

# A FUNDAMENTAÇÃO CONTRATUALISTA DOS DIREITOS HUMANOS\*

## THE CONTRACTUALIST JUSTIFICATION OF HUMAN RIGHTS

MARCELO DE ARAUJO  
(UERJ-CNPq)

### Resumo

O contratualismo moral procura fundamentar a moralidade a partir do auto-interesse. No entanto, nem as teorias clássicas na tradição do contrato social, nem os representantes do contratualismo moral procuram oferecer uma fundamentação dos direitos humanos. O objetivo deste artigo é justamente apresentar uma tal fundamentação. Direitos humanos – essa é a tese central deste artigo – são tipos específicos de direitos morais de que os indivíduos podem lançar mão em sua relação com o Estado.

**Palavras-chave:** direitos humanos, contrato social, senso de justiça, política internacional

### Abstract

Moral contractualism aims at a justification of morality through self-interest. Yet, neither classic social contract theories nor moral contractualism seek to provide a systematic account of human rights. The aim of this article is to present such an account. Human rights – this is a main thesis advanced in this article – are special kinds of moral rights to which individuals resort in their relationship to the state.

**Key-words:** human rights, social contract, sense of justice, international politics

## I

A relação entre o conceito de direitos humanos e a tradição de teorias do “contrato social” pode ser examinada a partir de duas perspectivas distintas. Do ponto de vista histórico, o conceito de direitos humanos não pode ser dissociado de uma tradição do pensamento político que, a partir do século XVII, procurou justificar a legitimidade da autoridade política a partir da idéia de um contrato social. Teorias do contrato social, tal como elas foram propostas por autores modernos tais como, por exemplo, Hugo Grotius ou John Locke, têm como ponto de partida a tese de que seres humanos são, por natureza, sujeitos de certos *direitos naturais*<sup>1</sup>. Essas teorias procuram estabelecer, através do recurso à idéia do contrato social, princípios para a organização de uma comunidade política na qual os direitos naturais dos indivíduos poderiam ser efetivamente protegidos. A comunidade política aqui em questão é o Estado; e os direitos naturais, sobretudo no contexto da filosofia moderna, são concebidos em termos de certas prerrogativas morais que os indivíduos teriam, não apenas uns perante os outros, mas, sobretudo, perante o Estado em que vivem. Direitos naturais, para diversos autores na tradição moderna do contrato social, já existiriam antes mesmo da constituição de uma comunidade política. A partir do século XVIII, os denominados “direitos naturais” passaram a ser designados, cada vez mais freqüentemente, em termos de “direitos humanos”. No contexto da filosofia política moderna, a tese segundo a qual todo ser humano seria por natureza sujeito de direitos naturais (ou direitos humanos) não é propriamente demonstrada, mas admitida

como auto-evidente. Denis Diderot, por exemplo, afirma o seguinte no verbete “direito natural” da Enciclopédia:

“*Direito Natural.* O uso desta palavra é tão familiar que praticamente não há pessoa alguma que não esteja convencida no interior de si própria que a coisa lhe seja evidentemente conhecida. Este sentimento interior é comum tanto ao filósofo quanto ao homem que não refletiu de modo algum; com esta diferença apenas que, à questão *o que é o direito?*, este último, não tendo nem os termos nem idéias, lhe remete ao tribunal da consciência e permanece calado; ao passo que o primeiro só é reduzido ao silêncio e às reflexões mais profundas após ter se voltado para um círculo vicioso que o remete ao ponto mesmo de onde partiu, ou o lança em uma outra questão não menos difícil de resolver que aquela da qual ele se julgava desembaraçado pela sua definição<sup>2</sup>.”

A premissa segundo a qual seres humanos seriam sujeitos de direitos naturais constitui, portanto, uma das teses fundamentais da maior parte das teorias políticas na tradição do contrato social. Por essa razão, as teorias do contrato social, até pelo menos a segunda metade do século XX, não foram propriamente tipos de teorias morais, mas, antes, tipos de teorias políticas. Foi apenas bem mais recentemente que alguns autores buscaram retomar a teoria do contrato social com o objetivo específico de fundamentar a moral. É a partir da perspectiva do contrato social, por oposição a uma perspectiva histórica, que eu gostaria de examinar a fundamentação contratualista dos direitos humanos.

