

O PAPEL DA FILOSOFIA PARA A EFETIVIDADE DOS DIREITOS HUMANOS: A FUNDAMENTAÇÃO RACIONAL E A CRÍTICA DE NORBERTO BOBBIO

THE ROLE OF PHILOSOPHY FOR THE EFFECTIVENESS OF HUMAN RIGHTS: A RATIONAL FOUNDATION AND A CRITICAL OF NORBERTO BOBBIO *

KLEVERTON HALLEYSSON BIBIANO DE OLIVEIRA **
UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS, BRASIL

Resumo: O jusfilósofo italiano Norberto Bobbio nega que o discurso sobre a fundamentação dos direitos humanos tenha validade, hoje. O presente trabalho tem por objetivo analisar a argumentação utilizada por esse pensador, indagando se esta problemática foi realmente secundada em virtude da primazia da concretização desses direitos. Busca-se aclarar o papel que uma justificação racional possui e sua relação com a efetividade e a pertinência dos motivos alegados pelo filósofo para o abandono dessa fundamentação. Nega-se a ideia de que o produto do labor intelectual dos pensadores não influencia a prática. Em consequência, defende-se que a dicotomia filosofia/ prática não se aplica ao discurso dos direitos humanos.

Palavras-chave: direitos humanos; fundamentação; filosofia do direito.

Abstract: The Italian legal philosopher Norberto Bobbio denies that the discourse on the foundation of human rights has validity today. This study aims to analyze the arguments used by this thinker, asking if this issue was really backed because of the primacy of achieving these rights. Seeks to clarify the role that has a rational justification and its relation to the effectiveness and relevance of the reasons alleged by the philosopher to the abandonment of such reasons. Refuses the idea that the product of intellectual thinkers laboratory practice no influence. As a result, it is argued that the philosophy / practice dichotomy does not apply to human rights discourse.

Keywords: human rights; foundation; philosophy of law.

* Artigo recebido em 26/07/2015 e aprovado para publicação pelo Conselho Editorial em 29/07/2015.

** Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Alagoas, Brasil. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6661521560041977>. E-mail: k.bibiano@gmail.com.

1. Introdução

A crítica que o filósofo do direito Norberto Bobbio perpetrou contra a fundamentação dos direitos humanos tornou-se famosa, estando presente em frontispícios de numerosas teses e dissertações de direito, sobretudo aquelas que versam sobre direitos humanos. Ao mesmo tempo, levantaram-se vozes contra a opinião de que, após a Declaração Universal de 1948, o que importaria em relação aos direitos seria sua efetividade, sendo relegada a problemática da justificação racional.

Neste trabalho, busca-se aclarar o debate. Isto é, tenta-se perquirir se tinha razão o jusfilósofo italiano ao negar a busca por fundamentos. Para tanto, divide-se em três secções cada uma representando uma pergunta relacionada ao problema. A primeira indagação a se responder é se ainda é viável buscar fundamentos para os direitos humanos. A segunda, intrinsecamente relacionada à primeira, versa sobre o papel que uma fundamentação racional teria ou não teria em face do problema da efetividade. Por fim, pergunta-se se os argumentos utilizados por Bobbio são pertinentes, ou seja, se eles justificam o abandono da justificativa.

A tese central é de que teoria e prática não se encontram separadas de forma estanque. Filosofia e política inter-relacionam-se. Assim, refuta-se a ideia de que o pensador vive isolado contemplando o mundo sem interferir na realidade; nesses termos, não parece ser convincente depreciar a fundamentação argumentando que o que é central na teoria jurídica contemporânea dos direitos humanos é buscar meios para a consecução autêntica deles.

Defende-se, por conseguinte, que a busca por fundamentos dos direitos humanos não é uma questão superada. Mas está viva em consequência da própria inefetividade, haja vista que “[...] o que se questiona na violação dos direitos humanos é a própria necessidade da existência de uma categoria de direitos universais, que perpassam a ordem jurídica nacional e coloque limites ao exercício do poder.”¹ No entanto, não se defenderá, aqui, qual seria este fundamento racional, muita embora faça-se menção a algumas tentativas de fixar uma resposta, sobretudo nos autores de língua espanhola citados.

¹ BARRETTO, Vicente de Paulo. Ética e direitos humanos: aporias preliminares. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). **Legitimação dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar: 2002, p.509.

2. A crítica bobbiana à fundamentação dos direitos humanos: a (in)viabilidade da busca por fundamentos

Neste tópico, busca-se aclarar a raiz da crítica de Bobbio à fundamentação dos direitos humanos. O problema, logo, reside em definir o que se entende por justificação e quais são os motivos que levaram o jusfilósofo italiano a negar a sua possibilidade; ao mesmo tempo, busca-se responder se esse tipo de indagação ainda tem sentido hoje ou foi, totalmente, secundada em razão do primado da efetividade.

