



REVISTA DE CIÊNCIAS SOCIAIS DA UEMS

O “FUNDAMENTO” DOS DIREITOS HUMANOS: ELEMENTOS PARA UMA CRÍTICA À POSIÇÃO DE NORBERTO BOBBIO

Prof. Dr. Jose Francisco de Assis Dias¹

Resumo: A presente pesquisa tem por tema o problema do fundamento dos direitos humanos no pensamento de Norberto Bobbio. Apresenta-se, o mais fielmente possível, a posição do *Papa Laico* em relação ao sentido desse problema, sobre a sua possibilidade e sobre a não-desejabilidade de um fundamento absoluto para os “históricos” direitos humanos. Tem por objetivo geral analisar criticamente a posição bobbiana sobre o problema do fundamento dos direitos humanos, esboçando uma proposta de solução do problema a partir de uma concepção ôntico-teleológica da Dignidade humana. Para apresentar as posições de Bobbio sobre o problema aqui proposto, vale-se principalmente da coletânea de escritos originais de Bobbio sobre os direitos humanos intitulada *L’età dei diritti*, 1990. Conclui-se que a pergunta sobre o fundamento metafísico do “Direito Humano” por excelência é a pergunta sobre o fundamento da Dignidade inalienável de cada indivíduo humano: por que o indivíduo humano tem um peculiar valor? Essa Dignidade absoluta deve, necessariamente, ter um fundamento igualmente absoluto: a *humanitas vivens* da qual todo indivíduo humano participa: ela é absoluta porque é supralocal e supratemporal e não depende das circunstâncias nas quais se dá, porém, revela-se na História e na Cultura humana, local e temporalmente conhecida, em constante devir.

Palavras-chave: Norberto Bobbio; Direitos humanos; Fundamento dos direitos.

THE “FOUNDATION” OF HUMAN RIGHTS: ELEMENTS FOR A CRITIQUE OF NORBERTO BOBBIO'S POSITION

Abstract: The subject of this research is the problem of the foundation of human rights in Norberto Bobbio's thought. It presents, as faithfully as possible, the position of *Pope Laic* in

¹ Professor da Unioeste (Campus de Toledo), que defendeu a dissertação de mestrado *Consensus omnium gentium: O problema do fundamento dos direitos humanos no pensamento de Norberto Bobbio (1909-2004)* (Pontifícia Universidade Urbaniana do Vaticano, 2006) e a tese de doutoramento *Não matar! O princípio ético não matar como imperativo categórico no pensamento de Norberto Bobbio (1909-2004)* (Pontifícia Universidade Urbaniana do Vaticano, 2008) e desenvolve atualmente o projeto de pesquisa de pós-doutorado *Direitos do homem, democracia e paz: O pacifismo jurídico de Norberto Bobbio (1909-2004)* (Unesp-Marília, 2022-2023).

relation to the meaning of this problem, on its possibility and on the non-desirability of an absolute foundation for “historic” human rights. Its general objective is to critically analyze the Bobbian position on the problem of the foundation of human rights, outlining a proposal to solve the problem from an ontico-teleological conception of human Dignity. To present Bobbio's positions on the problem proposed here, it draws mainly on Bobbio's collection of original writings on human rights entitled *L'età dei diritti*, 1990. It concludes that the question about the metaphysical foundation of “Human Law” par excellence is the question on the foundation of the inalienable Dignity of every human individual: why does the human individual have a peculiar value? This absolute Dignity must necessarily have an equally absolute foundation: the *humanitas vivens* in which every human individual participates: it is absolute because it is supralocal and supratemporal and does not depend on the circumstances in which it takes place, however, it reveals itself in History and in Human culture, locally and temporally known, in constant becoming.

Words-key: Norberto Bobbio; Human rights; Foundation of rights.

EL “FUNDAMENTO” DE LOS DERECHOS HUMANOS: ELEMENTOS PARA UNA CRÍTICA A LA POSICIÓN DE NORBERTO BOBBIO

Resumen: El tema de esta investigación es el problema de la fundamentación de los derechos humanos en el pensamiento de Norberto Bobbio. Presenta, con la mayor fidelidad posible, la posición del *Papa Laico* en relación al significado de este problema, sobre su posibilidad y sobre la indeseabilidad de un fundamento absoluto de los derechos humanos “históricos”. Su objetivo general es analizar críticamente la posición de Bobbian sobre el problema de la fundación de los derechos humanos, esbozando una propuesta para resolver el problema desde una concepción ontico-teleológica de la Dignidad humana. Para presentar las posiciones de Bobbio sobre el problema aquí propuesto, se basa principalmente en la colección de escritos originales de Bobbio sobre derechos humanos titulada *L'età dei diritti*, 1990. Concluye que la cuestión sobre el fundamento metafísico del “Derecho Humano” por excelencia es la cuestión sobre la base de la Dignidad inalienable de cada individuo humano: ¿por qué el individuo humano tiene un valor peculiar? Esta Dignidad absoluta debe tener necesariamente un fundamento igualmente absoluto: la *humanitas vivens* en la que participa todo ser humano: es absoluta porque es supralocal y supratemporal y no depende de las circunstancias en las que se desarrolla, sin embargo, se revela en la Historia. y en la cultura humana, local y temporalmente conocida, en constante devenir.

Palabras clave: Norberto Bobbio; Derechos humanos; Fundación de derechos.

Introdução

Em relação ao tema dos direitos humanos, Bobbio ocupou-se dele depois dos temas da Democracia e da Paz, completando, assim, a sua trilogia temática. O ponto de chegada para este terceiro tema foi a publicação do volume coletâneo “*L'età dei diritti*”, 1990, que ele gostava de considerar como a última “seção” da sua trilogia temática (BOBBIO, 1996, p. 166-167). O

primeiro escrito de Bobbio sobre o *problema* dos direitos humanos foi o “*La Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo*”, 1951 (BOBBIO, 1951, p. 53-70).

Bobbio se ocupou deste problema já na “*Prefazione*” à tradução italiana de “*La Dichiarazione dei diritti sociali*”, de Georges Gurvitch (GURVITCH, 1949, p. 13-27). Esse escrito contém algumas teses das quais Bobbio nunca mais se afastou, a saber: *os direitos naturais – mesmo o primordial direito à vida – são direitos históricos; os direitos naturais nascem ao início da idade moderna, juntamente com a concepção individualista da Sociedade; os direitos tornam-se um dos principais indicadores do progresso histórico* (BOBBIO, 1997, p. VIII).

No escrito “*Sul fondamento dei diritti dell’uomo*”, 1964 (in BOBBIO, 1997, p. 06-16), Bobbio confirmou e aprofundou a tese da “*historicidade*” dos direitos humanos, em base à qual contesta não só a “*legitimidade*”, mas ainda a “*eficácia prática*” da busca por um fundamento absoluto para esses direitos (BOBBIO, 1997, p. VIII).

No escrito “*Presente e avvenire dei diritti dell’uomo*”, 1968 (BOBBIO, 1997, p. 17-44), Bobbio traçou, em grandes linhas, as várias fases da *história* dos direitos humanos: da sua “*proclamação*” à sua “*positivação*”, da positivação ao interno de cada Estado à positivação no Sistema Internacional. Retomando o tema da sua historicidade, tira um ulterior argumento da sua *contínua expansão* (BOBBIO, 1997, p. IX).

A presente pesquisa tem por tema o problema do fundamento dos direitos humanos no pensamento de Norberto Bobbio. Investiga-se a posição do *Papa Laico* em relação ao sentido desse problema, sobre a sua possibilidade e sobre a desejabilidade de um fundamento absoluto para os históricos direitos humanos. Em um primeiro momento, será apresentado o mais fielmente possível, o pensamento do Autor, a partir dos textos originais, através de tradução livre e, às vezes, com citações diretas em língua italiana.

Aqui, o objetivo geral é apresentar elementos para uma análise crítica da posição bobbiana sobre o problema do fundamento dos direitos humanos, esboçando uma proposta de solução a partir de uma concepção ôntico-teleológica da Dignidade humana, apresentada como o “*Direito Humano*” por excelência, que fundamenta todos os históricos direitos, consequentemente, relativos ao seu lugar e ao seu tempo.