O contratualismo moral procura caracterizar a moral, não como um fenômeno natural, mas como um fenômeno social. O contratualismo moral examina o fenômeno da moral como um sistema de restrições mútuas ao qual os indivíduos poderiam dar assentimento a partir de considerações acerca da realização do auto-interesse. Entre os mais influentes representantes do contratualismo moral estão, por exemplo, David Gauthier, John Leslie Mackie e, no contexto da filosofia moral de língua alemã, Peter Stemmer, e Norbert Hoester<sup>3</sup>. O que está em questão no contexto da teoria moral contratualista é a tentativa de mostrarmos que a moral pode ser fundamentada sem recorrermos a teses religiosas ou metafísicas. Contudo, a questão acerca das obrigações morais do Estado face a seus cidadãos não tem sido examinada de modo sistemático por esses autores. Os representantes do contratualismo moral não procuram, de modo geral, fundamentar os *direitos humanos*. Com efeito, a própria suposição de que existem “direitos humanos” poderia, pelo menos à primeira vista, parecer inteiramente incompatível com a teoria moral contratualista, pois ao falarmos em direitos humanos a impressão que temos é que direitos humanos existem pelo simples fato de sermos seres humanos, e não porque eles foram criados, como que através de um contrato entre indivíduos auto-interessados. Minha intenção aqui é procurar mostrar que essa incompatibilidade entre o conceito de direitos humanos e o contratualismo moral é apenas aparente. Uma teoria dos direitos humanos, a meu ver, *não* precisa se comprometer com a tese metafísica segundo a qual existem direitos inerentes à própria natureza humana; direitos esses que seriam eternos e imutáveis, tal como vários

representantes na tradição moderna do contrato social admitiram<sup>4</sup>. Direitos humanos – essa é uma tese central deste artigo – são criações humanas, e não entidades do mundo natural. Mais especificamente, direitos humanos são tipos específicos de *direitos morais*.

Não é difícil reconhecermos que nem todo tipo de direito moral pode ser caracterizado em termos de direitos humanos. Um pai que, por exemplo, não cumpre a promessa de ir com seu filho ao cinema não violou qualquer direito humano, mesmo que reconheçamos que o cumprimento de nossas promessas recai sobre nós como um imperativo moral. Direitos humanos são direitos morais que os indivíduos têm relativamente ao Estado<sup>5</sup>. Um indivíduo pode estar submetido ao poder do Estado seja na qualidade de cidadão desse mesmo Estado; seja na qualidade de estrangeiro nesse Estado; seja ainda na qualidade de cidadão de um Estado que se encontra ocupado por um outro Estado mais poderoso. Como quer seja, uma fundamentação dos direitos humanos a partir da perspectiva contratualista deve mostrar, portanto, que qualquer indivíduo, independentemente de sua etnia, crença religiosa, preferência sexual, orientação política, nacionalidade, etc., tem o direito de exigir do Estado um determinado tipo de tratamento.

## II

Embora Jeremy Bentham não seja um representante do contratualismo moral, ele percebeu com bastante clareza que as teorias modernas do contrato social confundiram duas idéias conceitualmente distintas: o desejo (*wish*) de termos direitos, com os próprios direitos. Antes da constituição de uma comunidade política ainda não há direitos, mas apenas o desejo de termos direitos. Como Bentham afirma:

“Rights are, then, the fruits of law, and of the law alone. There are no rights without law – no rights contrary to the law – no rights anterior to the law. Before the existence of laws there may be reasons for wishing that there were laws – and doubtless such reasons cannot be wanting, and those of the strongest kind; – but a reason for wishing that we possessed a right, does not constitute a right. To confound the existence of reason for wishing that we possessed a right, with the existence of the right itself, is to confound the existence of want with the means of relieving it. It is the same as if one should say, *everybody is subject to hunger, therefore everybody has something to eat*.”

O simples desejo, por exemplo, de não sermos agredidos, ou de não sermos privados de nossa liberdade, não é por si só um *direito*, mas sim um tipo de *interesse* que poderíamos imputar a qualquer ser humano. Por essa razão, Bentham conclui que direitos naturais (ou direitos humanos) seriam apenas uma espécie de ficção filosófica – *nonsense upon stilts*, como ele afirma de modo sarcástico em *Anarchical Fallacies*, seu comentário à *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão* de 1789. Bentham procura então defender uma teoria acerca da legitimidade da autoridade

política sem apelar para uma teoria sobre direitos naturais (ou direitos humanos). A alternativa que Bentham apresenta a uma teoria sobre direitos humanos é, como se sabe, a teoria moral utilitarista, defendida de modo sistemático, sobretudo, em sua obra de 1789 *Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. No entanto, não é minha intenção aqui discutir a plausibilidade da teoria moral utilitarista. Minha intenção é mostrar que a crítica de Bentham às teorias do direito natural – teorias que contribuíram para a emergência da idéia de direitos humanos em termos de direitos que teríamos unicamente pelo fato de sermos seres humanos – é inteiramente justificada. Mas disso não segue, a meu ver, que o utilitarismo seja a única alternativa não-metafísica a uma teoria sobre direitos humanos<sup>7</sup>. A fundamentação contratualista dos direitos humanos reconhece, como Bentham demonstrou, que “confundir a existência de razões para desejarmos possuir um direito com a existência do próprio direito” é uma falácia. O passo seguinte da fundamentação contratualista dos direitos humanos consiste então em mostrar que o desejo de termos direitos somente pode ser satisfeito através da criação coletiva de um sistema de restrições mútuas. Esse sistema é a moral.