Quando se fala em justificação, no pensamento de Bobbio, este termo possui dois sentidos de acordo com o tratamento legado ao direito positivo: ou se justifica um direito consagrado pelo ordenamento jurídico, vale dizer, um direito cuja existência está atestada pela marca da positividade ou se justifica um direito que não existe no ordenamento. O primeiro seria um problema jurídico enquanto que o segundo um problema filosófico, isto é, um referir-se-ia à questão da validade do direito e o outro àquilo que o autor denomina “direito racional” ou “direito crítico”. É na segunda acepção que residiria a problemática. Assim, quando se fala na justificação não adstrita ao direito positivo, trata-se de um empreendimento em que tenta-se “[...] buscar boas razões para defender a legitimidade do direito em questão e para convencer o maior número possível de pessoas (sobretudo as que detêm o poder direto ou indireto de produzir normas válidas naquele ordenamento) a reconhecê-la”²

Por outro lado, o autor identifica justificação com fundamentação absoluta. Mas pergunta-se: quando os autores estão a falar de justificação engendram uma busca por fundamentos que sejam irrefutáveis? Argumentam que seus pensamentos conseqüentemente, absolutos?

Embora a justificação dos direitos humanos tenda para a universalização- e aqui encontra-se a raiz do debate sobre a sua “essência” ocidental -, boa parte daqueles que acreditam na possibilidade desse discurso não o fazem segundo os critérios do direito natural, pelo o qual há [...] uma ordem prévia de valores naturais, inerentes à condição humana.”, mas a partir da fundamentação ética, isto é, a que defende existirem valores éticos que o respaldam,

² BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 15.

sobretudo a ideia de dignidade humana.³ Ou, por outros termos, não justificam a partir da ideia de que, “[...]o direito é objectivamente e preexistente, no logos, na lei divina, na razão.”⁴

Nesse sentido Eusébio Fernandez argumenta que a fundamentação ética é mais plausível que a jusnaturalista e a historicista, pois, se a primeira se deduziria da natureza humana universal e imutável e a segunda da histórica e, em consequência, mutável, a ética estaria alicerçada na dignidade humana, que seria uma ideia axiológica ou valorativa. De fato, o autor espanhol defende que a justificação e a origem dos direitos humanos são pré-jurídicos, ou seja, esses direitos não seriam criados pelo direito positivo. Mas em que isso se diferenciaria do argumento jusnaturalista? Em primeiro lugar, essa concepção não nega a positividade, passo que considera imprescindível para a efetividade deles, mas, somente é contrária à tese positivista de que o ordenamento jurídico positivo é quem os cria. Em segundo lugar, defende a invocação deles mesmo quando não estão positivados.⁵

Mas quais seriam os direitos morais ou éticos? Seriam os direitos considerados imprescindíveis à dignidade do homem, isto é, aqueles exigidos para que o ser humano tenha um mínimo de dignidade. Assim, “O qualificativo “morais” aplicado a “direitos” representa tanto a ideia de fundamentação ética como uma limitação ao número e conteúdo dos direitos que podemos compreender dentro do conceito de direitos humanos.”⁶ (Tradução nossa) Desta maneira, considerar-se-ão morais somente os que integram o núcleo da dignidade humana.

No mesmo sentido encontra-se Sanchis. Para ele, é justamente a moralidade que servirá de fundamento para os direitos humanos, entendendo-se que o ato de fundamentar constitui em demonstrar as razões morais da necessidade de reconhecimento de tais direitos.⁷

Tratando sobre o assunto, Rabenhorst, no entanto, problematiza a ideia de dignidade humana, pois:

Em verdade o reconhecimento ético e jurídico de que todos os homens são dignos da mesma consideração não impede que a ideia de dignidade humana

³ SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas. Fundamentando os direitos humanos: um breve inventário. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). **Legitimação dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar: 2002, p.134.

⁴ KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do direito**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004, p.61.

⁵ FERNANDEZ, Eusebio. **Teoria de lajusticia y derechos humanos**. Madrid: Debate, 1991, pp. 104-109. Também: NINO, Carlos Santiago. **Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación**. Barcelona: Ariel, 1989, p. 20.

⁶ FERNANDEZ, Eusebio. **Teoria de lajusticia y derechos humanos**. Madrid: Debate, 1991, p.108.

⁷ SANCHIS, Luis Prieto. **Estudios sobre derechos fundamentales**. Madrid: Debate, 1990, p.18.

continue sendo obscura, pois, afinal de contas, o que significa dizer que a dignidade é algo inerente aos seres humanos?⁸

Não obstante a acertada crítica do professor da UFPB, percebe-se nos autores que advogam serem os direitos humanos direitos éticos ou morais uma tentativa de argumentação que foge do jusnaturalismo e, também, do puro juspositivismo.

A crítica de Bobbio incidiria também numa argumentação como esta que refuta o direito natural?