Como resultado desta análise crítica, chegaremos à conclusão de que a pergunta sobre o fundamento absoluto ou metafísico do “*Direito Humano*” é a pergunta sobre o fundamento da Dignidade inalienável de cada indivíduo humano. Em outras palavras, é perguntar-se por que o indivíduo humano tem um peculiar valor para nós, aqui e agora. Essa Dignidade, que

deve ser concebida como “absoluta”, necessariamente, precisa ter um fundamento igualmente absoluto: a *humanitas vivens* da qual todo indivíduo humano – homem e mulher saudáveis ou não – participa: ela “é” absoluta porque é supralocal e supratemporal e não depende das circunstâncias nas quais se dá, porém, revela-se na História e na Cultura humana, local e temporalmente conhecida.

Na primeira seção, será apresentado o pensamento de Norberto Bobbio sobre a “ilusão” do fundamento absoluto dos direitos humanos: a convicção que lhes encontrar um fundamento, isto é, apresentar-lhes motivos para justificar a escolha que fizemos e que gostaríamos fosse feita também pelos outros homens e mulheres, seja um meio adequado a obter um “reconhecimento” mais amplo desses direitos.

Na segunda seção, será apresentado o pensamento de Norberto Bobbio sobre a impossibilidade de dar um fundamento absoluto a direitos relativos: para Bobbio (1997, p. 7), a “ilusão” de um fundamento absoluto, hoje, não é mais possível; toda pesquisa do fundamento absoluto é, por sua vez, infundada.

Na terceira seção, será apresentado o pensamento de Norberto Bobbio sobre se seria desejável ou não um fundamento absoluto para os direitos humanos, considerando que são históricos e relativos: se esta pesquisa lograsse êxito, como resultado, obteria mais rapidamente a efetivação dos direitos humanos?

Na quarta seção, será apresentado o pensamento de Bobbio sobre o *consensus omnium gentium* em torno da *Declaração universal dos direitos humanos*, 1948: para Bobbio (1997, 18-19) esta *Declaração* representa a única prova que um “sistema de valores” pode ser considerado fundamentado e reconhecido: os jusnaturalistas fariam de *consensus omnium gentium* ou *consensus humani generis*.

Na quinta seção, será apresentado o pensamento de Bobbio sobre a evolução das *Declarações*, bem como algumas dificuldades para a efetiva proteção dos direitos humanos: dificuldade de natureza político-jurídica e dificuldade em relação ao conteúdo dos direitos humanos.

Na sexta e última seção, serão tecidas considerações críticas sobre as posições de Norberto Bobbio sobre o problema do fundamento dos direitos humanos: o *consensus gentium* ao acordo prático, firmado na *Declaração* de 1948, bem como o ato legislativo de cada Estado que o efetiva juridicamente são suficientes para justificar historicamente os direitos humanos, mas evidentemente são insuficientes para fundamentar ou para justificar a existência da Dignidade humana, da qual estes direitos são históricas explicitações.

1. O fundamento absoluto como ilusão

Norberto Bobbio nos propôs três problemas referentes ao fundamento absoluto dos direitos humanos: primeiro, *qual é o sentido do problema do fundamento absoluto?* Segundo, *um fundamento absoluto é possível?* Terceiro, *posto que seja possível, seria também desejável um fundamento absoluto?*

- a) quale sia il senso del problema che ci siamo posti intorno al fondamento assoluto di diritti dell'uomo;*
- b) se un fondamento assoluto sia possibile;*
- c) se, posto che sia possibile, sia anche desiderabile. (BOBBIO, 1997, p. 5).*

Ele observou que o problema do fundamento de um direito se apresenta diferentemente segundo que se trate de direito que se tem ou de direito que se gostaria de ter:

Nel primo caso andrò a cercare nell'ordinamento giuridico positivo, di cui faccio parte come titolare di diritti e doveri, se vi sia una norma valida che lo riconosca e quale sia; nel secondo caso andrò alla ricerca di buone ragioni per sostenerne la legittimità e per convincere quante più persone è possibile, e soprattutto coloro che detengono il potere diretto o indireto di produrre norme valide in quell'ordinamento, a riconoscerlo. (BOBBIO, 1997, p. 5)

É claro que, em *cathedra* filosófica, Bobbio (1997, p. 5-6) pretende tratar um problema do segundo tipo, ou seja, não pretende tratar um problema de Direito Positivo, mas de direito racional, isto é, de Direito Natural, num sentido restrito do termo, que é o único por ele aceitável. Ele parte do pressuposto que os direitos humanos são fins dignos de serem buscados: promovidos e protegidos, apesar desta sua “dignidade” nem todos os Estados o reconheceram. Bobbio está convencido que justificar a escolha que fizemos e que gostaríamos fosse feita também pelos outros homens e mulheres, seja um meio adequado a obter um “reconhecimento” mais amplo desses direitos, aqui e agora.

Do escopo que a pesquisa do fundamento se propõe nasce, segundo Bobbio (1997, p. 6), a ilusão do fundamento absoluto; a ilusão que, acumulando e elaborando razões e argumentos, encontrar-se-á “a” razão e “o” argumento irresistível ao qual ninguém poderá refutá-lo:

Il fondamento assoluto è il fondamento irresistibile nel mondo delle nostre idee, allo stesso modo che il potere assoluto è il potere irresistibile (si pensi ad Hobbes) nel mondo delle nostre azioni. Di fronte al fondamento irresistibile si piega necessariamente la mente, così come di fronte al potere irresistibile si piega necessariamente la volontà. (BOBBIO, 1997, p. 6)

Bobbio rebate que o fundamento último não é discutível, assim como o poder último também não o é: quem resiste ao fundamento absoluto se põe fora da comunidade das pessoas racionais (BOBBIO, 1997, p. 6).

Segundo Bobbio (1997, p. 6-7), essa ilusão foi comum aos jusnaturalistas que acreditaram de haver protegido certos direitos contra toda possível refutação, derivando-os diretamente da *natura hominis*. Mas como fundamento absoluto de direitos “irresistíveis” a natureza humana demonstrou-se frágil; muitos direitos, mesmo os mais diversos entre eles, mesmo os menos fundamentais foram fundamentados na “generosa” e complacente *natura hominis*.

2. Impossibilidade do fundamento absoluto

Para Bobbio (1997, p. 7), a “ilusão” de um fundamento absoluto, hoje, não é mais possível; toda pesquisa por um fundamento absoluto carece de “fundamento”. Contra esta ilusão Bobbio levantou algumas dificuldades: primeira, a expressão “direitos humanos” é muito vaga e não definível. A maior parte das definições é tautológica, por exemplo: *direitos humanos são aqueles que competem ao Homem enquanto Homem*; ou então, dizem alguma coisa sobre o status desejado ou proposto desses direitos, não sobre o seu conteúdo, por exemplo: *Direitos humanos são aqueles que pertencem, ou deveriam pertencer, a todos os indivíduos humanos, ou dos quais todo indivíduo humano não pode ser privado* (BOBBIO, 1997, p. 8).

Bobbio (BOBBIO, 1997, p. 8) observa que, quando se acrescenta alguma referência ao conteúdo dos direitos humanos, não se pode deixar de introduzir termos axiológicos, por exemplo: *condição necessária para o aperfeiçoamento da pessoa humana* ou então *condição para o desenvolvimento da civilização*.

Segundo Bobbio (BOBBIO, 1997, p. 8), daqui nasce uma nova dificuldade: os termos axiológicos são interpretáveis diversamente segundo a ideologia do seu intérprete: o “aperfeiçoamento” da pessoa humana ou o “desenvolvimento” da civilização são objetos de insolúveis conflitos:

L'accordo si trova in genere, quando i disputanti, dopo molte concessioni reciproche, consentono nell'accettare una formula generica, che nasconde, non risolve, il contrasto: questa formula generica lascia la definizione altrettanto vaga, come le due definizioni precedenti. (BOBBIO, 1997, p. 8)

Bobbio observa que o acordo se encontra quando as partes consentem em aceitar uma “fórmula genérica” conciliadora que esconde, mas não resolve o conflito, portanto, os

contrastes renascem quando se passa do momento da enunciação ou declaração puramente verbal dos direitos humanos à fase da sua efetiva aplicação.