A satisfação de desejos básicos tais como, por exemplo, não ser agredido, ou não ser privado de sua liberdade, é tão fundamental para a implementação de qualquer concepção de boa vida que indivíduos auto-interessados poderiam criar um sistema de restrições mútuas no contexto do qual a satisfações desses desejos mais básicos poderia ser assegurada. O contratualismo moral procura caracterizar o fenômeno da moral justamente como um sistema de restrições mútuas desse tipo. O contratualismo moral se coloca relativamente ao fenômeno da moral a mesma questão que os representantes modernos da teoria do contrato social se colocaram com relação à existência do Estado. O contratualismo moral se pergunta, com efeito, sobre as razões que podemos apresentar em favor das restrições que a moral nos impõe, da mesma forma que os representantes da tradição moderna do contrato social se perguntaram sobre as razões que podem ser alegadas em favor das restrições legais que o Estado impõe aos seus cidadãos. Evidentemente, nem a moral nem o Estado surgiram a partir de um contrato real entre indivíduos auto-interessados. A moral provavelmente surgiu, e tradicionalmente foi justificada, por apelo a idéias religiosas e metafísicas. Contudo, as razões em função das quais uma determinada prática surgiu não precisam necessariamente ser as mesmas razões que, retrospectivamente, apresentamos para nossa participação e endosso dessa prática. O objetivo do contratualismo moral é proporcionar uma “reconstrução racional da moral”, sem se colocar a questão sobre as “origens” da moral<sup>8</sup>. Dessa forma, o que está em questão no contexto do contratualismo moral é a seguinte tese: independentemente de como a moral de fato surgiu, teríamos, ainda assim, razões para criarmos e mantermos um sistema de restrições mútuas que impede que um indivíduo busque implementar seu próprio interesse sem levar em consideração os interesses de outros indivíduos afetados direta ou indiretamente pela sua ação.

É importante notarmos que as razões para criarmos esse sistema de restrições mútuas não são elas próprias razões morais<sup>9</sup>. Essas razões dizem respeito, antes, à constatação de que a desconsideração pelos interesses de outras pessoas é deletéria à realização do próprio interesse.

Interesses humanos básicos como, por exemplo, o interesse em não ser agredido, ou o interesse em não ser privado de sua liberdade, somente podem ser satisfeitos por meio da cooperação com outros indivíduos. Com efeito, para que seja satisfeito o interesse que um indivíduo *A* tem em não ser agredido, é necessário que um outro indivíduo *B* abra mão dos meios de agredir *A*; ou que *B* seja privado dos meios de agredir *A*; ou ainda que *B* seja movido por um tipo de disposição que de antemão o incline a se abster de agredir *A*. Contudo, um indivíduo *A* não pode razoavelmente esperar que *B* proceda dessa forma, se ele próprio não agir assim relativamente a *B*. Por essa razão, Peter Stemmer sustenta, aludindo a uma figura do direito, que a moral tem uma estrutura do *ut des*: um indivíduo *A* concede um benefício a um outro indivíduo *B*, com a condição de que *B* proceda da mesma forma relativamente a *A*<sup>10</sup>. O modo de interação entre *A* e *B* pode ser descrito como se resultasse de um acordo ou contrato entres eles, ainda um tal contrato não tenha de fato ocorrido. A idéia do “contrato” desempenha aqui um papel meramente heurístico. Ela serve como um critério para examinarmos a legitimidade de um determinado empreendimento cooperativo envolvendo dois ou mais indivíduos. Dessa forma, o sistema de restrições mútuas a que *A* e *B* se submeteram pode ser tomado como fundamentado se, e somente se, eles puderem reconhecer que, por interesse próprio, eles teriam razões para criar (ou re-criar) esse sistema, como que por meio de um contrato, se esse sistema ainda não existisse. Esse contrato entre *A* e *B*, portanto, é meramente hipotético. Dessa forma, seria equivocado criticar o contratualismo moral com a alegação de que a moral não tem sua origem em um contrato, pois o que está aqui em questão *não* são razões sobre a origem da prática moral, mas as razões que podem ser alegadas em favor de nossa participação e endosso dessa prática<sup>11</sup>. Uma objeção, porém, que o contratualismo moral tem de responder diz respeito às razões que um indivíduo teria para agir em conformidade com as exigências da moralidade naquelas circunstâncias em que, pelo menos aparentemente, não seria racional para ele agir em conformidade com a moral.