Bobbio critica explicitamente uma fundamentação transcendental, mas parece que sua refutação incidiria, também, sobre esta segunda forma de fundamentar, pois, como anota Barretto, para os positivistas o ato de fundamentar seria uma questão meta-jurídica e, em consequência, não constituiria um problema a ser estudado pela ciência do direito.⁹ Até porque o que ele refuta não é só o jusnaturalismo, que seria espécie, mas o gênero racionalismo ético.¹⁰ Ou seja, ataca a ideia de que a razão seja capaz de encontrar e demonstrar valores últimos.

O jusfilósofo italiano parte do pressuposto que, mesmo que o fundamento dos direitos humanos fosse possível, essa busca não seria desejável, tendo em vista a questão da historicidade. A história provaria que a busca pelos fundamentos seria infundada, pois, para ele, mesmo quando havia consenso acerca do encontro da justificativa racional, a sua efetividade não seria garantida. Entretanto, após a Declaração Universal dos Direitos do Homem, embora haja uma crise acerca dos fundamentos absolutos, haveria maior cumprimento de tais direitos. Assim, “(...) depois dessa declaração, o problema dos fundamentos perdeu grande parte de seu interesse.” Ou ainda: “ (...) quero dizer que consideramos o problema dos fundamentos não como inexistente, mas- em certo sentido- resolvido, ou seja, um problema com cuja solução não devemos mais nos preocupar.”¹¹

Nota-se a diferença de perspectiva de Bobbio quanto à fundamentação nesses dois textos inseridos no livro “A era dos direitos”. Em “Sobre os fundamentos dos direitos do homem”, de 1964, Bobbio fala que não existiria fundamento absoluto dos direitos humanos,

⁸RABENHORST, Eduardo. **Dignidade humanae moralidade democrática**. Brasília: Brasília jurídica, 2001, p. 39.

⁹BARRETO, Vicente de Paulo. Ética e direitos humanos: aporias preliminares. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). **Legitimação dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar: 2002, p. 506.

¹⁰BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 22.

¹¹BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 23, p. 26.

mas fundamentos particulares deles; já em “Presente e futuro dos direitos do homem”, de 1968, o autor italiano identifica o consenso das nações como sendo esse fundamento absoluto.

Em outros termos, percebe-se que de uma total negação sobre os direitos passa-se a uma posição intermediária, na qual sem negar a existência da fundamentação, pressupõe-na como resolvida. Todavia, não parece convincente o argumento pelo qual se deveria abandonar a fundamentação por considerá-la fruto do consenso das nações. Isto porque o autor o constrói sobre a problemática da efetividade, isto é: em face do maior reconhecimento dos direitos humanos na época contemporânea, quando não existe um consenso sobre os fundamentos, deveria abandonar sua busca já que, em outras épocas, mesmo se chegando a algum consenso sobre a fundamentação, eles eram menos reconhecidos. Não obstante, escolhe-se a eficácia como o que deveras deve ser buscado, o que significa que tais direitos não são cumpridos hoje, em sua totalidade.

Por conseguinte, invertendo-se a colocação, não se poderia acusar o ato de buscar fundamentos como a causa da inefetividade em outras épocas, haja vista que, hoje, apesar de parte dos teóricos abandonarem a perspectiva fundacionista, os direitos humanos também são desrespeitados e, por isso mesmo, o problema da efetividade é posto como central.

Bobbio parte da premissa de que a efetividade nada tem a ver com a justificação, tese refutada nesse trabalho. Para esclarecer esse problema, analisar-se-ão, no próximo tópico, as relações entre filosofia, política e direitos humanos.

3. Filosofia, política e direito: primazia da efetividade frente à justificativa?

Nesta secção, busca-se aclarar as possíveis relações entre filosofia, política e direitos humanos, tendo em vista que, para o filósofo italiano, a questão dos mesmos seria algo apartado das cogitações filosóficas, constituindo-se, eminentemente, como uma questão política. A pergunta que se quer responder é se uma visão estanque tal como proposta por Bobbio tem razão de existir. Ou, por outros termos, a filosofia constituiria uma forma de saber desvinculado da prática, isto é, suas colocações não trariam também consequências práticas, permeando, também, a problemática da efetividade dos direitos humanos?

Tornou-se famosa a frase cunhada por Bobbio em que expressa seu pensamento: “O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto justifica-lo, mas o de protegê-lo. Trata-se não de um problema filosófico, mas político.”¹² Em primeiro lugar, deve-se indagar qual o conceito de filosofia a que o professor italiano alude. Seria a filosofia do direito ou a filosofia geral, e sendo esta qual ramo enfocado? Seria a filosofia dos juristas filósofos?

Segundo Oliveira Jr, em relação à filosofia do direito, Bobbio preferia as ponderações elaborados por juristas àquelas feitas por filósofos puros. Isto porque entendia que o filósofo-jurista deveria encarar seu labor como uma atividade metodológica, o que traria consigo uma preocupação com a cientificidade do direito. Sem abandonar a filosofia geral, até porque esta, inevitavelmente, no mínimo o inspiraria, como aconteceu com Bobbio em relação à filosofia analítica do neopositivismo lógico.¹³ Em consequência, a partir dessa visão de filosofia jurídica, percebe-se que ela traz consequências práticas para os juristas, vez que feita por eles e com intuito científico de tornar clara a sua linguagem. Ou seja, a crítica não recairia sobre ela.

