

# REVISTA de INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 48 • nº 192  
outubro/dezembro – 2011

SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS DO SENADO FEDERAL

# A era dos direitos de Bobbio

## Entre a historicidade e a atemporalidade

Ana Maria D'Ávila Lopes

### Sumário

Introdução. 1. Origem da teoria dos direitos humanos. 2. Definição dos direitos humanos. 3. Fundamentação dos direitos humanos. Conclusão.

### *Introdução*

O Direito, principal meio criado pelo homem para assegurar a convivência pacífica, sofre, na atualidade, uma profunda e crescente crise. O abismo entre teoria e realidade, a defasagem entre a norma e sua efetiva aplicação são cada vez maiores, pois, quanto maior é a teorização sobre o Direito, mais este se afasta da realidade que pretende regular; contrariamente, quanto maior é a dose de praticidade outorgada, mais ilegítimo ele se torna. É evidente que essa crise do Direito, afirma Ferrajoli (1992, p. 120), apresenta o risco de se converter em uma crise da democracia, na medida em que se traduz na violação do princípio de legalidade, isto é, da sujeição dos poderes públicos à lei, princípio no qual se encontram fundados tanto a soberania popular como o paradigma do Estado de Direito, originando formas neoabsolutistas de poder público, carentes de limites e de controle e violadores dos direitos humanos.

Perante essa realidade, não existe outra resposta que não o próprio Direito, assim como não há alternativa possível que não a razão jurídica. Esse é o único caminho para

Ana Maria D'Ávila Lopes é Mestre e Doutora em Direito Constitucional pela UFMG. Bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq. Membro Efetivo da Câmara de Assessoramento e Avaliação - Área Ciências Sociais - da Fundação Cearense de Apoio ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico - FUNCAP. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNIFOR.

se responder à complexidade social e salvaguardar o futuro do Direito e, também, o futuro da democracia, haja vista fazer verdadeira democracia significar levar a sério os direitos humanos (Ferrajoli, 1992, p. 120).

Nesse contexto, a contribuição de Norberto Bobbio à teoria dos direitos humanos e da democracia é inegável, já que nele concorre o domínio tanto da teoria jurídica como da teoria política, isto é, tanto a perspectiva das normas como a do poder (BARBOZA VERGARA, 2005, p. 114).

É no livro intitulado “A era dos direitos” que encontramos grande parte da teoria de Bobbio sobre os direitos humanos que, embora não isento de críticas, pode ser considerada uma obra que trata de temas atuais sem se referir a nenhum tempo específico.

Essa atemporalidade da teoria dos direitos humanos de Bobbio não deixa de ter algo de paradoxal, haja vista a sua firme defesa pela historicidade desses direitos. De qualquer forma, as atuais e futuras gerações serão sempre gratas pelos seus valiosos ensinamentos, parte dos quais serão desenvolvidos no presente texto, como forma de prestar uma merecida homenagem.

Assim, inicialmente, será analisada a origem da teoria dos direitos humanos, apresentando as principais críticas de Bobbio às teorias clássicas. Posteriormente, a definição de direitos humanos formulada pelas principais correntes jusfilosóficas será desenvolvida, resgatando os aspectos positivos da proposta historicista do mestre italiano. Finalmente, a fundamentação dos direitos humanos, o tema mais polêmico, será exposta contrapondo o posicionamento de Bobbio, que desconsidera sua importância, e a posição que a defende como condição para sua efetividade.

### 1. Origem da teoria dos direitos humanos

Embora alguns autores afirmem que, na *Magna Carta* de 1215, já se perfilava a preocupação sobre o homem e seus direitos, devemos reconhecer que a teoria dos

direitos humanos é moderna, conforme nos ensina Bobbio (1992, p. 101-).

Lewandowsky (1984) assinala que a teoria dos direitos humanos teve sua origem no Iluminismo e no Jusnaturalismo desenvolvidos na Europa dos séculos XVII e XVIII, quando se firmou a noção de que o homem tinha direitos inalienáveis e imprescritíveis, decorrentes da própria natureza humana e existentes independentemente do Estado. O pensamento iluminista, com suas ideias sobre a ordem natural, sua exaltação às liberdades e sua crença nos valores individuais do homem acima dos sociais, constitui a gênese da teoria dos direitos humanos.

Não se pretende, entretanto, afirmar que antes da Modernidade as ideias sobre dignidade, liberdade e igualdade não estivessem presentes, mas essas não eram formuladas como direitos reivindicáveis por todos os seres humanos. Assim, os direitos previstos na *Magna Carta* de 1215 e no *Bill of Rights* da Inglaterra de 1689 foram concebidos como concessões do poder soberano a um grupo determinado de pessoas, e não como direitos inerentes a todo ser humano (BOBBIO, 1992, p. 101).

Ainda muito antes, na Antiguidade, eram as normas da cidade as que prevaleciam como *belle totalité*, não sendo reconhecidos direitos ao homem individualmente considerado. A forma como as cidades eram organizadas não deixava lugar nem ao desenvolvimento do humanismo nem à singularidade do homem. Bobbio (1992, p. 57-58) refere que os códigos de regras de conduta tinham como principal função proteger mais ao grupo em seu conjunto do que ao indivíduo singular.

