a, xxii (crime de guerra), do Estatuto do Tribuna Penal Internacional.

CONCLUSÃO: DIREITOS HUMANOS, DEMOCRACIA E A ESFERA DO INDECIDÍVEL

A ninguém é dado descurar que, no tempo presente, os direitos em geral, e os Direitos Humanos em particular, encontram-se sob um ataque sem quartel quer à sua legitimidade político-jurídica, quer à sua própria eficácia, mormente em razão do crescimento exponencial dos discursos de ódio e em favor de segregações e discriminações de todas as ordens, enfim, e para se utilizar uma expressão usualmente empregada pela criminologia crítica, de adesão subjetiva à barbárie⁵⁴, e que identifica a preponderância de práticas discursivas e comportamentais de violações contínuas aos Direitos Humanos.

Ora, se existe uma relação, como se tem até aqui argumentado, entre direito e democracia, essa relação deve se orientar, naquilo que é essencial àquele primeiro, por suas estruturas principiológicas e dogmáticas que não podem ser afastadas por nenhum pretexto ou argumento, seja político ou moral, sob pena de se derruir os próprios fundamentos do Estado de Direito, dentre os quais estão os princípios da liberdade, da estrita legalidade em Direito Penal, da segurança jurídica, da presunção de inocência e o da inviolabilidade absoluta daqueles direitos acima descritos e identificados.

Em outros termos, se cabe ao Estado tutelar os Direitos Humanos na forma de obrigações *erga omnes* decorrentes do Direito Internacional em regime de complementariedade com os Direitos Fundamentais constitucionalmente assegurados, esta tutela deve ser realizada a partir de seus próprios fundamentos e sem qualquer margem à relativização ou mitigação dos princípios fundamentais que o identificam, numa banda, como sistema normativo e institucional de tutela dos bens jurídicos mais relevantes em uma sociedade democrática, e d'outra assegurar, através de princípios e regras irrenunciáveis, uma esfera de indecidibilidade não somente em favor do indivíduo, mas de fundamentos últimos acerca da legalidade e da legitimidade do Estado de Direito.

Entende-se por esfera do indecidível, segundo Luigi Ferrajoli⁵⁵, o conjunto de normas fundamentais que estão subtraídas à vontade da maioria e dos próprios órgãos do Estado, e que pode ser identificada por quatro conteúdos essenciais:

⁵⁴ BATISTA, Vera Malaguti. Adesão subjetiva à barbárie, disponível em <http://comunicacao.fflch.usp.br/sites/comunicacao.fflch.usp.br/files/Adesaosubjetivaabarbarie.pdf>, acessado em 17.jan.2018, às 22:00.

⁵⁵ FERRAJOLI, Luigi. La esfera del indecidible y la división de poderes, tradução de Miguel Carbonell, *in* Estudios Constitucionales, año 6, n. 1, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, 2008, pp. 337-343.

a) atinente ao conceito de constituição rígida, ela identifica mais do que princípios reconhecidos pela filosofia política de cariz democrática, mas principalmente como componentes estruturais das atuais democracias constitucionais, determinado pelos limites e pelos vínculos que, em suma, não são externos ao ordenamento jurídico, mas que lhe são intrínsecos;

b) sendo os direitos e garantias fundamentais normas de abstenção como também normas mandamentais, a esfera do indecível identifica o conjunto das garantias aos direitos constitucionalmente estabelecidos aos quais os órgãos do Estado devem dar efetividade ótima, bem como submeter-se a seu comando normativo;

c) a esfera do indecível identifica não somente um conjunto de normas de direitos e garantias fundamentais que objetivam conter o poder do Estado (eficácia vertical), mas também do poder privado, em especial do mercado e seus agentes econômicos (eficácia horizontal), e

d) a esfera do indecível é traço essencial, constitutivo, do Estado Democrático.

Se os direitos humanos estão subtraídos, nesse sentido, ao poder de decisão dos órgãos do Estado, os direitos a não ser torturado, não ser desaparecido, não ser submetido à experimentação médica sem o consentimento, não ser discriminado, não ser escravizado, a garantia da presunção de inocência etc, se constituem em direitos absolutos (*i.e.*, não restringíveis) e que não podem, em nenhuma medida, ser relativizados.

Assim, e desde uma perspectiva moral e política, é preciso que a comunidade política que pretenda ser, facticamente, um Estado de Direito, não ser seduzida, para ficar na feliz expressão de Adorno e resgata por Vitor Cej, pelos “incitadores da turba”⁵⁶ e os seus discursos que nos propõe uma adesão subjetiva à barbárie, projetos estes que se constituem numa das tantas formas pela qual se manifesta a banalidade do mal⁵⁷ (ARENDR, 1999).

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer**: o poder soberano e a vida nua, I, tradução de Henrique Burigo, Belo Horizonte: Editora UFMG, 2004.

⁵⁶ CEI, Vítor. Cultura e política, 2013 a 2016: os incitadores da turba, *in* DANNER, Leno Fernando, CEI, Vítor, DE OLIVEIRA, Marcus Vinícius Xavier, BORGES, David G. (Orgs). O que resta das jornadas de junho, Porto Alegre,: Fi, 2017, p. 205-224.

⁵⁷ ARENDR, Hannah. Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal, tradução de José R. Siqueira, São Paulo: Cia das Letras, 1999, Posfácio.

ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**, 2 ed., traduzido por Ernesto Garzon Valdés, Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

ARENDR, Hannah. **As origens do totalitarismo**, tradução de Roberto Raposo, São Paulo: Cia das Letras, 1989.

_____. **Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal**, tradução de José R. Siqueira, São Paulo: Cia das Letras, 1999, Posfácio.