Seria, assim, a filosofia geral que não traria consequências práticas. Vários pensadores, no entanto, posicionaram-se contrariamente a esta tese bobbiana, argumentando que a filosofia pressupõe uma cosmovisão, isto é, uma tomada de posição em relação ao mundo, não se restringindo à esfera teórica. Por isso mesmo, “As distintas teorias que foram analisadas não constituem meras reflexões doutrinárias sobre o valor ideal dos direitos humanos, mantem ainda hoje plena vigência porque os argumentos tem pontual repercussão prática.”¹⁴

Nesse sentido, Gregorio Robles defende a intersecção entre teoria e prática, sem, no entanto, negar que a questão filosófica de fundamentação não é uma tarefa fácil, mas este fato não justifica seu abandono e, tampouco, a taxação como um falso problema. Comentando a frase de Bobbio, distingue dois tipos de problemas relacionados aos direitos humanos, opinando que o filósofo milanês os confundiu. Existiria o problema prático, qual seja, a sua realização; mas, ao mesmo tempo, o teórico: sua fundamentação. Esta, em sua opinião, seria uma questão necessária e revelaria quatro razões: ética, lógica, teórica e pragmática. Todas, por

¹²BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 23.

¹³ OLIVEIRA JR, José Alcibiades de. **Bobbio e a filosofia dos juristas**. Porto Alegre: Fabris, 1984, pp. 48-50.

¹⁴LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. 9ª ed. Madrid: Tecnos, 2005, p. 178.

sua vez, relacionadas à efetividade. Pela primeira razão, a fundamentação estaria relacionada ao conhecimento dos direitos humanos, revelando o porquê da defesa dos direitos em face do progresso da humanidade, isto é, o motivo ético de escolhê-los. Pela segunda, haveria uma delimitação conceitual, demonstrando que a fundamentação está intrinsecamente ligada à fixação dos conteúdos concretos dos direitos. Pela terceira, fundamentar expressaria algo que seria próprio dos teóricos, não tendo sentido um teórico falar de direitos humanos, e não tentar dar-lhes fundamentos. Já a última razão, a pragmática, revelaria que os fundamentos indicam os caminhos que se deve seguir para a busca do reconhecimento e, conseqüentemente, sua efetividade.¹⁵

A busca por fundamentos revelaria, deste modo, a possibilidade de realização dos direitos, tendo em vista que “Não há realização sem fundamentação, como não há prática coletiva eficaz sem ideias elaboradas e coletivamente asseguradas.”¹⁶

Komparato, por sua vez, argumenta que o descrédito em relação à justificação dos direitos humanos advém do positivismo jurídico. Os direitos deveriam ter sua validade assentada para além do ordenamento estatal, haja vista que fundamentos, em sua opinião, é algo externo, e não um elemento constitutivo do direito estatal. Assim, para além do positivismo, que considera a validade como algo formal, dever-se-ia buscar um fundamento ético, o qual expressa a razão de ser dos direitos. Em razão disso, reside “[...] a importância de se retomar, no momento atual, a reflexão sobre o fundamento ou razão de ser dos direitos humanos.”¹⁷ Isto precisamente por conta das contradições que existem entre a promessa, que foi acolhida na Declaração de Direitos do Homem, e realização desses direitos. Ou seja, a fundamentação como ensejadora da concretização.

O próprio Bobbio, todavia, apesar da negativa em reconhecer papel central à filosofia para a materialização dos direitos humanos, defende que ela deveria estar unida aos problemas do século, cabendo ao filósofo pensar sem, todavia, enclausurar-se: “Isso significa que o filósofo já não está sozinho. O filósofo que se obstinar em permanecer só termina por

¹⁵ROBLES, Gregorio. **Los derechos fundamentales y la ética em la sociedade actual**. Madrid: Civitas, 1992, pp. 11-16.

¹⁶ROBLES, Gregorio. **Los derechos fundamentales y la ética em la sociedade actual**. Madrid: Civitas, 1992, p. 14.

¹⁷KOMPARATO, Fábio Konder. **Fundamento dos direitos humanos**, p.8, p. 1, respectivamente.

condenar a filosofia à esterilidade.”¹⁸ Ora, seu posicionamento inicial, não obstante, impediria ao filósofo um papel como este, isto é, interagindo com outros teóricos, pois seu labor, ou seja a fundamentação, fora retirada das discussões a cerca do realização dos direitos. Como, então, esperar que o pensador não se isole quando de antemão condena-se seu trabalho como algo desprovido de valor?

Assim, percebe-se que a política não seria oposta à filosofia, mas, de certa forma, há uma reciprocidade de influências, pois as condições políticas influenciam o surgimento das concepções filosóficas e estas justificam a construção dos ideais eleitos como fundantes de uma sociedade.