Mais do que dos direitos do homem, falava-se dos seus deveres, entre os quais o principal era o respeito à lei, haja vista que o termo *direito* não indicava uma prerrogativa ou uma faculdade do indivíduo – direito subjetivo –, mas restringia-se à própria norma – direito objetivo (LOPES, 2000). A figura deontológica originária era o dever, não

o direito subjetivo, “a função primária da lei é a de comprimir, não a de libertar; a de restringir, não a de ampliar, os espaços de liberdade; a de corrigir a árvore torta, não a de deixá-la crescer selvagememente” (BOBBIO, 1992, p. 56).

A Filosofia, a Política e o Direito tiveram, na Antiguidade e na Idade Média, um horizonte cosmo-teológico diferente do da Modernidade. Platão e Aristóteles, por exemplo, estudaram o homem em relação à natureza, enquanto a doutrina cristã da Idade Média concebeu o ser humano em dependência a Deus (BOBBIO, 1992, p. 59-60).

É, certamente, apenas no Humanismo, ainda que timidamente, que podem ser encontrados os antecedentes da teoria dos direitos humanos.

O Humanismo, que se inicia no século XIV, introduziu uma nova visão do mundo, da natureza, da arte, e da moral, contrária à visão totalizadora da filosofia escolástica e do mundo medieval. O Humanismo caracterizou-se pela exaltação do indivíduo e pela reivindicação da sua liberdade e capacidade de criar com autonomia na arte, na literatura e na cultura em geral. A afirmação da dignidade e do próprio valor do homem ir-se-á apoiar na filosofia dos sofistas, dos epicúreos e dos estoicos, com um grande componente relativista. Essa nova ética, que reconhece a iniciativa humana, foi a que permitiu uma nova organização social, na qual as regras sociais e o Direito alcançaram um papel preponderante, propiciando, assim, o surgimento de uma esfera chamada “liberdade negativa” ou “liberdade como não interferência”, antecedente dos direitos humanos.

A Reforma Protestante, por outro lado, também contribuiu para reforçar o individualismo e para salientar o papel do homem na sociedade e na história. Os questionamentos sobre a autoridade da Igreja, a tradução e o livre estudo da Bíblia fomentaram, além da iniciativa individual, o pluralismo, o relativismo e a tolerância.

A secularização permitiu, também, que se procure não mais em Deus, mas na natureza do homem, a ordem do mundo e as respostas a todas as indagações, dando lugar ao auge da ciência. A confiança na razão diante da autoridade foi fortalecida, tornando, com isso, os homens em autênticos protagonistas da história.

Peces-Barba (1993, p. 327-) encontra, nessa época, três formas iniciais de direitos humanos: as liberdades individuais, os direitos políticos e as garantias processuais, que correspondem à discussão histórica da tolerância, dos limites do poder e da humanização do direito.

a) sobre a tolerância, a reforma protestante acabou com a unidade religiosa, propiciando o surgimento de diversas seitas e grupos religiosos heterodoxos. A defesa da tolerância e, mais tarde, a distinção entre Direito e Moral (Thomásio) foram os argumentos utilizados na defesa da liberdade de consciência perante novas imposições religiosas e a interferência do Estado em matéria de fé, “num primeiro momento, durante as guerras de religião, surgiu a exigência da liberdade de consciência contra toda forma de imposição de uma crença” (BOBBIO, 1992, p. 74). Nesse âmbito, é o indivíduo, e só ele, quem tem o poder de decidir;

b) referente aos limites do poder, a pressão exercida pelo poder econômico da burguesia contra o absolutismo deflagrou a necessidade de limitar o poder do Estado, provocando a reformulação teórica da sua organização e relação com os cidadãos, além de, especialmente, buscar uma nova fundamentação que justificasse sua existência. Diante da antiga justificação teológica do poder, os novos doutrinadores (Hobbes, Locke e Rousseau) pretenderam encontrar essa fundamentação na origem contratual do Estado, só que, como jusnaturalistas, defenderam a existência de direitos anteriores – direitos naturais – cuja função seria proteger os indivíduos contra os abusos do Estado;

c) em relação à humanização do Direito, a nova visão do homem como protagonista da história lhe permitiu assumir o lugar principal, passando a conceber o Direito como um instrumento do seu benefício. Essa transformação repercutiu, sobretudo, no direito penal, exigindo-se um processo com garantias para o indivíduo, antecedentes das atuais garantias do devido processo legal.

É, desse modo, graças às ideias do Humanismo que as estruturas econômicas, sociais, culturais e políticas do mundo medieval desapareceram dando lugar ao mundo moderno, período que foi ainda muito mais transformador.

Na Idade Moderna, o surgimento da burguesia como classe individualista, a contrário dos grêmios e das corporações medievais, deu impulso à iniciativa individual e, com isso, ao protagonismo da pessoa, *“el hombre se liberará del status y se relacionará en la sociedad como individuo libre frente a otros hombres libres, comerciantes, profesionales, artistas, con la competencia como critério”* (PECES-BARBA, 1993, p. 328).

Todavia, sob a influência dos humanistas e da Reforma, o homem conseguiu sair do círculo cosmo-teológico que o absorvia passando a ser consciente da sua capacidade criativa, do seu protagonismo histórico, e da necessidade da proclamação de direitos inerentes à sua natureza humana.