O fundamento de direitos, dos quais se sabe somente que são *condições para a atuação de valores últimos*, segundo Bobbio (1997, p. 8-9), é o apelo a estes próprios valores últimos. Mas os valores últimos, por definição, não carecem de serem justificados, bastaria serem assumidos: aquilo que é último, exatamente por ser *ab-solutus*, conclui Bobbio, não há nenhum fundamento. Os valores últimos são antinômicos, não se pode realizar todos globalmente e contemporaneamente, pois último é somente “o” último. Para atuá-los ocorrem concessões de ambas as partes, ocorre uma hierarquia axiológica: nesta conciliação, que requer renúncias de ambas as partes envolvidas, entram em jogo as preferências pessoais, as escolhas políticas e as orientações ideológicas atuais. Permanece, portanto, o fato que estes três tipos de definições não consentem de elaborar uma categoria dos direitos humanos de contornos nítidos. Então Bobbio se pergunta *como seja possível pôr-se o problema do fundamento*, absoluto ou não-absoluto, *de direitos dos quais não é possível, nem mesmo, dar uma noção precisa*: “*Ci si domanda, allora come sia possibile porre il problema del fondamento, assoluto o non assoluto, di diritti di cui non è possibile dare una nozione precisa*” (BOBBIO, 1997, p. 9).

A segunda dificuldade levantada por Bobbio (1997, p. 9) é que os direitos humanos constituem uma “classe variável”, como os últimos séculos o demonstram abundantemente:

L’elenco dei diritti dell’uomo si è modificato e va modificandosi col mutare delle condizioni storiche, dei mezzi e degli interessi, delle classi al potere, dei mezzi disponibili per la loro attuazione, delle trasformazioni tecniche, ecc. (BOBBIO, 1997, p. 9)

Bobbio (BOBBIO, 1997, p. 9) explica que direitos que foram declarados “absolutos” no final do século XVIII, como, por exemplo, o direito à propriedade, foram radicalmente limitados nas declarações contemporâneas; porém, direitos que estas declarações ignoravam completamente, tais como os direitos sociais, hoje, são proclamados com ostentação.

Bobbio (1997, p. 10) não conseguia ver como se pudesse dar um fundamento absoluto a direitos historicamente relativos: ele não temia o “relativismo” axiológico. Também a pluralidade das concepções religiosas e morais é um fato histórico sujeito a mudanças: o relativismo também é relativo: “*E poi proprio questo pluralismo è l’argomento piú forte a favore di alcuni diritti dell’uomo, piú celebrati, come la libertà di religione e in genere la libertà di pensiero*” (BOBBIO, 1997, p. 10). Se não estivéssemos convencidos da pluralidade das concepções últimas; se fôssemos convencidos que asserções religiosas, éticas e políticas fossem demonstráveis como teoremas inabaláveis e inquestionáveis, os direitos à liberdade

religiosa ou de pensamento político perderiam a sua razão de ser: esses direitos não seriam mais o direito de haver a própria religião pessoal ou de exprimir o próprio pensamento político, mas sim o direito de não ser impedido com a força de perseguir em busca da única verdade religiosa e do único bem político.

Para Bobbio (1997, p. 11), além de mal *definível* e *variável* a classe dos direitos humanos é também “heterogênea”. Entre os direitos compreendidos na *Declaração universal dos direitos humanos*, 1948, existem pretensões muito diferentes entre elas, até mesmo incompatíveis:

Pertanto le ragioni che valgono per sostenere le une non valgono per sostenere le altre. In questo caso non si dovrebbe parlare di fondamento, ma di fondamenti dei diritti dell'uomo, di diversi fondamenti secondo il diritto le cui buone ragioni si desidera difendere. (BOBBIO, 1997, p. 11)

Dentre os direitos humanos existem direitos com *status* muito diferentes entre eles; segundo Bobbio (1997, p. 11), existem alguns direitos que valem em qualquer situação e competem a todos os indivíduos humanos indistintamente. São os direitos ilimitados, por exemplo, o direito a não ser escravizado e a não ser torturado. Estes são direitos privilegiados, porque não são postos em concorrência com outros direitos, igualmente fundamentais.

Mesmo dentre os “direitos fundamentais”, os ilimitados são pouquíssimos. Observou Bobbio (1997, p. 11-12) que *são poucos os direitos considerados fundamentais que não vêm em concorrência com outros direitos considerados, eles também, fundamentais*; e que não imponha, portanto, em certas situações e em referência a particulares categorias de “sujeitos”, uma escolha axiológica. Não se pode afirmar um direito fundamental “novo” em favor de uma categoria de indivíduos humanos sem suprimir algum direito fundamental “antigo” que beneficiava outras categorias de indivíduos humanos: por exemplo, a *escravidão* era considerada um “direito” do escravizador e o beneficiava; a *tortura* era considerada um “direito” do Estado, para apurar a verdade sobre determinados delitos e beneficiava a aplicação da “justiça” civil.

Na maior parte dos casos, essa escolha axiológica não é fácil e, quase sempre, é incerta e exige ser motivada, fundamentada. Como explica Bobbio (1997, p. 12), isto depende do fato que tanto o novo direito que se proclama, quanto o antigo direito que se nega têm as suas “boas razões”, sua fundamentação racional em seu momento histórico. A dificuldade da necessária escolha axiológica se resolve, segundo Bobbio, com a introdução de “limites” à extensão de um dos dois direitos, de modo que seja, em parte, salvaguardado também o outro direito: esta extensão encontra seu limite no encontro e confronto entre ambos os direitos.

Direitos humanos possuindo eficácias tão diferentes não podem, rebate Bobbio (1997, p. 12), possuir o mesmo fundamento. Isto vale, sobretudo para os direitos do segundo tipo, que são fundamentais, mas estão sujeitos a restrições, a limites impostos pela necessidade histórica de salvaguardar também o direito antitético de outro indivíduo humano: em uma palavra, ambos se limitam reciprocamente, necessariamente. Tais direitos *não poderiam ter o mesmo fundamento absoluto* que não permitiria justificar suas limitações recíprocos.

Neste contraste entre os direitos fundamentais, segundo Bobbio (1997, p. 12-13), precisamos distinguir um caso que põe em perigo ainda mais gravemente a pesquisa de “um” fundamento absoluto: a “antinomia” entre os direitos invocados pelo mesmo sujeito. Todas as declarações recentes dos direitos humanos compreendem, além dos tradicionais direitos individuais que consistem em liberdades, também os direitos sociais que consistem em poderes. As liberdades requerem da parte dos outros obrigações puramente negativas de abster-se de determinados comportamentos em relação ao indivíduo; porém, os “poderes” individuais podem ser realizados somente se forem impostas aos outros algumas obrigações positivas (BOBBIO, 1997, p. 12-13), ou seja, para que os indivíduos sejam livres, basta que os “outros” “não façam” nada que obstaculize o exercício do direito; porém, para garantir poderes de ação aos indivíduos, os “outros” precisam pôr em ato ações que garantam a capacidade de agir destes mesmos indivíduos. Assim sendo, ao mesmo indivíduo são atribuídos direitos antinômicos.

Conclui Bobbio (1997, p. 13) que esses direitos são antinômicos no sentido que o seu desempenho não pode proceder paralelamente: *“Sono antinomici nel senso che il loro sviluppo non può procedere paralelamente: l’attuazione integrale degli uni impedisce l’attuazione integrale degli altri”*.

Em outras palavras, quanto mais aumentam os poderes dos indivíduos, tanto mais diminuem as liberdades dos próprios indivíduos; trata-se de duas situações jurídicas muito diferentes, portanto, os argumentos que valem para “fundamentar” a primeira não valem para “fundamentar” a segunda. Os dois principais argumentos para introduzir algumas liberdades entre os direitos fundamentais são *a irredutibilidade das crenças últimas; a crença que o indivíduo quanto mais é livre tanto mais possa progredir moralmente e promover também o progresso material da Sociedade: “Orbene di questi due argomenti il primo è, per giustificare la richiesta di nuovi poteri, irrilevante, il secondo si è rivelato storicamente falso”* (BOBBIO, 1997, p. 13).

Dois direitos fundamentais antinômicos entre si não podem ter, ambos, um fundamento absoluto, ou seja, um fundamento que torne um direito e o seu oposto igualmente irrefutáveis e

irresistíveis. Bobbio (1997, p. 13-14) lembrou que historicamente a ilusão do fundamento *absolutus* de alguns direitos estabelecidos fora obstáculo à introdução de novos direitos, totalmente ou parcialmente incompatíveis com os antigos. Por exemplo, “*l’opposizione quase secolare contro l’introduzione dei diritti sociali è stata fatta in nome del fondamento assoluto dei diritti di libertà*”.