Na verdade, ao tratar das relações entre filosofia e ciência política e, em consequência, daquela com a própria política, o filósofo milanês versa claramente sobre o assunto. Para ele, o termo ciência política referir-se-ia ao estudo, feito por meio de metodologia das ciências empíricas, acerca do fenômeno político. Já a filosofia que estudaria tais fenômenos seria a filosofia política que, em seu pensamento, ao contrário da ciência política que teria uma definição quase unânime, possuiria vários significados, os quais expressariam diferentes modos de relacionamento com a ciência política e sua ciência. Isto porque a filosofia política já foi estudada, por exemplo, tanto como a teorização de um estado perfeito quanto a busca do fundamento último do poder, assim como a determinação de um conceito geral de política. Em consequência, as relações do primeiro conceito com a ciência política seriam de oposição, tendo em vista que esta teria um mister descritivo do fenômeno político enquanto que a filosofia um papel indicativo. No segundo conceito, vê-se um estreitamento das relações, haja vista que, ao tentar teorizar sobre a legitimação do poder, o filósofo teria que analisar os fenômenos reais relacionados ao poder, campo também do cientista. Pelo terceiro conceito, há uma imbricação quase perfeita, sendo difícil estabelecer quais os papéis diferenciadores do cientista e do filósofo ¹⁹

¹⁸ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 24.

¹⁹ BOBBIO, Norberto. Sobre as possíveis relações entre filosofia política e ciência política. In: BOBBIO, Norberto. **Norberto Bobbio: o filósofo e a política: antologia**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2003, pp. 57-62. Além dessas três formas apresentadas, o filósofo italiano ainda fala da filosofia política como metaciência. Note-se que este texto foi publicado originariamente em 1970 (O que trata da fundamentação dos direitos humanos o foi em 1964) quando o autor já fizera a passagem de uma análise estruturalista para uma análise funcionalista do direito, e, ao mesmo tempo, passara a ensinar na faculdade de ciência política.

Por conseguinte, há espaço para o trabalho do teórico que fundamenta os direitos, pois, como anota Lafer, uma das expressões da filosofia do direito é a deontológica, ou seja, aquela parte que vê o direito por um ângulo externo fundamentando-o, sendo identificada pela Teoria da justiça e pela Filosofia política.²⁰

Por outro lado, considerar que a assinatura por parte das nações da Declaração dos direitos humanos resolveria a problemática da fundamentação parece equivocado, pois, além pelo motivo aludido na secção precedente, realizou-se por parte dos países não um acordo sobre o mínimo fundamentável, mas em torno de algumas questões práticas. Isto é, em torno destas procurou-se unir pessoas que teoricamente estavam em campos opostos. Assim,

Nos encontramos na presença do seguinte paradoxo: as justificações racionais são indispensáveis e, ao mesmo tempo, incapazes de criar um acordo entre os homens. São indispensáveis porque cada um de nós acredita instintivamente na verdade e não quer consentir ao que não seja reconhecido como verdadeiro e racionalmente válido.²¹

Não obstante, procurou-se não cair em dogmatismo nem tornar a ideia de Declaração algo impossível de se realizar. Com isso não se quer afirmar que este documento não possua em si reflexos do pensamento filosófico, até porque se se dissesse isso, cair-se-ia no outro lado da crítica(Ou seja, pensar que a prática não revela nada de teórico), mas tão somente que os presentes não objetivaram firmar explicitamente qual o fundamento último dos direitos humanos, até porque havia grande dissenso acerca da questão, pois na elaboração do documento confluíram tanto positivistas quanto jusnaturalistas.

Deste modo, Maritain, um dos membros da comissão de pensadores chamada pela ONU para refletir sobre o documento, apesar de marcar, como se viu, a impossibilidade de naquele momento chegar a uma resposta conclusiva sobre a fundamentação, assevera categoricamente que [...] o que importa mais ao filósofo é a questão dos seus fundamentos racionais.²² Isto é, uma questão que continua atual mesmo após a Declaração Universal.

²⁰LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das letras, 1988, p. 61.

²¹MARITAIN, Jacques. **Derechosdelhombre** (Transcripción parcial del Capítulo IV del libro 'El Hombre y el Estado'), p. 2.

²²MARITAIN, Jacques. **Derechosdelhombre** (Transcripción parcial del Capítulo IV del libro 'El Hombre y el Estado'), p. 5.