No âmbito político, as estruturas plurais do poder medieval foram substituídas pelo Estado como forma de poder racional, centralizador e burocrático, que não reconhece poder superior e que busca o monopólio do uso da força. A soberania, enquanto conceito identificador desse poder, teve como função a produção do Direito, tornando-se um *instrumentum regni* para acabar com os poderes medievais.

Peces-Barba (1993, p. 328) refere que, nesse contexto, os direitos humanos aparecem como um limite ao poder estatal no intuito de garantir um âmbito de autonomia e liberdade ao burguês.

Interessante é observar que a burguesia apoiou-se, inicialmente, nesse novo Estado, ainda absoluto, para se fortalecer e fortalecer o seu sistema econômico contra os grêmios, o feudalismo e todos os obstáculos existentes para o desenvolvimento do comércio e da indústria. Só depois de ter-se valido das ideias do contrato social e dos direitos naturais é que a burguesia separou-se deles e os combateu para, finalmente, destruir o Estado absoluto que antes tinha servido aos seus interesses.

O jusfilósofo espanhol acrescenta que, embora possa parecer uma contradição falar ao mesmo tempo de direitos humanos e Estado absoluto, foi justamente o absolutismo o que permitiu o desenvolvimento e a proclamação dos direitos do homem e do cidadão, haja vista os direitos humanos não serem apenas produto de uma *“inspiração ideal”*, senão também o resultado das lutas do povo pelo exercício real dos direitos idealmente concebidos, cujas razões, se quisermos compreendê-las, devem ser buscadas não mais na hipótese do estado de natureza, mas na realidade social da época e das suas contradições (BOBBIO, 1992, p. 74).

Foi, assim, com a vitória da revolução liberal da França e o movimento pela independência das colônias inglesas na América do Norte do século XVIII, que apareceram os primeiros documentos – na forma de declarações – de direitos humanos. Trata-se da Declaração do Bom Povo de Virgínia de 1776 e da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 da França.

Muitos autores afirmam que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão foi claramente influenciada pela Declaração do Bom Povo de Virgínia. Na verdade, não foi assim, pois os revolucionários franceses já vinham preparando o advento do Estado Liberal ao longo de todo o século XVIII, com base no pensamento de Rousseau, Locke e Montesquieu (BOBBIO, 1992, p. 83).

Dessas declarações de finais do século XVIII à Declaração Universal dos Direitos

Humanos de 1948, o mundo passou por grandes transformações.

A proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 foi deflagrada após as atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial, as que evidenciaram a fragilidade e precariedade de deixar a previsão e aplicação dos direitos humanos ao arbítrio de cada Estado, sendo imprescindível a elaboração de um documento com pretensões universais que fosse capaz de estabelecer um mínimo de proteção a todos os seres humanos, independentemente da sua raça, origem, cor, idade, sexo, religião, nacionalidade, etc. em qualquer lugar do mundo (BOBBIO, 1992, p. 19).

A Declaração de 1948, ensina Bobbio (1992, p. 22), representa a conscientização da humanidade sobre seus valores fundamentais, a síntese do seu passado e uma inspiração para seu futuro, evidenciando que o fenômeno da universalização dos direitos humanos está apenas começando.

## 2. Definição dos direitos humanos

A dificuldade de teorizar os direitos humanos é mais patente quando se constata a dificuldade de precisar a sua correta denominação, haja vista a tendência de utilizar indistintamente diversas expressões como sinônimas, comprometendo não apenas a sua compreensão, mas a sua aplicação e proteção.

Assim, frequentemente, são utilizados como sinônimos *direitos humanos* e *direitos fundamentais*, termos que, apesar da doutrina não especializada usar indiscriminadamente, referem-se a instituições diferentes. Com efeito, direitos humanos são os princípios que resumem a concepção de uma convivência digna, livre e igual de todos os seres humanos, válidos para todos os povos e em todos os tempos, enquanto os direitos fundamentais são os direitos da pessoa (física ou jurídica) constitucionalmente garantidos e limitados espacial e temporalmente.

Pérez Luño (1995, p. 18) consegue expressar essa diferença melhor do que ninguém:

*“Los derechos humanos suelen venir entendidos como un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, los cuales deben ser reconocidos positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional. En tanto que con la noción de los derechos fundamentales se tiende a aludir a aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional y que suelen gozar de tutela reforzada.”*

Desse modo, direitos humanos e direitos fundamentais não devem ser identificados, haja vista não existir uma total correspondência. Na prática, verifica-se que cada Estado incorpora no seu ordenamento jurídico os direitos humanos mais próximos aos seus próprios valores, decidindo quais serão constitucionalizados (adquirindo a categoria de fundamentais), quais pertencerão ao nível infraconstitucional e, até, quais serão simplesmente ignorados.

A situação ideal seria a identificação dos direitos humanos, internacionalmente regulados, com os direitos fundamentais, constitucionalmente positivados em cada Estado, de forma que estes últimos pudessem corresponder ao conjunto de normas básicas de todo ordenamento jurídico positivo, fundado na defesa da dignidade do ser humano e nos valores da liberdade e da igualdade, conforme, séculos antes, os defensores da teoria dos direitos naturais tinham proposto.