Bobbio (1997, p. 13-14) observa que o fundamento absoluto dos direitos não seria somente uma ilusão, às vezes seria também um “pretexto” para defender posições conservadoras.

3. A deseabilidade do fundamento absoluto

Bobbio (1997, p. 14) explica que existe outro aspecto do problema do fundamento absoluto que merece atenção: caso esta pesquisa fosse coroada de sucesso, obteria o resultado esperado de conseguir mais rápida e eficazmente efetivação dos direitos humanos?

Com tal observação, Bobbio (1997, p. 14) pôs em discussão um dos dogmas do Racionalismo ético que é também, segundo ele, uma ilusão do Jusnaturalismo: *os valores últimos não só podem ser demonstrados como teoremas, mas basta demonstrá-los para assegurar-lhes a sua plena atuação*; pois, torná-los-ia irrefutáveis e irresistíveis. Juntamente ao dogma da demonstrabilidade dos valores últimos, o Racionalismo ético, sustentou também que a demonstrada racionalidade de um valor é condição suficiente para a sua efetivação. O primeiro dogma do Jusnaturalismo afirmava a *potência* da Razão; o seu segundo dogma afirmava o *primado* da Razão: “*Questo secondo dogma del razionalismo ético, e del giusnaturalismo, che del razionalismo ético è l’espressione storica piú cospicua, è smentito dall’esperienza storica*” (BOBBIO, 1997, p. 14-15).

Sobre esse problema, Bobbio propôs três argumentos: primeiro, não se pode dizer que os direitos humanos tenham sido mais respeitados quando os intelectuais foram concordes em considerar de ter encontrado um argumento irrefutável para defendê-los. Porém, observa Bobbio que, não-obstante a crise dos fundamentos, pela primeira vez na História da humanidade, a maior parte dos governos existentes proclamaram uma *Declaração universal dos direitos humanos*, 1948. Consequentemente, conclui Bobbio (1997, p. 15), depois desta *Declaração* o problema do fundamento perdeu grande parte do seu interesse. Se a maior parte dos governos existentes concordou numa *Declaração* comum, é sinal de que encontrou as boas razões para fazerem isto: “*Perciò, ora non si tratta tanto di cercare altre ragioni, o addirittura,*

come vorrebbero i giusnaturalisti redivivi, la ragione delle ragioni, ma di porre le condizioni per una piú ampia e scrupolosa attuazione dei diritti proclamati” (BOBBIO, 1997, p. 15).

Portanto, agora se trata de protegê-los e promovê-los e não de fundamentá-los.

Segundo Bobbio (1997, p. 15-16), para que se contribua à criação dessas condições, precisa-se estar convencido que a efetivação dos direitos humanos seja um “fim” desejável em si, porém, não basta esta convicção para que todas estas condições se realizem, pois muitas não dependem da boa vontade dos governantes e nem das boas razões adotadas para demonstrar a bondade absoluta direitos humanos. Perspicazmente, Bobbio observa que o argumento mais consistente apresentado por todos os reacionários contra os direitos humanos, em especial contra os direitos sociais, não é a sua carência de um fundamento, mas sim a dificuldade de *atuá-los*: não seria um problema filosófico, mas de práxis jurídica desses direitos.

Ainda observa (BOBBIO, 1997, p. 16) que na fase da enunciação ou declaração dos direitos, o acordo é obtido com relativa facilidade, independentemente da convicção em torno do seu fundamento ou justificação. Quando se trata, porém, de passar da teoria dos direitos à sua prática, mesmo se fossem indiscutivelmente fundamentados, começariam as dificuldades: *“Il problema di fondo relativo ai diritti dell’uomo è oggi non tanto quello di giustificarli, quanto quello di proteggerli. È un problema non filosofico ma politico”*.

Segundo Bobbio (1997, p. 16), é inegável a existência de uma crise dos fundamentos dos valores, porém, não podemos superá-la buscando outro fundamento absoluto para substituir aquele que já o perdemos: a *natura hominis*. Para Bobbio, a nossa tarefa hodierna é mais modesta e simultaneamente mais difícil. Historicamente, não é relevante buscar o fundamento absoluto dos direitos humanos, que Bobbio qualificou como “empresa sublime, mas *desesperada*”, se esta busca não for acompanhada do estudo das condições, dos meios e das situações em que os direitos possam ser promovidos e protegidos, em uma palavra, historicamente efetivados.

4. A Declaração universal dos direitos humanos, 1948

Segundo Bobbio (1997, p. 17-18), hoje, o verdadeiro problema do fundamento dos direitos humanos não é filosófico, mas sim jurídico; em um sentido mais amplo, um problema político. Não se trata de saber quais e quantos são os direitos; qual é a sua natureza e qual é o seu fundamento; se são direitos naturais ou direitos históricos, absolutos ou relativos, mas se trata de saber *qual é o modo mais seguro para garanti-los*, para impedir que, não-obstante as

Declarações solenes (CAPOTORTI, 1967, p. 11-35), eles continuam sendo violados no mundo todo.

Quando Bobbio (1997, p. 18) disse que o problema sempre mais urgente diante do qual nos encontramos não é mais aquele do fundamento dos direitos, mas das suas garantias, queria dizer que considerava como inexistente o problema do fundamento, mas que, em certo sentido, já fora resolvido através da *Declaração universal dos direitos humanos*, 1948.

Como já foi acenado anteriormente, para Bobbio (1997, 18-19) a *Declaração universal dos direitos humanos*, 1948, representa a manifestação da única prova com que um “sistema de valores” pode ser considerado humanamente fundado e, portanto, reconhecido: esta prova é o *consensus* universal acerca da sua validade: *consensus omnium gentium* ou *consensus humani generis*.

Segundo Bobbio (1997, p. 19) existem três modos de fundar os valores: *deduzi-los de um dado objetivo constante* – por exemplo, a natureza humana; *considerá-los como verdades por si mesmas evidentes*; enfim *descobrir que, num dado período histórico, eles foram consentidos*: a prova, portanto, do *consensus*.

O primeiro modo de fundar os valores nos ofereceria maior garantia da sua validade universal se verdadeiramente existisse uma cognoscível e demonstrável natureza humana:

Il primo modo ci offrirebbe la maggiore garanzia della loro validità universale, se veramente esistesse la natura umana e, ammesso che esista come dato costante e immodificabile, ci fosse concesso conoscerla nella sua essenza: a giudicare dalla storia del giusnaturalismo la natura umana è stata interpretata nei modi piú diversi, e l'appello alla natura è servito a giustificare sistemi di valori anche opposti tra loro. (BOBBIO, 1997, p. 19)

O segundo modo de fundar os valores – *o apelo à evidência* – tem o defeito de pôr-se além de toda prova e de não aceitar nenhuma argumentação possível de caráter racional: “[...] *in realtà, non appena sottoponiamo valori, proclamati evidenti, alla verifica storica, ci accorgiamo che ciò che è stato considerato evidente da alcuni in un dato momento non è piú considerato evidente da altri in un altro momento*” (BOBBIO, 1997, p. 19). Por exemplo, a propriedade *sacra e inviolável*, na *Declaração de direitos do homem e do cidadão*, 26 de agosto de 1789; a tortura dos prisioneiros, justificada pelo princípio *vim vi repellere licet*.

O terceiro modo de justificar os valores é aquele de mostrar que se apoiam sobre o *consensus gentium*: um valor seria tanto mais fundado, quanto mais amplo fosse o consenso sobre sua validade:

Con l'argomento del consenso si sostituisce la prova dell'intersoggettività a quella ritenuta impossibile o estremamente incerta dell'oggettività. Certo, si

trata di un fondamento storico e come tale non assoluto: ma è l'único fondamento, quello storico del consenso, che può essere fattualmente provato.
(BOBBIO, 1997, p. 20)

A *Declaração universal dos direitos humanos*, 1948, é acolhida por Bobbio como a maior prova histórica que já se deu do *consensus omnium gentium* acerca de um determinado sistema de valores: especificamente, acerca dos direitos humanos. Ela é um fato novo na História, pois, pela primeira vez na, um sistema ético de princípios fundamentais da conduta humana foi, livre e expressamente, aceito pela maior parte dos indivíduos humanos, através dos seus respectivos governos: “*Con questa dichiarazione un sistema di valori è (per la prima volta nella storia) universale, non in principio ma di fatto, in quanto il consenso sulla sua validità e sulla sua idoneità a regere le sorti della comunità futura di tutti gli uomini è stato esplicitamente dichiarato*” (BOBBIO, 1997, p. 21).