O jusfilósofo italiano, tentando demonstrar a inviabilidade da busca de fundamentação e a primazia da efetividade, utiliza-se de três argumentos, a saber, a questão linguística de sua intrincada definição, as mudanças na história e os diferentes tipos de direito que se invocam quando se falam de direitos humanos. Na próxima seção, estes serão estudados,

4. Definição, variabilidade e heterogeneidade dos direitos humanos: analisando os argumentos de bobbio contra a fundamentação

Vistas as ideias centrais sobre a crítica de Bobbio à fundamentação dos direitos humanos, passa-se, agora, a analisar os argumentos utilizados pelo filósofo milanês, quais sejam: a dificuldade de definição, a variabilidade e a heterogeneidade de tais direitos. Os três argumentos destacam a problemática encontrada em se achar uma noção unívoca já que houve, desde o alvorecer da ideia de direitos humanos, transformações significativas do que se entende serem eles. No entanto, pergunta-se: ser variável no tempo inviabiliza necessariamente um discurso de justificação? Para tentar responder, analisar-se-ão os três argumentos apresentados. Contudo, parece que o problema central da crítica bobbiana seria a variabilidade, pois uma vez transformando-se seu entendimento (crítica segunda), nascem as dificuldades de definição (crítica primeira) e, também, com sua heterogeneidade (crítica terceira). Conseqüentemente, principiar-se-á a análise pela segunda crítica, que está imbricada com as demais.

É inegável que o que se entende por direitos humanos hoje não é o mesmo que se entendia no século XVIII e, possivelmente, é diferente do que se pensará no futuro.

O elenco de direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes no poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformações técnicas, etc.²³

Os direitos humanos, por assim dizer, são frutos de condicionantes históricas e teóricas. Na história de sua afirmação, confluíram problemas reais, isto é, sociais, políticos e econômicos, bem como uma especulação racional que embasava os movimentos por sua

²³ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 18.

realização concreta. Desta forma, vê-se “[...] os direitos humanos não como um dado absoluto, mas como um produto histórico, e isto significa buscar suas origens e fundamentos nas condições sociais e culturais da respectiva afirmação.”²⁴

Assim, como cada época possui suas dificuldades próprias e, em consequência, condicionantes próprias para a realização dos direitos, um discurso de fundamentação não seria impossível? Ou, como diz Bobbio, como fundamentar direitos historicamente relativos²⁵?

Parece, todavia, que o dado irrefutável da variabilidade histórica dos direitos humanos em vez de aniquilar o discurso da fundamentação o confirma. De fato, uma vez constatada a possibilidade de transformações desses direitos no futuro, pergunta-se: essas transformações não seriam precedidas por uma especulação teórica tal como verificado nas afirmações históricas dos direitos humanos até hoje? Segundo Silva, “As doutrinas e concepções filosóficas têm relevância enorme no processo. Mas elas próprias são condicionadas por aquelas condições materiais.”²⁶ Assim, ao mudarem as condições objetivas, mudam-se, também, as subjetivas: para a concretização de novos direitos, há fundamentação racional deles.

Mas não somente em relação a direitos que venham a surgir no futuro a justificação teria razão de existir, mas, ao mesmo tempo, em relação aos direitos já reconhecidos no presente, os quais, não raro, possuem baixa efetividade. O próprio jusfilósofo italiano acena para a problemática quando assevera que: “O que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas.”²⁷ Isto traz consigo a questão da universalidade dos direitos humanos, já que, para ele, culturas diferentes teriam “direitos humanos” diferentes. Esse dado é interessante porque, como se viu, o autor comentado entende que o problema da fundamentação foi superado pelo consenso das nações, mas ao mesmo tempo admite a variabilidade em relação à cultura díspares,²⁸ o que demonstra, mais uma vez, a importância de se justificar tais direitos. Diante de culturas com

²⁴FACCHI, Alessandra. **Breve história dos direitos humanos**. São Paulo: Loyola, 2011, p. 9.

²⁵BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 18.

²⁶SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 172. Nota-se que o autor coloca as doutrinas e concepções filosóficas como condições subjetivas, ideais ou lógicas em contraposição às condições reais ou históricas.

²⁷BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 18.

²⁸Tal dado leva a uma contradição, pois se não há mais a necessidade de fundamentação, como enquadrar esses “direitos” não reconhecidos pelo consenso das nações?

noções diversas sobre o alcance semântico dos direitos, a ideia de consenso das nações torna-se insuficiente, haja vista que, embora signatários dos tratados internacionais que expressariam o tal consenso, muitos países não os tornam eficazes.

Nesse sentido, “Não se trata, portanto, de uma questão resolvida e superada, mas viva e presente, tendo em vista precisamente, a violação constante desses direitos em diferentes locais do planeta.”²⁹ E mais: “torna-se, portanto, irrelevante o argumento de que a prática é que importa na avaliação dos direitos humanos, pois esta se acha vinculada a argumentos teóricos, que sempre impulsionaram a implementação histórica dessa categoria de direitos.”³⁰

Posto isto, analisa-se a crítica à heterogeneidade dos direitos humanos. A Declaração Universal possuiria um rol de direitos que seriam contraditórios, isto é, a realização de um impediria ou dificultaria a realização de outros. Assim, “[...] as razões que valem para sustentar umas não valem para sustentar outras.”³¹

Aqui, o jusfilósofo italiano faz alusão às gerações ou dimensões dos direitos humanos, isto é, a classificação tripartite que os divide em direitos civis e políticos (primeira dimensão), econômicos, sociais e culturais (segunda dimensão) e, por fim, direito à solidariedade (terceira dimensão). Isto porque verifica-se que em “Todas as Declarações recentes dos direitos do homem compreendem, além dos direitos individuais tradicionais, que constituem em liberdades, também os chamados direitos sociais, que constituem em poderes.”³² A impossibilidade de justificação se encontraria justamente na impossibilidade empírica de realizar todos os direitos sociais, por exemplo, sem causar diminuição nos direitos de liberdade.