Há, sem dúvida, uma íntima relação entre a teoria dos direitos naturais e os direitos humanos e os direitos fundamentais. Para os autores jusnaturalistas, os direitos fundamentais são o prolongamento jurídico-positivo dos direitos humanos, os quais, por sua vez, derivam da teoria dos direitos naturais,

*“La afirmación de que existen algunos derechos esenciales del hombre en cuanto tal, en su cualidad o esencia absolutamente humana, no se puede separar del reconocimiento previo y necesario de un derecho natural; natural en cuanto distinto del positivo y, a su vez, preliminar y fundamental respecto a este”* (BATTAGLIA, 1966, p. 175).

Foi o Jusnaturalismo tradicional ou ontológico da Idade Moderna que, pela primeira vez, defendeu a existência de direitos naturais ou direitos inerentes a todos os seres humanos, anteriores e superiores ao Estado, com validade universal e irrevogáveis.

*“la existencia de derechos naturales inherentes al ser humano, anteriores y superiores a las legislaciones escritas y a los acuerdos entre los gobiernos, derechos que no le incumbe a la comunidad civil de otorgar, sino el reconocer y sancionar como universalmente valederos y que ninguna consideración de utilidad social podría, ni siquiera momentáneamente, abolir o autorizar su infracción”* (MARTAIN, 1972, p. 116).

Embora a valiosa contribuição na defesa da dignidade de todos os seres humanos, a teoria dos direitos naturais foi objeto de muitas críticas. Assim, por exemplo, Fernández García (1984, p. 97) questiona o uso do termo *direitos*, na expressão *direitos naturais*, na medida em que entende que os direitos naturais só podem ser considerados direitos, no sentido técnico-jurídico, a partir do momento em que são reconhecidos ou formulados por uma norma jurídica do Direito Positivo; enquanto isso não acontece, estamos diante de valores, interesses, objetivos ou anseios humanos, os quais podem ser considerados necessários, importantes ou fundamentais, mas não direitos. Desse modo, a expressão *direitos naturais* deve ser interpretada mais como o conjunto de exigências éticas ou princípios suprapositivos do Direito, efetivamente superiores a ele desde o ponto de vista ético, mas não no

sentido jurídico (DÍAZ, 1980, p. 266). Nessa mesma linha, Austin (1968, p. 184), um dos mais importantes representantes do positivismo, afirmou que os direitos naturais são um conjunto de regras que integram a moralidade positiva, isto é, um conjunto de normas sociais emanadas das opiniões e sentimentos coletivos que influenciam o Direito, mas que não são Direito.

Outra das críticas recebidas pelo Jusnaturalismo ontológico deriva da afirmação de que os direitos naturais são deduzidos da própria natureza humana, cujo conceito não é claro nem preciso, mas ambíguo e equívoco (BOBBIO, 1992, p. 14). Isso se demonstra pela existência, desde os gregos, das mais diversas teorias que tentaram definir ou explicar o conceito de natureza humana, o qual tem dependido sempre dos valores pressupostos de cada autor, numa clara contradição à afirmação de uma natureza humana universal e imutável (DÍAZ, 1980 p. 299). Para Fernández García (1984, p. 97), o correto teria sido afirmar que os direitos naturais consistem em deduções que fazemos a partir de juízos de valor que aplicamos à natureza humana, como foi o defendido pelo Jusnaturalismo axiológico.

O Jusnaturalismo axiológico defendeu a existência de uma “ordem eterna” de valores existentes *per se*, isto é, anteriores e independentes de qualquer experiência, formando uma “ordem eterna” e integrada de princípios absolutamente invariáveis. Essa ordem ideal de valores encontrar-se-ia estruturada segundo relações *a priori* de hierarquias, configurando uma série de categorias ou níveis valorativos que não podem ser modificados pelos homens, sendo conhecidos não por meio da razão, mas apreendidos pelo sentimento e pela intuição da sua evidência, o que depende da própria constituição ontológica do espírito, que é privativo apenas dos homens (CASTBERG, 1970, p. 121-127).

As críticas ao Jusnaturalismo axiológico são muitas, a começar pela falta de consenso sobre o que é um valor e até quais

seriam os valores que conformariam esse ordenamento jurídico natural e imutável.

Alexy (1993, p. 141) ensina a importância de diferenciar o que é um valor do que tem valor. Assim, quando se afirma que alguma coisa *tem* valor, expressa-se um juízo de valor, isto é, realiza-se uma *valorização*. Observe-se que, na verdade, o valor não pode ser identificado com o objeto valorado, na medida em que, segundo as circunstâncias, um objeto poderá ter mais ou menos valor, ou um valor diferente. Desse modo, são os critérios de valorização que devem ser chamados de *valor*.

No entanto, as objeções mais sérias contra o Jusnaturalismo axiológico são as metodológicas, haja vista ter ignorado qualquer fundamentação racional ao recorrer a um sistema de valores *per se*, imutáveis e absolutos.

Bobbio é, precisamente, um dos autores que nega a existência de direitos imutáveis e absolutos conforme o defendido tanto pelo Jusnaturalismo ontológico como pelo axiológico. Para o mestre italiano, não é possível dissociar os direitos da sua historicidade.