Há circunstâncias em que um indivíduo, por não estar sendo observado, poderia esperar maximizar seu interesse agindo em dissonância com os princípios da moralidade. Com efeito, através do contrato, surgem não apenas normas, mas também sanções, que recaem sobre os transgressores das normas e direitos estabelecidos através do contrato. As *sanções*, evidentemente, têm como objetivo impedir que um indivíduo aja imoralmente. Mas, agindo em segredo, e, portanto, tendo a expectativa de escapar às sanções que lhe seriam impostas caso estivesse sendo observado, por que seria racional para um indivíduo agir em conformidade com as exigências da moralidade?<sup>12</sup>

A questão acerca da racionalidade do “agir em segredo” é um problema importante para qualquer tentativa de se fundamentar a moral partir de uma perspectiva contratualista, pois se a escolha racional é aquela que conduz à maximização do auto-interesse, não seria então racional agir contrariamente aos princípios da moral naquelas ocasiões em que um indivíduo puder esperar maximizar seu interesse agindo imoralmente?

Para compreendermos a resposta que o contratualismo moral oferece a essa questão, é im-

portante chamarmos atenção para a distinção que pode ser feita entre a escolha por uma determinada *ação*, tomada isoladamente, e a escolha por um tipo de *disposição* em função da qual certas ações serão realizadas. Para o contratualismo moral, tal como ele é defendido, por exemplo, por Gauthier, a escolha racional é aquela que incide, não sobre ações isoladas, mas sobre um tipo de disposição<sup>13</sup>. Por uma questão de auto-interesse é racional para um indivíduo escolher ser movido por um tipo de disposição que o inclina buscar a maximização de seu interesse de modo restrito, i.e. de modo a levar também em consideração os interesses de outros indivíduos afetados por sua ação. Um indivíduo inclinado a, em todas as situações, buscar a maximização de seu interesse, em detrimento dos interesses de outros indivíduos, não pode razoavelmente esperar ser acolhido em um sistema de restrições para vantagem mútua, pois sua participação representa uma ameaça ao bom funcionamento desse sistema. Por outro lado, é do interesse de qualquer indivíduo poder participar desse sistema. Por essa razão, é racional para qualquer indivíduo escolher ser movido por um tipo de disposição que o incline a buscar a maximização restrita de seu próprio interesse. É a presença de uma disposição como essa que garante a um indivíduo o ingresso e participação em um esquema cooperativo para vantagens mútuas. Gauthier se refere a esse tipo de disposição como um “senso de justiça” (*sense of justice*); e Stemmer, de modo similar, denomina uma “pessoa virtuosa” (*tugendhafte Person*) o indivíduo inclinado a perseguir a maximização apenas restrita do auto-interesse<sup>14</sup>. Seria portanto irracional para os outros indivíduos cooperar com alguém desprovido de um senso de justiça. Como Gauthier afirma:

“No one wants a person who altogether lacks a sense of justice as a fellow cooperator, for such a person may not reasonably be expected to be adequately disposed to uphold the terms on which interaction is mutually desirable. Even persons who would cooperate in order to victimize others wish for fair dealing among themselves. Since social cooperation is necessary if human beings are to survive, reproduce, and flourish, we may suppose that each person will want her fellows to possess a sense of justice, will prefer to interact with others possessing such a sense rather than others lacking it, and will want herself to possess a sense of justice as it increases their willingness to interact with her and so affords her a fuller realization of her own concerns<sup>15</sup>.”

Uma pessoa que tenha internalizado (ou introjetado) as normas da moral irá agir em conformidade com os princípios da moralidade, não por temer as sanções decorrentes da transgressão das normas, mas por se compreender a si própria como uma *pessoa justa*.