Por outro lado, e profundamente ligada com a crítica à variabilidade, estaria a questão do progresso dos direitos humanos que seria dificultado pelo discurso dos fundamentos. Por conseguinte, não raro, se justificou a não efetivação de certos direitos porque feririam os fundamentos dos direitos já consagrados.³³ Mas uma questão é a histórica do uso dogmático

²⁹ BARRETTO, Vicente de Paulo. Ética e direitos humanos: aporias preliminares. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). **Legitimação dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar: 2002, p.508.

³⁰ BARRETTO, Vicente de Paulo. Multiculturalismo e direitos humanos: um conflito insolúvel? In: BALDI, César Augusto (org.). **Direitos humanos na sociedade cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 280.

³¹ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 19. Para ele, seriam antinômicos no sentido de que a realização total de um impossibilita a realização total de outros.

³² BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 19.

³³ “Basta pensar nos empecilhos colocados ao progresso da legislação social pela teoria jusnaturalista do fundamento absoluto da propriedade: a oposição quase secular contra a introdução dos direitos sociais foi feita

outra a filosófica, que, embora não contraditórias, como se viu, tem naturezas distintas, como assevera Ferraz Jr.³⁴ Até porque o choque entre direitos fundamentais encontra-se bem teorizado no plano dogmático, não impossibilitando, portando, o discurso legitimador. E justamente por saber-se que, ao surgimento de novas demandas, encontrar-se-ão barreiras, torna-se necessária a justificação, pois é a partir de uma argumentação apropriada que se afirmam direitos. Por isso, percebe-se nos movimentos constituídos por pessoas que almejam novos direitos, alicerçam-se numa fundamentação ética que evidenciaria um mínimo moral.³⁵

Além disso, o autor italiano marca muito bem, a partir de sua afamada característica analítica, diferentes usos que se faz do termo direitos humanos. Essa análise relacionada, também, à crítica primeira (O problema da definição), esclarece a questão da heterogeneidade, haja vista que diferencia direitos que valeriam para todos os homens e outros, que, apesar do nome direitos humanos, não teriam a característica da universalidade. Deste modo, “Há alguns que valem em qualquer situação e para todos os homens indistintamente: são os direitos acerca dos quais há a exigência de não serem limitados nem diante de casos excepcionais[...]”³⁶ Percebe-se, aqui, que o autor não nega a existência de direitos humanos absolutos. Assim sendo, parece não incidir, ao menos nesses, as críticas elencadas contra a fundamentação. Haveria, por assim dizer, um mínimo fundamentável. Isto porque, diferente daqueles que seriam passíveis de choques com os demais- e a problemática da escolha entre eles é que seria problemática para Bobbio- esses valeriam independentemente, imunes a choques.

Por fim, analisa-se a primeira crítica: a questão da definição. Embora tenha sido a primeira a ser apresentada pelo jusfilósofo, ela parece derivar das apresentadas depois dela: variabilidade e heterogeneidade. De fato, é a partir do aparecimento histórico dos direitos humanos que surge o problema da linguagem com a qual se expressa tais direitos, tendo em vista as diversas formas de entendê-lo.

em nome do fundamento absoluto dos direitos de liberdade.” BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, pp. 21-22.

³⁴FERRAZ JR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 148.

³⁵BARRETTO, Vicente de Paulo. Multiculturalismo e direitos humanos: um conflito insolúvel? *In*: BALDI, César Augusto (org.). **Direitos humanos na sociedade cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 286-287.

³⁶BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 19.

Assim, “Pergunta-se, então, como é possível pôr o problema do fundamento, absoluto ou não, de direitos dos quais é impossível dar uma noção precisa.”³⁷ Destarte, as definições, segundo Bobbio, ou são tautológicas, ou, acrescidas de referências conteudísticas, quando se observa a presença de termos avaliativos, ou, por fim, em consequência, da segunda, fruto de acordo em relação ao termos.³⁸ Sem entrar no mérito dessa divisão, indaga-se, ancorando-se nos pressupostos elencados pelo próprio Bobbio, se essa questão linguística anula o discurso da justificação.

Ocorre que, apesar da dificuldade em definir, desde que surgiu no ambiente cultural do ocidente, além de se enunciar sobre eles, procurou-se colocá-los em prática, isto é, a definição problemática do que sejam direitos humanos, não impediu seu surgimento. Sua existência prescinde da impossibilidade de univocidade em relação ao termo. Ou seja, ao negar-se que eles são justificáveis porque são de difícil demarcação semântica, significa negar que eles existam. Aliás, se o problema central é justamente, no pensamento bobbiano, a efetivação, isto é, como coloca-los em prática, isto significa que eles existem, muito embora mal definidos.