“os direitos do homem constituem uma classe variável, como a história destes últimos séculos demonstra suficientemente... Não é difícil de prever que, no futuro, poderão surgir novas pretensões que no momento sequer podemos imaginar... O que demonstra que não existem direitos por natureza. O que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas” (BOBBIO, 1992, p.19).

Todavia, Bobbio (1992, p. 18-19) afirma que o fato de um determinado direito ter sido considerado como parte do elenco dos direitos humanos não tem geralmente dependido apenas das suas características intrínsecas, mas do grau de consenso e aceitação na comunidade internacional. Isso permite explicar o motivo pelo qual certos

direitos não foram originariamente considerados, e muitos menos pensados, como fundamentais, contudo, possivelmente hoje, ou no futuro, poderiam alcançar esse caráter. A atual proteção dos idosos, exemplifica o mestre italiano, não existiria se não tivesse acontecido o aumento da sua longevidade, graças aos avanços da medicina (BOBBIO, 1992, p. 76).

Consequentemente, as Declarações não podem apresentar nenhuma pretensão de serem definitivas. Não é preciso muita imaginação, afirma Bobbio (1992, p. 47), para prever que o desenvolvimento da técnica e a transformação das condições sociais, econômicas e políticas deflagrarão novas necessidades e, assim, novas demandas de liberdades e poderes.

Bobbio adota, assim, uma concepção historicista dos direitos humanos fundada no consenso, posicionamento que lhe rendeu diversas críticas por seu subjetivismo e relativismo, haja vista desconsiderar o conteúdo ético dos direitos humanos, centrando-se apenas no consenso como critério de legitimidade sem justificar o porquê da escolha de um e não de outro direito.

“mas a positivação dos direitos humanos não explica, por exemplo, o porquê da definição e da escolha de determinados direitos e não de outros; não explica por que diferentes sociedades ocidentais, com história política e econômica diversas, adotaram, em regra, uma mesma orientação valorativa na definição de suas cartas políticas de direitos humanos; não explica ainda o fato de sociedades não ocidentais concordarem, ao menos em parte, com um conjunto desses direitos mesmo antes das revoluções do século XVIII. Em outras palavras, o fato histórico do reconhecimento jurídico dos direitos humanos é de uma importância inegável para a afirmação das sociedades democráticas, mas não elide e nem mesmo nega a necessidade de



uma justificação para as declarações modernas de direitos humanos” (LUCAS, 2009, p. 129).

Buscando superar as críticas recebidas pela posição historicista de Bobbio, surge a corrente que defende a natureza ética dos direitos do homem, sendo por isso chamados “direitos morais”, haja vista refletirem as exigências éticas decorrentes da ideia de dignidade humana.

A diferença dessa posição com o Jusnaturalismo axiológico é que este último defende que os valores são essências ideais existentes *per se*, isto é, anteriores e independentes de qualquer experiência, formando uma “ordem eterna” e integrada por princípios absolutamente invariáveis. Essa ordem ideal de valores encontra-se estruturada segundo relações *a priori* de hierarquias, configurando uma série de categorias ou níveis valorativos que não podem ser modificados pelos homens. A apreensão dos valores não decorre da sua cognoscibilidade racional ou empírica. O que é bom ou mau, verdadeiro ou falso não depende da evolução natural do homem, mas da própria constituição ontológica do seu espírito, o que é privativo apenas dos homens. Desse modo, as aparentes variações ou contradições dos valores que aparecem no decorrer da história devem-se apenas à consciência axiológica humana, e não aos valores em si. A falta de uma perspectiva global do mundo é o que impede que o indivíduo tenha acesso à imutabilidade dos valores (PÉREZ LUÑO, 1995, p.138-141).

Contrariamente, para a teoria que defende a natureza ética dos direitos do homem, a referência ao momento histórico, ou às circunstâncias históricas, resulta imprescindível para uma fundamentação racional do Direito, visto que só admitindo sua historicidade é que se pode evitar cair no erro dos teóricos do Jusnaturalismo, que conceberam a existência de direitos absolutos e imutáveis (FERNÁNDEZ GARCÍA, 1984, p. 119).

Para Peces-Barba (1993, p. 27), os direitos morais apresentam uma concepção dualista, na medida em que seu estudo pode ser realizado com base em dois níveis diferentes: um axiológico ou filosófico e outro jurídico, determinado pela inserção dos valores no ordenamento jurídico, tornando-se direitos fundamentais.

A teoria dos *direitos morais* pretende, dessa maneira, descrever a síntese entre os direitos do homem entendidos como exigências éticas (ou valores) e como direitos propriamente ditos. O qualificativo *morais* aplicado a *direitos* refere-se tanto à sua fundamentação ética quanto à limitação no número e no conteúdo dos direitos que podem ser compreendidos no conceito de direitos do homem. Dessa maneira, apenas os direitos do homem que tenham uma relação direta com a ideia de dignidade humana podem ser considerados direitos fundamentais. O substantivo *direitos* implica que os direitos humanos, além de morais, devem estar positivados. O papel do Direito é, nesse sentido, o de conferir juridicidade aos direitos morais, isto é, torná-los normas jurídicas positivas para garantir sua autêntica proteção. Assim, a cada direito do homem enquanto direito moral irá corresponder um direito positivo, isto é, um direito fundamental.