Segundo Bobbio (1997, p. 21), os valores transmitidos e ensinados pelas religiões, de fato, só atingiram parcialmente a Humanidade; somente depois da *Declaração universal dos direitos humanos*, 1948, podemos ter a certeza histórica de que toda a Humanidade compartilha alguns valores comuns; finalmente podemos crer na universalidade dos valores historicamente legítima: universal aqui não significa dado objetivamente, como era concebida a *natura hominis* do século XVII, mas subjetivamente acolhido pela universalidade dos indivíduos humanos.

5. A evolução histórica das *Declarações dos direitos humanos*

Na história da formação das *Declarações dos direitos*, Bobbio (1997, p. 21) distinguiu três fases. A primeira fase é filosófica: as *Declarações* nascem como teorias filosóficas; devem ser buscadas nas obras dos grandes filósofos. A segunda fase consiste na passagem da teoria à práxis, ou seja, na passagem do direito somente pensado ao direito atuado, positivado.

Segundo Bobbio (1997, p. 23), nesta passagem a afirmação dos direitos humanos ganha em concretização, mas perde em universalidade. Os direitos são, de agora em diante, protegidos: são *verdadeiros e próprios direitos positivos*, mas valem somente dentro do Estado que os reconheceu. Apesar de continuar mantida a distinção entre *direitos “humanos”* e *direitos do “cidadão”* passam a ser efetivamente somente direitos do cidadão, ou pelo menos, são direitos dos indivíduos humanos somente enquanto cidadãos de um determinado Estado onde este foram positivados em seus diplomas legislativos (BOBBIO, 1997, p. 23).

Com a *Declaração universal*, 1948, segundo Bobbio, teve início a terceira e última fase na qual a afirmação dos direitos é simultaneamente universal e positiva. Universal no sentido em que os destinatários dos princípios nela contidos não são somente os cidadãos de um determinado Estado, mas todos os indivíduos humanos. “Positiva” porque com ela tem início um processo de efetiva proteção dos direitos contra o próprio Estado que os violou. Bobbio observa que no final desse processo, os direitos do cidadão se transformarão em direitos do indivíduo humano: serão os direitos do cidadão da cidade humana universal, sem confins territoriais: cidadão do Mundo (BOBBIO, 1997, p. 23-24): “*i diritti dell’uomo nascono come diritti naturali universali, si svolgono come diritti positivi particolari per poi trovare la loro piena attuazione come diritti positivi universali*” (BOBBIO, 1997, p. 24).

Bobbio (1997, p. 24) adverte que a *Declaração universal*, 1948, foi somente o início de um longo processo, ela é “algo” mais que um sistema doutrinal, mas ainda é “algo” menos que um sistema de normas jurídicas: “Considerando ser essencial que os direitos humanos sejam protegidos pelo império da lei, para que o ser humano não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra a tirania e a opressão, [...]” ONU, 1948, *Preâmbulo*).

Segundo Bobbio (1997, p. 24-25), a proposição acima citada se limita a estabelecer um nexó necessário entre um determinado meio e um determinado fim, ou seja, uma escolha entre duas alternativas: ou a proteção jurídica ou a rebelião contra a tirania e a opressão. A *Declaração* indica qual das duas alternativas escolheu, mas não foi capaz de atuá-la.

A *Declaração universal*, 1948, representou somente o momento inicial da terceira fase do processo de positivação universal dos direitos humanos. Bobbio (1997, p. 25-26) alertou sobre a dificuldade de atuar medidas eficazes para a garantia desses direitos na Comunidade Internacional, considerando que nela ainda não ocorreu a monopolização do uso da força, que marcou o nascimento do Estado moderno.

A quantidade e a qualidade dos direitos afirmados na *Declaração universal*, 1948, demonstram que ela não é definitiva; de fato, para Bobbio (1997, p. 26) os direitos humanos são históricos, emergem gradualmente das lutas humanas pela própria emancipação e da transformação das condições de vida que estas lutas produzem:

L’espressione “diritti dell’uomo” che è certamente enfatica, anche se opportunamente enfatica, può trarre in inganno, perché fa pensare all’esistenza di diritti appartenenti ad un Uomo astratto e come tale sottratti al flusso della storia, ad un Uomo essenziale ed eterno dalla cui contemplazione deriviamo la conoscenza infallibile dei suoi diritti e dei suoi doveri. Oggi sappiamo che anche i diritti cosiddetti umani sono il prodotto non della natura ma della civiltà umana; in quanto diritti storici sono

mutevoli, cioè suscettibili di trasformazione e di allargamento. (BOBBIO, 1997, p. 26)

Para Bobbio (1997) não importava fundamentar os direitos humanos, mas sim protegê-los; para protegê-los não basta proclamá-los, é necessário positivá-los em um determinado diploma legal com força universal, se possível. O problema real que se põe é aquele das medidas necessárias para a sua efetiva proteção e promoção: “*Mi pare anzitutto che occorra distinguere due ordini di difficoltà, l’una di natura piú propriamente giuridico-politica, l’altra sostanziale, cioè inerente al contenuto dei diritti in questione*” (BOBBIO, 1997, p. 33).

Apresentemos o primeiro tipo de dificuldade levantado por Bobbio: dificuldade de natureza político-jurídica.

5.1 Dificuldades de natureza político-jurídica

A primeira dificuldade para a efetiva proteção dos direitos – *dificuldade de natureza propriamente político-jurídica* – depende da própria natureza da Comunidade Internacional; mais precisamente depende do tipo de relações intercorrentes entre os Estados; também entre cada um dos Estados e a Comunidade Internacional, tomada em seu todo. Bobbio (1997, p. 33) disse que os Organismos Internacionais possuem em relação aos Estados que os compõem uma *vis directiva* e não uma *vis coactiva*: “*Ora, quando parliamo di protezione giuridica e la vogliamo distinguere da altre forme di controllo sociale, pensiamo alla protezione che il cittadino ha, quando ce l’ha, dentro lo stato, cioè ad una protezione che è fondata sulla vis coactiva*”.

Para que a *vis directiva* atinja o próprio escopo ocorre uma das seguintes condições: primeira condição, quem exerce a *vis directiva* deve ser muito respeitável; deve incutir ao menos respeito; segunda condição, aquele a quem a *vis directiva* é dirigida deve ser muito razoável, deve haver uma disposição geral a considerar como válidos não só a razão da força, mas também a força da razão (BOBBIO, 1997, p. 34).

Nas relações entre os Estados e os Organismos Internacionais, em certos casos, falta uma das condições acima citadas, quando não faltam todas as duas. Bobbio (1997, p. 34) observa que é exatamente nestes casos que se pode verificar uma insuficiente ou até mesmo ausente proteção dos direitos humanos, que o Organismo Internacional deveria sanar. A violação dos direitos humanos ao interno do Estado e o desrespeito pela Autoridade Internacional ao externo caminham juntos: “*Quanto piú un governo è autoritario verso la libertà dei suoi cittadini tanto piú è libertário (lasciatemi usare questa espressione) nei confronti dell’autorità Internazionale*” (BOBBIO, 1997, p. 34).

Bobbio (1997, p. 34-35) distingue duas formas de controle social: a *influência* e o *poder*. Entende por influência o modo de controle que determina a ação do outro, influenciando suas escolhas; por poder, entende o modo de controle que determina o comportamento do outro, pondo-o na impossibilidade de agir diversamente: “*Anche partendo da questa distinzione, risulta chiaramente che esiste una differenza tra la protezione giuridica in senso stretto e le garanzie internazionali: la prima si serve di quella forma di controllo sociale che è il potere; le seconde sono fondate esclusivamente sull’influenza*” (BOBBIO, 1997, p. 35).

Considerando a teoria de Felix Oppenheim (OPPENHEIM, 1964, p. 31), Bobbio (1997, p. 35) distingue três formas de influência: a *dissuasão*, o *desencorajamento* e o *condicionamento*; e três formas de poder: a *violência física*, o *impedimento legal* e a *ameaça* de graves sanções. O controle dos Organismos Internacionais corresponde muito bem às formas de influência, mas para às portas da primeira forma de “poder”: exatamente pela primeira forma de poder que começa aquela proteção chamada jurídica.