_____. **Responsabilidade e Julgamento**, tradução de Rosaura Eichenberg, São Paulo: Cia das Letras, 2004.

BATISTA, Vera Malaguti. **Adesão subjetiva à barbárie**, disponível em <http://comunicacao.fflch.usp.br/sites/comunicacao.fflch.usp.br/files/Adesaosubjetivaabarbarie.pdf>, acessado em 17.jan.2018, às 22:00.

BERLIN, Isaiah. **The Hedghog and the Fox: An Essay on Tolstoy's View of History**, 2 ed., Princeton: Princeton University Press, 2013, p. 28.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**, tradução de Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**, 13 ed., São Paulo: Paz e Terra, 2015.

BONAFE, Beatrice I. **The relationship between State and individual responsibility for international crimes**, Leiden: Martinus Nijhoff, 2009.

CEI, Vítor. Cultura e política, 2013 a 2016: os incitadores da turba, *in* DANNER, Leno Fernando, CEI, Vitor, DE OLIVEIRA, Marcus Vinícius Xavier, BORGES, David G. (Orgs). **O que resta das jornadas de junho**, Porto Alegre,: Fi, 2017, p. 205-224.

CLÈVE, Clèmerson-Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**, 2 ed., São Paulo: RT, 2000.

DE OLIVEIRA, Marcus Vinícius Xavier. **Guerra ao terror: da biopolítica à bioguerra**, 2 ed., Porto Alegre: Fi, 2014.

_____. **A derrogação da Lei de Anistia no caso brasileiro: um dilema entre a imprescritibilidade e a proibição de irretroatividade. Uma análise a partir da cláusula *pro homine* e do postulado da razão prática**, Revista Opinião Filosófica, PUC/RS, v. 08, n. 01, 2017.

_____. **Tipificação do desaparecimento forçado de pessoas no direito brasileiro: problemas decorrentes da interconexão entre Direito Penal Internacional e Direito Penal**, Porto Alegre: Fi, 2016.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Por um Direito Comum**, tradução de Maria Ermantina de A. P. Galvão, São Paulo: Martins Fontes, 2004.

DWORKIN, Ronald. **Justice for Hedghogs**, Harvard: Harvard University Press, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. **La esfera del indecible y la división de poderes**, tradução de Miguel Carbonell, *in* Estudios Constitucionales, año 6, n. 1, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, 2008, pp. 337-343.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Poder e Direito, Estudo de Filosofia do Direito: Reflexões Sobre o Poder, a Liberdade, a Justiça e o Direito**, São Paulo: Atlas, 2002, pp. 15-70.

GUASTINI, Riccardo. **Direitos: uma contribuição analítica**, tradução de Marcus Vinícius Xavier de Oliveira, *in* DANNER, Leno Francisco, DE OLIVEIRA, Marcus Vinícius Xavier. **Filosofia do Direito e contemporaneidade**, Porto Alegre: Fi, 2015, p. 35-55.

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral**, tradução Cláudio Molz, Belo Horizonte: Landy, 2004.

HABERMAS, Jürgen. **Notas programáticas para a fundamentação de uma ética do discurso, in** Consciência moral e agir comunicativo, tradução de Guido A. de Almeida, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, pp. 61-142.

HARRIS, William. **Archilochus: the first poet after Homer**, Vermont: Middlebury College, s/d.

HOBBS, Thomas. **De cive**, Oxford: Clarendon Press, 1983.

KANT, Immanuel. **Fundamentação à metafísica dos costumes**, tradução de Paulo Quintela, Lisboa: Eduções 70, 2007.

KANT, Immanuel. **Resposta à pergunta: o que é o iluminismo?**, in *A paz perpétua e outros opúsculos*, tradução de Artur Morão, Lisboa: Edições 70, 1990.

KELSEN, Hans. **Absolutismo e Relativismo na Filosofia e na Política**, in *A Democracia*, 2 ed., traduzido por Jefferson Luiz Camargo e Marcelo Brandão Cipolla, São Paulo: Martins Fontes, 2000, pp. 347-357.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos Direitos Humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt, São Paulo: Cia das Letras, 1988.

LOSANO, Mário G. **O valor da justiça na obra de Kelsen**, tradução de Judá Leão Lobo, Revista da Faculdade de Direito – UFPR, vol. 59, n. 2, 2014.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Constituição e interpretação**, in SARAIVA, Paulo Lopo (Coord). **Antologia luso-brasileira de Direito Constitucional**: homenagem a Paulo Bonavides, Brasília: Brasília Jurídica, 1992, p. 119-137.

REVISTA CONSULTOR JURÍDICO. ZAFFARONI, Raul Eugênio. **É mentira dizer que a corrupção será derrotada com o Direito Penal**, in <http://www.conjur.com.br/2015-nov-01/entrevista-raul-zaffaroni-jurista-ministro-aposentado-argentino>, acessado em 02.nov.15, às 7:00.

ROSENFELD, Michel. **A Identidade do Sujeito Constitucional**, traduzido por Menelick de Carvalho Neto, Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

ROTTERDAM, Erasmo de. **Adagi**: texto latino a frente, tradução de Emanuele Lelli, Milano: Bompiani, 2013.

SPINOZA, Benedictus de. **Ética**, tradução e notas Tomaz Tadeu, Belo Horizonte: Autentica, 2008.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica, Constituição e autonomia do direito**, Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito, Vol. I, n. I, 2009.

United Nations. International Law Commission. **Drafts Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts**, with commentaries, 2001, p. 142, disponível em http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf, acessado 20.out.07, às 15:45.

VÁSQUEZ, Rodolfo. **Entre la Libertad y la Igualdad**. Introducción a la Filosofía del Derecho, Madrid: Trotta, 2006.

Trabalho enviado em 07 de julho de 2018

Aceito em 14 de dezembro de 2018