Pérez Luño (1979, p. 10), a respeito, observa:

*“Es, precisamente, de esa idea de la dignidad de la persona humana, así como de las exigencias y necesidades ligadas a la consecución de la libertad y la igualdad, de donde se derivan los derechos humanos. Estos derechos esenciales tienen un fundamento anterior al Derecho positivo, esto es, preliminar y básico respecto a éste.”*

Essa posição tem o mérito de superar alguns dos problemas das teses jusnaturalistas e historicistas. Com referência à escola jusnaturalista, tem a vantagem de não identificar os direitos humanos com os direitos naturais, ou seja, de não de-

fender a existência de uma ordem jurídica superior e independente à positiva. Com relação ao posicionamento historicista, defende a fundamentação ética dos direitos fundamentais, impedindo que qualquer exigência social que não tenha conexão com a dignidade humana seja positivada como um direito fundamental, mostrando que, embora os direitos não sejam absolutos, na história da humanidade têm existido valores que sempre estiveram presentes.

### 3. *Fundamentação dos direitos humanos*

A fundamentação dos direitos humanos é um dos temas jurídicos que mais controvérsias tem provocado. Historicamente, afirma Bobbio (1992, p. 13-), têm existido três tentativas de fundamentação dos direitos do homem:

- a) deduzi-los de um dado objetivo constante (a natureza humana);
- b) considerá-los como verdades evidentes em si mesmas;
- c) estimá-los como produto do consenso geral.

A primeira tentativa corresponde ao Jusnaturalismo clássico, defensor da existência de direitos naturais fundados na própria natureza humana, válidos exclusivamente por sua racionalidade. É o posicionamento que oferece a maior garantia de validade universal, haja vista derivar de um fundamento constante e imutável. No entanto, a própria história do Direito Natural tem demonstrado que a natureza humana tem sido interpretada de diferentes formas e usada até para justificar sistemas de valores totalmente opostos (DÍAZ, 1980, p. 299), constatação que, para Bobbio, desvaloriza totalmente essa opção.

A segunda tentativa de fundamentação corresponde também a correntes identificadas como jusnaturalistas, a exemplo da Ética material de Scheler (1935), que identificaram os direitos humanos com valores em si, sistêmicos e invariáveis, descobertos por meio da intuição. O erro

desse posicionamento foi ter rejeitado qualquer argumentação racional, fazendo apelo à evidência sem admitir contestações, o que a tornou incapaz de resistir à prova da História, haja vista que o que pode ser evidente para algumas pessoas em determinada época pode não o ser para outras em outra época.

O terceiro argumento apoia-se no consenso geral, o que implica aceitar que um direito está mais bem fundamentado quanto mais aceito pela sociedade. O erro dessa fundamentação reside na sua subjetividade e relatividade, ainda que tenha a vantagem de ser a única que pode ser comprovada.

Bobbio (1992, p. 13) adota essa terceira opção e aponta a Declaração Universal de 1948 como o maior e mais importante exemplo de consenso geral sobre alguma coisa que a humanidade já teve. A partir dela é que é possível ter a certeza de que a humanidade compartilha alguns valores comuns, isto é, pode-se acreditar na universalidade dos valores.

De qualquer forma, na medida em que o mestre italiano considera esses direitos como valores, os quais não se justificam, mas se assumem, defende a ideia de que se ignore o problema da fundamentação e se parta para a proteção dos direitos humanos, que é o mais importante, mas, quando digo que o problema mais urgente que temos de enfrentar não é o problema do fundamento, mas o das garantias, quero dizer que consideramos o problema do fundamento não como inexistente, mas como – em certo sentido – resolvido, ou seja, como um problema cuja solução já não devemos mais nos preocupar... teve sua solução atual na Declaração (BOBBIO, 1992, p. 26).

Com efeito, para Bobbio (1992, p. 24), “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, [é] não tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político”.

Discordando dessa afirmação, coloca-se a questão nos termos expressos por Robles

(1992, p. 11), “*el problema práctico de los derechos humanos no es el su fundamentación, sino el de su realización; pero el problema teórico de los derechos humanos no es el su realización, sino el de su fundamentación*”.

A essa posição adere-se por considerar que o tema da fundamentação dos direitos humanos, ainda que seja inegavelmente um problema, não pode ser deixado de lado pelas seguintes razões (ROBLES, 1992, p. 12-16):

a) razão moral: é um absurdo defender algo sem saber o porquê, isto é, não é possível defender os direitos humanos se não se tem consciência da importância da dignidade humana. Fundamentar os direitos do homem significa, precisamente, ter a convicção dessa importância;

b) razão lógica: por meio da fundamentação, será possível delimitar o conteúdo dos direitos humanos, permitindo sua regulação sem desnaturalizá-los. Com a expressão direitos humanos não se deve defender qualquer valor, mas aqueles que serão desvendados a partir da sua fundamentação;

c) razão teórica: não é válido pretender elaborar uma teoria dos direitos humanos sem antes justificar a escolha de tal ou qual teoria, pois se corre o risco de perder qualquer rigor científico;

d) razão pragmática: para fazer efetivos os direitos humanos é necessário, antes, ter as ideias claras.