Para Bobbio (1997), tratar-se de estabelecer quais são aquelas formas de controle atualmente empregadas e empregáveis pela Comunidade Internacional, distinguindo formas mais eficazes e menos eficazes em relação ao fim pretendido: *impedir ou reduzir ao mínimo os comportamentos desviantes*; perguntarmo-nos qual é, em relação à tutela dos direitos humanos, o grau de eficácia das medidas atualmente aplicadas ou aplicáveis a nível internacional: “*Le attività svolte sinora dagli organismi internazionali per la tutela dei diritti dell’uomo possono essere considerate sotto tre aspetti: promovimento, controllo e garanzia*” (BOBBIO, 1997, p. 35).

Por “promoção”, Bobbio (1997, p. 36) entendeu o conjunto das ações orientadas aos seguintes objetivos: *induzir os Estados a introduzir uma disciplina específica para a tutela dos direitos humanos; induzir aqueles que já a têm, a aperfeiçoá-la* seja em relação ao direito substancial – *número e qualidade dos direitos tutelados* – seja em relação aos procedimentos – *número e qualidade dos controles jurisdicionais*.

Por atividade de “controle”, Bobbio (1997, p. 36) entendeu o conjunto das medidas que os vários Organismos Internacionais tomam para verificar “se” e “em que medida” as recomendações tenham sido acolhidas; “se” e “em que medida” as convenções tenham sido respeitadas. Dois modos típicos para exercitar este controle e ambos previstos, por exemplo, pelos dois *Pactos Internacionais*, 1966, são os relatórios que cada Estado signatário da Convenção se empenha a apresentar sobre as medidas adotadas para tutelar os direitos humanos em conformidade ao mesmo pacto.

Por atividade de “garantia”, Bobbio (1997, p. 36-37) entendeu a *organização de uma verdadeira e própria tutela jurisdicional de grau internacional*, substitutiva da nacional. O distanciamento entre as duas primeiras formas de tutela dos direitos humanos e a terceira – a garantia – é evidente. Tanto a “promoção” quanto o “controle” se endereçam exclusivamente às garantias existentes ou a serem instituídas, ao interno do Estado. A terceira forma de tutela tem em vista a criação de uma nova e mais alta jurisdição: a substituição da garantia nacional por uma garantia internacional, quando a nacional for insuficiente ou inexistente:

Eppure si potrà parlare a raggion veduta di tutela Internazionale dei diritti dell'uomo solo quando una giurisdizione Internazionale riuscirà a imporsi e a sovrapporsi alle giurisdizioni nazionali, e si attuerà il passaggio dalla garanzia, dentro lo stato – che contrassegna ancora prevalentemente la fase attuale – alla garanzia contro lo stato. (BOBBIO, 1997, p. 37)

Segundo Bobbio (1997, p. 37-38), a luta pela afirmação dos direitos humanos ao interno de cada Estado foi acompanhada pela instauração dos regimes representativos, ou seja, pela dissolução dos Estados com regime autocrático. É provável que a luta para a afirmação dos direitos humanos contra o Estado pressuponha uma mudança, que já está em andamento, apesar de lenta, acerca a concepção do poder externo do Estado em relação aos outros Estados; também um aumento do caráter representativo dos Organismos Internacionais: a garantia internacional, hoje, é mais efetiva onde são mais efetivas as garantias nacionais, ou seja, onde seria menos necessária.

Bobbio (1997) chamava *Estados de Direito* aqueles nos quais funciona regularmente um sistema de garantias dos direitos humanos: os cidadãos que têm mais necessidade da proteção internacional são aqueles dos Estados “não-de-Direito”. Mas estes Estados são exatamente aqueles menos inclinados a aceitar as transformações da Comunidade Internacional que deveriam abrir as portas à instituição e ao bom funcionamento de uma plena proteção jurídica dos direitos humanos: lá onde ela seria possível não é tão necessária; onde seria necessária é menos possível (BOBBIO, 1997, p. 38).

5.2 Dificuldades quanto ao conteúdo dos direitos humanos

Bobbio (1997) afirmou que a tutela dos direitos humanos também encontra dificuldades quanto ao seu próprio conteúdo: “*Siccome la maggior parte di questi diritti sono ormai accolti dal comune sentimento morale, si crede che il loro esercizio sia altrettanto semplice*” (BOBBIO, 1997, p. 38). De um lado, o geral *consensus* sobre eles nos induz a crer que tenham um valor *absoluto*; de outro, a expressão genérica e única – direitos humanos – faz pensar a

uma categoria homogênea: “*E invece i diritti dell’uomo non sono per la maggior parte assoluti e non costituiscono affatto una categoria homogênea*” (BOBBIO, 1997, p. 39).

Bobbio (1997, p. 39) atribui o *status* de “valor absoluto” a pouquíssimos direitos humanos, isto é, válidos em todas as situações e para todos os indivíduos humanos sem distinção: “*Si tratta di uno status privilegiato che dipende da una situazione che si verifica molto raramente: è la situazione in cui vi sono diritti fondamentali che non vengono in concorrenza con altri diritti pure fondamentali*”. Bobbio observou que não se pode “instituir” um direito em favor de uma categoria de pessoas sem suprimir ou limitar um direito de outras categorias de pessoas: por exemplo, a *tortura* e a *escravidão* (BOBBIO, 1997, p. 39).

Bobbio (1997, p. 39) considerou os direitos a não serem escravizados e torturados como valores absolutos porque a ação considerada ilícita em consequência da sua instituição é universalmente condenada: “*Nella maggior parte delle situazioni, in cui viene in questione un diritto dell’uomo, accade invece che due diritti altrettanto fondamentali si fronteggiano e non si può proteggere incondizionatamente l’uno senza rendere inoperante l’altro*”. Na maioria dos casos de conflito entre direitos, deve-se falar de direitos fundamentais “relativos”; no sentido que a sua tutela encontra um “limite” intransponível na tutela de um direito, igualmente fundamental, mas concorrente: não é fácil estabelecer onde termina um e onde começa o outro.

Bobbio (1997) notou que alguns artigos da *Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali*, Roma, 4 de novembro de 1950, são divididos em dois parágrafos, dos quais o primeiro enuncia o direito, o segundo enumera as restrições. Ora, existem situações nas quais até mesmo um direito que alguns grupos consideram fundamental não é reconhecido por todos, porque continua a prevalecer o direito fundamental que se contrapõe a ele, como acontece em relação à objeção de consciência:

Che cosa è piú fondamentale: il diritto di non uccidere o il diritto della collettività nel suo insieme di essere difesa da un’aggressione esterna? In base a quale criterio di valore una simile questione può essere risolta? La mia coscienza, il sistema di valori del grupo cui appartengo, la coscienza morale dell’umanità in un dato momento storico? E chi non si avvede che ognuno di questi criteri è estremamente vago, troppo vago per l’attuazione di quel principio di certezza di cui sembra avere bisogno un sistema giuridico per distribuire imparzialmente la ragione e il torto? (BOBBIO, 1997, p. 40)

Bobbio (1997) observou que liberdades e poderes não são complementares, mas incompatíveis, como acenado acima. Por exemplo, o aumento do poder de adquirir o automóvel diminuiu a liberdade de circulação; ainda, a extensão do direito social de frequentar a Escola

até quatorze anos suprimiu, na Itália, a liberdade de escolher livremente o tipo de Escola que se deseja para si ou para os filhos: na Sociedade hodierna, marcada pela eficácia, a cada dia adquirimos um *pedaço* de poder em troca de uma *fatia* de liberdade. Estes direitos humanos, cuja atuação total e simultânea é impossível, também a nível teórico se encontram e se contrastam: a concepção *liberal* e a concepção *socialista*.

Bobbio (1997, p. 42) esclarece que a diferença entre as duas concepções consiste exatamente na convicção de que *entre os dois tipos de direitos precisa-se fazer uma escolha* ou, ao menos, *estabelecer uma ordem de prioridades*. Aquilo que Bobbio espera do desenvolvimento dos dois tipos de regime não é uma síntese definitiva, mas provisória: “*Ma ancora una volta quali saranno i criteri di valutazione in base ai quali sarà tentato il compromesso? [...] Attraverso la proclamazione dei diritti dell’uomo abbiamo fatto emergere i valori fondamentali della civiltà umana sino al momento presente. Già, ma i valori ultimi sono antinomici [...]*”.