Conseqüentemente, parece infundado colocar a dimensão semântica como um problema para a possibilidade de fundamentação dos direitos humanos. Eles existem. E como tal necessitaram de fundamentação para sua afirmação histórica, bem como para dirimir as dificuldades diante de sua heterogeneidade e polissemia.

5. Conclusão

Por conseguinte, percebe-se que a fundamentação dos direitos humanos tem razão de existir na problemática atual dos direitos humanos, isto porque a prática, vale dizer, a efetividade dos mesmos não a anula, mas, de certa forma, é dela dependente. Assim, ao contrário de Bobbio, para quem mesmo que fosse possível a busca por fundamentos essa seria desnecessária, conclui-se que esta investigação é imperiosa na atualidade justamente por conta

³⁷ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 18. Como se viu, o filósofo não nega a existência de uma classe de direitos humanos absolutos, mas, aqui, novamente acena para a inexistência de fundamentos absolutos ou relativos para eles.

³⁸ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 17.

do desrespeito a tais direitos, o que denota um não reconhecimento, ainda que formalmente o seja, por meio das normas internas ou pela assinatura de tratados.

As três perguntas elencadas no início do artigo são assim respondida. É viável a fundamentação, já que o argumento apresentado para a sua inviabilidade, isto é, a historicidade, segundo a qual o abandono da busca filosófica sobre as razões de existir deveria acontecer em consequência do fato de que em épocas nas quais se presumia um consenso sobre a essência deles havia menos efetividade não convence. De fato, o abandono da problemática dos fundamentos, na atualidade, não garantiu, por seu turno, efetividade total. Quanto à segunda questão, chega-se a conclusão de que a questão teórica sobre os direitos humanos está intimamente relacionada à prática, podendo-se afirmar que se influenciam. À terceira questão, defende-se que os argumentos de Bobbio relacionados à definição, variabilidade e heterogeneidade não conseguem justificar o abandono da justificação, pois, centrados na questão da variabilidade, confirmam a necessidade de justificação, já que, uma vez entendidos como direitos históricos, podem transformar-se.

Assim, vê-se que a tese central resta provada. O homem do direito- prático ou teórico- no seu labor, deve expressar a indissociabilidade entre o pensar e o agir.

Referências Bibliográficas

BARRETO, Vicente de Paulo. Ética e direitos humanos: aporias preliminares. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). **Legitimação dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar: 2002.

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

BOBBIO, Norberto. Sobre as possíveis relações entre filosofia política e ciência política. In: BOBBIO, Norberto. **Norberto Bobbio: o filósofo e a política: antologia**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2003, pp. 57-62.

FACCHI, Alessandra. **Breve história dos direitos humanos**. São Paulo: Loyola, 2011.

FERNANDEZ, Eusebio. **Teoría de la justicia y derechos humanos**. Madrid: Debate, 1991.

KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do direito**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004.

KOMPARATO, Fábio Konder. **Fundamento dos direitos humanos**. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/comparato/comparato_fundamentos_dos_dh.pdf. Acesso em: 02/02/2014.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das letras, 1988.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. 9ª ed. Madrid: Tecnos, 2005.

MARITAIN, Jacques. **Derechos del hombre** (Transcripción parcial del Capítulo IV del libro 'El Hombre y el Estado'). Disponível em: http://humanismointegral.com/zip_ob-3/OB_35_Derech_Human.pdf. Acesso em: 01/02/2014.

NINO, Carlos Santiago. **Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación**. Barcelona: Ariel, 1989.

OLIVEIRA JR, José Alcebiades de. **Bobbio e a filosofia dos juristas**. Porto Alegre: Fabris, 1994.

RABENHORST, Eduardo. **Dignidade humana e moralidade democrática**. Brasília: Brasília jurídica, 2001.

ROBLES, Gregorio. **Los derechos fundamentales y la ética em la sociedade actual**. Madrid: Civitas, 1992.

SANCHIS, Luis Prieto. **Estudios sobre derechos fundamentales**. Madrid: Debate, 1990.

SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas. Fundamentando os direitos humanos: um breve inventário. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). **Legitimação dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar: 2002.

Universidade Católica de Petrópolis
Centro de Teologia e Humanidades
Rua Benjamin Constant, 213 – Centro – Petrópolis
Tel: (24) 2244-4000
lexhumana@ucp.br
<http://seer.ucp.br/seer/index.php?journal=LexHumana>



DE OLIVEIRA, Kleverton Halleysson Bibiano. O PAPEL DA FILOSOFIA PARA A EFETIVIDADE DOS DIREITOS HUMANOS: A FUNDAMENTAÇÃO RACIONAL E A CRÍTICA DE NORBERTO BOBBIO. Lex Humana, v. 7, n. 1, jun. 2015. ISSN 2175-0947. Disponível em: <http://seer.ucp.br/seer/index.php?journal=LexHumana&page=article&op=view&path%5B%5D=767>. Acesso em: 31 Jul. 2015.