Existem autores, no entanto, que não apenas têm preferido, como Bobbio, ignorar a questão da fundamentação dos direitos humanos, como têm até negado a existência jurídica desses “direitos” (VILLEY, 1972). Outros, radicalmente positivistas (KELSEN, 1999; ROSS, 1994), têm rejeitado a possibilidade de sua fundamentação racional por considerá-los juízos de valor, não sendo possível, dessa maneira, sua verificação empírica e consequente fundamentação.

Constata-se, assim, a existência, por um lado, de posições jusnaturalistas que rompem o equilíbrio entre a razão e a história,

e, por outro, posições positivistas (PECES-BARBA, 1993, p. 339).

A fundamentação positivista pode ser reduzida a duas correntes. A primeira é formalista, reconhecendo como Direito apenas o estabelecido (ou imposto) pela maioria (HOBBS, 1980). Segundo essa posição, os direitos humanos são os que o legislador estabelece sem nenhum limite e sem nenhum respeito a conteúdos prévios. Tal visão é totalmente errônea, pois nenhuma sociedade é valorativamente neutra, senão que incorpora os princípios que sua própria evolução histórica desenvolve. A segunda corrente positivista pode ser reduzida a uma teoria historicista que afirma ser o Direito apenas o que decorre dos princípios e valores sociais do momento e lugar onde se desenvolve. É essa a posição de Bobbio (1992, p. 18-20), que remete a fundamentação ao reconhecimento da historicidade dos direitos humanos, comprovada pelo consenso (“os direitos estão mais fundamentados enquanto mais aceitos por todos”). O mestre italiano expõe, assim, uma concepção histórica dinâmica, pois o consenso implica um reconhecimento, respeito e tutela variáveis, determinados pelas próprias condições históricas nas quais o Direito se desenvolve.

Na medida em que uma fundamentação racional não é incompatível com a histórica, Peces-Barba (1993, p. 340-341) sintetiza as duas posições positivistas expostas, defendendo a realidade dualista dos direitos humanos: os que apresentariam, por um lado, uma dimensão historicista e, por outro, uma dimensão formalista, requerendo-se, para a passagem de uma dimensão a outra, a mediação do poder. O poder é definido pelo autor como o conjunto de instituições, operadores jurídicos e cidadãos que usam e aplicam o Direito. A fundamentação, acrescenta o jusfilósofo espanhol, situa-se no campo da filosofia jurídica, ainda que com repercussões no campo do poder.

A rejeição às correntes positivistas, entretanto, expressa-se através de novas ela-

orações teóricas. Talvez a mais inovadora seja a de Dworkin (1984), que defende a existência de um Direito composto conjuntamente de normas e princípios (incluindo as diretrizes). Os princípios são, afirma Dworkin, imperativos de justiça e honestidade, isto é, apresentam uma dimensão moral. Quanto aos direitos humanos, define-os como critérios de valoração de costumes e leis. Segundo ele, os homens possuem direitos morais que os protegem contra as decisões da maioria, representada pelo Estado. Trata-se de um modelo construtivista baseado em direitos e, mais concretamente, no direito de todo indivíduo de ser tratado como igual, pressupondo a promessa da maioria de respeitar a dignidade das minorias, assim como reconhecê-las em igualdade de condições.

Outra posição interessante de mencionar é a de Habermas (1997), que afirma serem os direitos humanos produto do consenso racional, obtido por meio de uma situação comunicativa ideal. A importância dos direitos humanos decorreria, assim, da sua condição de generalidade, isto é, da sua validade para conseguir um consenso universal.

Outros autores (HELLER, 1995), com a intenção de reforçar o caráter empírico da fundamentação, baseiam sua posição no conceito de necessidade como categoria axiológica para construir um sistema fundado no reconhecimento e na satisfação das necessidades como preferências derivadas de uma exigência fática objetivamente generalizável. A dificuldade da passagem da necessidade ao valor é superada entendendo-se os valores como a racionalização abstrata, que parte da experiência real das necessidades no âmbito da argumentação que, em uma sociedade ideal, se produz entre os seres que a formam. É um dever-ser que não se separa do ser, mas uma projeção que o próprio homem faz no seu contexto histórico. O homem tem necessidades que expressam suas carências, e cuja satisfação implica a superação dessas. É justamente

quando se pensa nessa satisfação que se pensa em um valor. Assim, o valor é entendido como a abstração mental da superação da necessidade, mas sempre e quando tal necessidade seja generalizável pela amplitude da sua extensão e o valor possa ser elevado à categoria de geral.

Nesse contexto teórico, a liberdade e a igualdade são entendidas como expressão das necessidades gerais. O Direito não faz outra coisa senão positivizar tais valores, situando-os como decisões políticas fundamentais. Seguindo essa argumentação, é possível entender melhor o processo de positivação dos direitos humanos e, ainda mais, a sua incorporação ao ordenamento jurídico em nível constitucional (pérez luño, 1995), superando, desse modo, as críticas realizadas por Bobbio (1992, p. 81), que negou o caráter jurídico dos direitos naturais e dos direitos morais, alegando não serem direitos, mas exigências em busca de validade a fim de se tornarem eventualmente direitos positivos em determinado ordenamento jurídico.