Bobbio (1997) observa que o tremendo problema de alguns países é haver condições econômicas tais que não lhes permitem desenvolver a proteção da maior parte dos direitos sociais. Por exemplo, o direito ao trabalho nasceu com a Revolução industrial e está estreitamente vinculado ao seu cumprimento; não basta fundamentar ou proclamar esse direito para efetivá-lo; não basta nem mesmo protegê-lo. Bobbio (1997, p. 42-43) observa que o problema da sua atuação não é filosófico nem moral; mas também não é jurídico; é um problema cuja solução depende do desenvolvimento econômico e tecnológico da Sociedade.

Bobbio (1997, p. 43) acredita que uma discussão sobre os direitos humanos deva considerar todas as dificuldades procedurais e substanciais; do contrário seria apenas teórico-acadêmica. A proteção dos direitos humanos está ligada ao desenvolvimento global da Civilização Humana; não se pode pôr o problema dos direitos abstraindo-o dos dois grandes problemas do nosso tempo: a guerra e a miséria; o absurdo contraste entre o excesso de *potência* que criou as condições para uma guerra exterminadora e o excesso de *impotência* que condena grandes massas humanas à fome e à conseqüente morte.

Bobbio (1997, p. 43-44) está convencido de que somos obrigados a reconhecer que, não obstante as iluminadoras antecipações dos filósofos, as brilhantes formulações dos juristas, os incansáveis esforços dos políticos de boa vontade, ainda é longo o caminho a ser percorrido até uma plena efetivação dos direitos humanos: apenas começamos a longa caminhada rumo à meta almejada.

6. Elementos para uma crítica à posição de Bobbio

Como ficou claro acima, segundo Bobbio (1997, p. 5) o fundamento absoluto dos direitos humanos *é uma ilusão; um fundamento absoluto não é possível* e mesmo se fosse possível, *não seria desejável*. Devemos observar que estas *ilusão, impossibilidade e indesejabilidade* afirmadas por Bobbio se referem ao fundamento absoluto dos direitos históricos, portanto relativos, ele não deu o necessário passo filosófico, ou seja, ele não buscou o fundamento absoluto da absoluta Dignidade humana, que se dá na História, sim, mas que a transcende necessariamente.

Bobbio (1997, p. 18) não chamou de ilusório o fundamento em sentido histórico, relativo, mas somente o fundamento absoluto dos direitos que, justamente, ele afirmou como “históricos”, conseqüentemente, relativos. Quando ele disse que o problema sempre mais urgente era aquele das garantias não quis dizer que o considerava inexistente, mas sim resolvido na *Declaração universal dos direitos humanos*, 1948; portanto, pensava a esta *Declaração* como um fundamento em sentido de “justificação histórica” dos direitos históricos dos indivíduos humanos e não em sentido de fundamento absoluto da absoluta Dignidade Humana.

A *Declaração universal*, 1948, de fato, representa a única prova com que um sistema de valores como os direitos humanos, pode ser considerado justificado e reconhecido: sua única justificação é o *consensus omnium gentium* ou *consensus humani generis* entorno da sua validade. Depois dela, não teria mais sentido buscar outra justificação fora do *consensus gentium* porque não existe; ela é a única justificativa historicamente possível.

O *consensus gentium* ao acordo prático, firmado na *Declaração* de 1948, bem como o ato legislativo de cada Estado, que o positiva juridicamente, são suficientes para justificar historicamente os direitos humanos, mas evidentemente não são suficientes para fundamentar ou para justificar a existência da Dignidade humana, da qual estes direitos são relativas explicitações históricas. Segundo Francesco Viola (2000, p. 197-198), nós nos perguntamos qual fundamento tenha a Dignidade humana exatamente porque os textos legislativos e os *Tratados internacionais* não bastam para promovê-la e protegê-la (VIOLA, 1990).

Esta Dignidade ou valor do indivíduo humano é imutável, é absoluta; historicamente mutáveis são as formas de agressão que a ameaçam, nos vários períodos históricos e nos diversos lugares da Terra. Portanto, a Dignidade humana permanece imutável sempre e em toda parte, absolutamente incondicionada. Exatamente porque ela é absoluta e universal necessita, sim, de um fundamento igualmente absoluto e, portanto, universal, porém, não-estático, pois se

revela na História: não podemos nos satisfazer, como pretendia Bobbio, com uma justificativa histórica ou relativa dos valores que historicamente a explicitam, como o é a *Declaração universal*, 1948.

Enquanto respostas históricas a estas ameaças sofridas pelos indivíduos humanos, os direitos humanos são somente instrumentos ético-jurídicos a serviço da própria Dignidade humana. A pergunta sobre o fundamento absoluto ou metafísico do “Direito Humano” absoluto – com maiúsculas – é a pergunta sobre o fundamento da Dignidade inalienável de cada indivíduo humano. Em outras palavras, é perguntar-se por que o indivíduo humano possui um peculiar valor para nós. Esta Dignidade absoluta deve, necessariamente, ter um fundamento igualmente absoluto: a *humanitas* da qual todo indivíduo humano – homem e mulher saudáveis ou não – participam.

A *humanidade* de cada indivíduo humano é o único “valor absoluto”: ela é absoluta porque é supralocal e supratemporal e independe das circunstâncias nas quais se dá, porém, revela-se na História e na Cultura humana. Portanto, o conhecimento que temos desta realidade absoluta é histórico e relativo, mas ela não é histórica e menos ainda relativa: é a *essentia hominis* conhecida através da Cultura, sim, mas é ôntico-teleológica enquanto revela o que o indivíduo humano “é”, aqui e agora, ao mesmo tempo que o coloca em tensão ao seu *thelos* ou escopo humano último, revelando o que ele “deve-ser”. A historicidade pertence à *humanitas* conhecida, enquanto se revela ao longo da aventura humana sobre a Terra, na História. É neste sentido que o indivíduo se faz humano na sua História.

Como muito bem denunciou Bobbio (ver também VIOLA, 2000, p. 189-190), ao multiplicar-se das *Declarações* de direitos correspondem também o desenvolvimento e a proliferação de novas formas de agressões à Dignidade humana, sempre mais refinadas. Conhecer o bem, evidentemente, não basta para agir *bem*, como pretendeu o racionalismo ético socrático. Nunca existiu na História uma estreita interdependência entre progresso intelectual e progresso moral. O *consensus omnium gentium* dado às *Declarações* dos direitos humanos é notável, porém, não se trata da afirmação de uma concepção de indivíduo humano e de Mundo comum a todos os povos; é somente a afirmação de *valores comuns* concernentes aos indivíduos e à sua vida social, política e econômica; o que já é um grande passo na direção da realização do “Direito humano” em absoluto: a proteção e promoção da *humanitas vivens* que cada indivíduo humano é, através dos seus direitos históricos. Porém, este *consensus* não basta para fundamentá-lo.

Uma hierarquia axiológica entre os direitos humanos, históricos e relativos, é possível, sim, segundo a maior ou menor gravidade da agressão à sua Dignidade à qual eles pretendem ser uma adequada resposta histórica. Os conflitos entre os vários direitos são solucionados considerando a maior ou menor gravidade da agressão ao fundamento absoluto da incondicional Dignidade humana, a saber, sua própria *humanitas*: cada indivíduo humano é, em si mesmo, *humanitas vivens*.

Por exemplo, o direito à vida e a viver, tão trabalhado por Bobbio ao longo de sua vastíssima produção intelectual, é a resposta histórica, portanto, relativa, não-absoluta, à agressão à vida como bem do indivíduo humano, enquanto é como vivente – *vivens* – que ele realiza suas potencialidades humanas. Quando o “meu” direito à vida entra em conflito com o direito à vida do “outro”, a mesma *humanitas* que é fundamento absoluto da “minha” própria dignidade e daquela do “outro”, dá a solução do dilema: uma vez que o “meu” direito à vida pretende responder à agressão feita à “minha” humanidade, entre o valor da “minha” vida e aquele da vida do “outro”, obtém a prioridade axiológica para mim a vida do “outro”.

Matar o “outro” é sempre a máxima agressão à “minha” própria Dignidade humana, portanto, à *humanitas vivens* que eu sou; ao invés, morrer para que o “outro” viva é atingir a plenitude ética da própria humanidade. Quem morre para não matar ou para que o outro possa viver, morre como “humano”; porém, quem mata para viver, vive como simples “animal”.