O grande mestre italiano acertou, sem dúvida, ao assinalar a importância da positivação dos valores essenciais do ser humano, como forma de garantir-lhes a força que somente o Direito pode conferir, assim como também acertou ao apontar a urgência dessa positividade vir acompanhada da efetividade,

“Uma coisa é um direito; outra promessa de um direito futuro. Uma coisa é um direito atual; outra, um direito potencial; Uma coisa é ter um direito que é, enquanto reconhecido e protegido; outra é ter um direito que deve ser, mas que, para ser, ou para que passe do dever ser ao ser, precisa transformar-se, de objeto de discussão de uma assembléia de especialistas, em objeto de decisão de um órgão legislativo dotado de poder de coerção” (BOBBIO, 1992, p. 81).

No entanto, só uma fundamentação ética que resgate a dignidade humana como

conteúdo essencial dos direitos humanos (LOPES, 2001) será capaz de viabilizar qualquer tentativa de imposição de normas que busquem implementá-los. Só a partir do momento em que a humanidade tome consciência do valor de todo e cada ser humano é que esses direitos alcançarão o sentido necessário para que a luta pela sua efetividade seja uma tarefa universal.

### Conclusão

Em pleno século XXI, os direitos humanos continuam sendo desrespeitados em quase todas as partes do mundo, evidenciando que a Declaração Universal de 1948 não foi senão o primeiro passo do processo de sua universalização.

Esse problema da falta de efetividade dos direitos humanos vem se tornando um impostergável desafio a ser enfrentado por toda a humanidade, haja vista os direitos humanos serem condição *sine qua non* de convivência democrática, conforme os ensinamentos de Bobbio.

Não há dúvida que sem direitos humanos não há democracia. Contudo, sem uma fundamentação ética, fundada no respeito à dignidade de todos os seres humanos, não é nem será possível garantir a efetividade desses direitos, nem a consequente consolidação da democracia, tão ambicionada por Bobbio.

### Referências

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

AUSTIN, John. The province of jurisprudence determined and The uses of the study of jurisprudence. London: Weidenfeld & Nicolson, 1968.

BARBOZA VERGARA, Antonio Carlos. Democracia y derechos humanos en la teoría política de Norberto Bobbio. *Revista Co-herencia*, Colombia, v. 2, n. 3, p. 113-128, jul./dez. 2005.

BATTAGLIA, Felice. Declaraciones de derechos. In: \_\_\_\_\_. *Estudios de teoría del estado*. Tradução de Díaz y Veja. Madrid: Real Colegio de España en Bolonia, 1966.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CASTBERG, Frede. *La philosophie du droit*. Paris: A. Pedone, 1970.

DÍAZ, Elías. *Sociología e filosofía del derecho*. Madrid: Taurus, 1980.

DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1984.

FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio. *Teoría de la justicia y derechos humanos*. Madrid: Debate, 1984.

FERRAJOLI, Luigi. El derecho como sistema de garantías. *Jueces para la democracia: información e debate*, Madrid, n. 16, p. 61-69, feb. 1992. Disponível em: <[http://dialnet.unirioja.es/servlet/fichero\\_articulo?codigo=2551827&orden=0](http://dialnet.unirioja.es/servlet/fichero_articulo?codigo=2551827&orden=0)>. Acesso em: 11 out. 2011.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebenichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. 2 v.

HELLER, Agnes. *Ética general*. Tradução de Angel Rivero Rodríguez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995.

HOBBS, Thomas. *Leviatán*. Tradução de Manuel Sanchez Sarto. 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1980.

KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho*. Tradução de Luis Legaz Lacambra. México: Colofón, 1999.

LEWANDWOSKY, Enrique Ricardo. *Proteção dos direitos humanos na ordem interna e internacional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. Os direitos humanos: última tentativa de salvação da teoria do direito subjetivo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 37, n. 148, p. 127-139, out./dez. 2000. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/id/634/4/r148-08.pdf>>. Acesso em: 11 out. 2011.

\_\_\_\_\_. *Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2001.

LUCAS, Douglas Cesar. O problema da universalidade dos direitos humanos e o relativismo de sua efetivação histórica. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, v. 14, n. 3, p. 124-145, dez. 2009. Disponível em: <<http://vlex.com/vid/universalidade-relativismo-efetiva-74589595>>. Acesso em: 11 out. 2011.

MARITAIN, Jacques. *Los derechos del hombre y la ley natural*. Buenos Aires: Pleyade, 1972.

PECES-BARBA, Gregorio. *Derecho y derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. Madrid: Tecnos, 1995.

\_\_\_\_\_. Delimitación conceptual de los derechos humanos. In: CASCAJO CASTRO, José L. *Los derechos humanos: significación, estatuto jurídico y sistema*. Sevilla: Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1979.

ROBLES, Gregorio. *Los derechos fundamentales y la ética de la sociedad actual*. Madri: Civitas, 1992.

ROSS, Alf. *Sobre el derecho y la justicia*. Buenos Aires: Eudebe, 1994.

SCHELER, Max. *Sociología del saber*. Madrid: Revista de Occidente, 1935.

VILLEY, Michel. Critique des droits de l'homme. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Granada, v. 12, n. 2, 1972.