Em outras palavras, quanto mais grave a agressão à Dignidade humana, tanto mais valioso e prioritário será o correspondente direito e vice-versa. Assim, entre decidir entre matar ou morrer devemos ter o direito inalienável de escolher “não matar”, mesmo que desta escolha resultasse nossa morte. O valor maior é preservar a própria Dignidade humana, coisa que podemos fazer somente se escolhermos “não-matar”. Aqui entra, por exemplo, o direito à objeção de consciência reconhecido por muitos ordenamentos jurídicos, portanto, direito em sentido forte.

Nada justifica a pretensão de um direito de matar, seja da parte do indivíduo humano, seja da parte da coletividade representada pelo Estado. Segundo Bobbio (1997, p. 198) o princípio ético “Não matar!” deve ser acolhido como um princípio que tem valor absoluto. Alguém poderia questionar: o indivíduo há o direito de matar por legítima defesa e a coletividade não o tem? A coletividade não tem este direito porque a legítima defesa nasce e se justifica somente como resposta imediata em estado de impossibilidade de reagir diversamente: “*Vim vi repellere licet*”, garantido, portanto, o princípio da proporcionalidade entre agressão e defesa. A condenação à morte, depois de um processo judicial, não é mais um homicídio por

legítima defesa, mas um homicídio legal, legalizado, perpetrado a sangue frio, premeditado. Um homicídio que requer executores, isto é, pessoas autorizadas a matar: o Estado não pode pôr-se ao mesmo nível do indivíduo: não existe termo de proporção entre o indivíduo humano e a potência do Estado!

Ainda se faz necessário recordar que, segundo Jacques Maritain (1952, p. 13), os direitos humanos, enquanto *valores comuns* são verdadeiros princípios de ação comum, portanto, pertencem à consciência imediata dos povos livres e constituem uma espécie de “lei” comum não escrita, ao ponto de convergência prática das mais diferentes ideologias teóricas e das mais variadas tradições espirituais. Não basta um acordo prático; não basta um *consensus omnium gentium* – consentimento de todos os povos – ou *humani generis* – do gênero humano – em torno dos valores. De fato, sobre os direitos humanos pode-se ir de acordo, desde que não nos perguntemos o porquê (VIOLA, 2000, p. 190, nota 2).

Com o passar do tempo, a *convergência prática* se enfraquece, mesmo se as *Declarações* dos direitos se multiplicam, assumindo formas mais detalhadas e mais precisas, num processo de multiplicação das pretensões e de especificação dos seus sujeitos. Tomou-se consciência que, para o prestígio de um Estado, é mais prejudicial rejeitar a adesão a uma *Declaração* comum dos direitos, do que ser acusado pela sua violação. Segundo Viola (1997, 2000, p. 191), explica-se, assim, como junto ao aprofundamento do conteúdo dos direitos, da sua teoria, exista o multiplicar-se da sua *violação mesmo da parte de quem os subscreve e no momento mesmo em que adere formalmente a eles*, constituindo uma práxis contraditória.

Viola (2000, p. 191) denunciou que a fragilidade do *consensus gentium* induziu a desistir das tentativas de fundamentar mais profundamente os direitos, isto é, de passar do plano prático àquele teórico. Conseqüentemente, não se reconheceu ao problema da fundamentação dos direitos nenhuma relevância prática. Ao invés disso, a sua justificação foi considerada o lugar da divisão e da contraposição e, portanto, potencialmente perigosa para o acordo prático que se busca em torno da sua validade universal.

Bobbio (1997, p. 16) observou que segundo alguns autores, precisaria eliminar o “problema”, privá-lo de qualquer relevância prática e abandoná-lo às “inúteis” discussões filosóficas. Ele constata um desinteresse difundido da Filosofia Jurídica e Política hodiernas por este problema; isto porque comete-se o erro de se buscar um fundamento absoluto para direitos históricos, conseqüentemente relativos, o que é impossível e ineficaz; porém, é necessário dar o necessário salto metafísico e se buscar o fundamento absoluto da absoluta Dignidade humana, que se revela na história, sim, mas a transcende, pois o indivíduo humano

é sim dotado de uma natureza humana, porém, é *humanitas vivens*, ou seja, aberto ao seu vir-a-ser humano que fundamenta a sua liberdade pessoal.

Considerações Finais

A posição de Norberto Bobbio, aqui analisada, é o reflexo de uma tendência muito difundida, que, com Francesco Viola (2000, p. 192), coloco em dúvidas, pois o progresso na fundamentação dos direitos humanos é definitivamente um modo para reforçar a sua proteção. Todo acordo entre os homens é frágil e provisório se não é fundamentado racionalmente ou filosoficamente. O futuro dos históricos direitos humanos é, sem dúvidas, confiado também a uma progressiva tomada de consciência das boas razões históricas que os justificam, mas também de uma consistente fundamentação ôntico-teleológica da Dignidade humana, bem humano maior que eles pretendem proteger e promover: a *humanitas vivens*. Isto é indispensável se não quisermos que a consciência dos povos permaneça numa esfera puramente emotiva ou ideológica. Como observou Viola, o intensificar-se de um diálogo sereno e construtivo entorno do fundamento dos direitos humanos é um serviço prestado à causa da Paz (BOBBIO, 1979) entre os povos e da proteção e promoção da Dignidade humana.

Viola (2000, p. 192) observa que a proteção ou defesa dos direitos encontra um sério obstáculo na fase da interpretação e da aplicação das *Declarações* formais, ou seja, exatamente na fase da determinação do seu conteúdo material. Inevitavelmente, nesta fase interpretativa, emerge o problema do “fundamento” da Dignidade humana, da qual os direitos são apenas a sua histórica explicitação, bem como aquela da hierarquia axiológica entre os direitos conflitantes.

A justificação dos direitos, bem como a fundamentação da Dignidade humana, portanto, do “Direito” humano em absoluto, porém, não resolvem automaticamente o problema da sua efetiva atuação histórica, pois os indivíduos humanos são livres de respeitá-los e protegê-los ou não. Esta automaticidade seria uma ilusão, justamente condenada e denunciada por Bobbio, como vimos nesta pesquisa. Porém, não é ilusão afirmar que a fundamentação serve de base filosófica válida a futuras declarações e novas legislações que promovam e protejam historicamente a ôntico-teleológica Dignidade humana de cada indivíduo dotado de *humanitas vivens – essentia hominis*.

Referências

- BOBBIO, Norberto. *Prefazione*. in GURVITCH, Georges. **La Dichiarazione dei diritti sociali**. Milano: Edizioni di Comunità, 1949, p. 13-27.
- BOBBIO, Norberto. *La dichiarazione universale dei diritti dell'uomo*. in **La Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo**. Torino: Arti Grafiche Plinio Castello, 1951, p. 53-70.
- BOBBIO, Norberto. **De senectute e altri scritti autobiografici**. Torino: Einaudi, 1996.
- BOBBIO, Norberto. *Contro la pena di morte*. in BOBBIO, Norberto. **L'età dei diritti** (Einaudi tascabili Saggi 478), Einaudi, Torino 1997, p. 178-200.
- BOBBIO, Norberto. **L'età dei diritti** (Einaudi tascabili Saggi 478), Torino: Einaudi, 1997.
- BOBBIO, Norberto. *Presente e avvenire dei diritti dell'uomo*. in BOBBIO, Norberto. **L'età dei diritti** (Einaudi tascabili Saggi 478), Einaudi, Torino 1997, p. 17-44.
- BOBBIO, Norberto. *Sul fondamento dei diritti dell'uomo*. in BOBBIO, Norberto. **L'età dei diritti** (Einaudi tascabili Saggi 478), Einaudi, Torino 1997, p. 05-16.
- CAPOTORTI, Francesco. *Le Nazioni Unite per il progresso dei diritti dell'uomo, Risultati e prospettive*. in **La Comunità internazionale**, XXII (1967), p. 11-35.
- GURVITCH, Georges. **La Dichiarazione dei diritti sociali**. Milano: Edizioni di Comunità, 1949.
- MARITAIN, Jacques. **Introduzione a Dei Diritti dell'uomo**: testi raccolti dall'UNESCO, Milano 1952.
- O.N.U. **Declaração universal dos direitos humanos**. 1948, disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos> Acesso em: 28/12/2021.
- OPPENHEIM, Felix. **Dimensioni della libertà**. Feltrinelli. Milano 1964.
- VIOLA, Francesco. **Il diritto come pratica sociale**. Milano 1990.
- VIOLA, Francesco. **Etica e metaetica dei diritti umani**. Torino 2000.

Recebido em: 27/01/2022 Aceito em: 30/02/2022
--