Uma comunidade no contexto da qual os indivíduos não apenas conhecem normas e direitos morais, mas são também em larga medida motivados ou inclinados a agirem em conformidade com tais normas e direitos, é o que se pode denominar uma *comunidade moral*. No entanto, é importante compreendermos agora que essa comunidade ainda não conhece *direitos humanos*. Se um indivíduo violar os direitos morais de um outro indivíduo – ou grupo de indivíduos – então esse indivíduo estará sujeito a sanções que podem ser de dois tipos: “sanções externas” e “sanções internas”. Tipos de sanções externas são, por exemplo, o ostracismo social, a exclusão da comunidade em

que se vive, ou mesmo violência física. Para que as sanções externas recaiam sobre o transgressor da norma moral é necessário que ele tenha sido observado por outros indivíduos no momento em que agiu imoralmente (ou que tenha deixado para outros indivíduos uma “pista” que os conduza ao autor do delito cometido). Se, por outro lado, o transgressor da norma moral for em alguma medida movido por um senso de justiça, ele estará sujeito também a “sanções internas” tais como, por exemplo, o sentimento de culpa, ou o sentimento de vergonha, por ter agido em dissonância com os princípios da moral<sup>16</sup>. A sanção interna será tanto mais intensa quanto mais o transgressor tiver internalizado uma disposição para agir em conformidade com os princípios da moral. Tanto as sanções internas quanto as sanções externas prescindem da existência de uma instituição como a do Estado, compreendido como um tipo específico de comunidade política. A questão que temos de nos colocar agora, então, é a seguinte: por que é necessária a criação do Estado após a moral ter sido criada como que por meio de um contrato entre indivíduos auto-interessados?

### III

Uma vez que nem sempre é inteiramente claro se, ou em que medida, um indivíduo é efetivamente movido por um senso de justiça, é necessária a criação de uma instância política que garanta, ou pelo menos aumente as chances de que os indivíduos de fato agirão em conformidade com os princípios da moral<sup>17</sup>. Com a criação do Estado, surgem então sanções formais, diferentes daquelas sanções informais da moral, a que me referi em termos de sanções internas e externas. Nesse sentido, a moral pode ser considerada “anterior” à existência do Estado, sem, no entanto, ter de ser concebida como um tipo de entidade natural, ontologicamente independente da existência de instituições humanas. Mesmo sem o Estado, os indivíduos já podem se conceber a si próprios como sujeitos de direitos morais, na medida em que se reconhecem também como membros de uma comunidade moral. Com o Estado, porém, surge uma nova modalidade de sanções, a saber: as sanções legais que são impostas aos indivíduos que transgridem as leis positivas do Estado. Mas aqui surge um problema crucial: justamente por constituir uma instância que tem o poder de punir, o próprio Estado pode representar agora uma ameaça para os indivíduos sob seu poder. Que garantias, portanto, os indivíduos podem ter de que a autoridade política que criaram não se transformará para eles em uma espécie de monstro?

Direitos humanos são direitos de que os indivíduos lançam mão para bloquearem esse tipo de ameaça. Mas direitos humanos – como qualquer outro tipo de direito – somente podem existir na medida em que existir também um tipo de instância capaz de garantir a implementação desses mesmos direitos. Essa instância *pode* ser uma instância “supranacional”, à qual o próprio Estado estaria submetido, mas isso não é necessário. O próprio Estado pode conter em si instituições que garantem que ele não se tornará uma ameaça para seus cidadãos. Nas sociedades políticas modernas

a *constituição* é o principal instrumento por meio do qual os denominados direitos humanos passam a existir. O simples fato de o texto da constituição fazer referência a “direitos humanos”, como se eles já existissem previamente à própria constituição, não conta como um argumento a favor da tese de que direitos humanos sejam ontologicamente anteriores ao próprio Estado. Anteriores ao Estado não são direitos humanos, mas direitos morais, i.e. direitos de que os indivíduos lançam mão em suas relações recíprocas, e não em sua relação com o Estado. Direitos morais podem ser considerados “anteriores” ao Estado, não por existirem na própria natureza, ou por serem inerentes à natureza humana, mas por serem criados por seres humanos, independentemente da existência de uma instituição como a do Estado. Por isso, sem a constituição, ou instrumento semelhante, os indivíduos ainda não têm realmente *direitos humanos*, mas apenas o interesse básico em disporem de uma instância que impeça que o Estado represente para eles uma ameaça à satisfação de seus interesses mais básicos.

Subjazem aos direitos humanos os mesmos desejos ou interesses básicos em função dos quais os direitos morais foram criados em primeira instância. Tais desejos ou interesses básicos podem, em princípio, ser atribuídos a qualquer ser humano na medida em que a satisfação desses desejos ou interesses é uma condição para a satisfação de quaisquer outros desejos ou interesses que um indivíduo possa vir a ter. Por essa razão, Otfried Höffe denomina tais interesses de “interesses transcendentais<sup>18</sup>”. Um Estado que se recusa a satisfazer os “interesses transcendentais” de seus cidadãos não pode ser considerado legítimo, pois para os indivíduos que estão submetidos ao seu poder não seria racional criar esse Estado, caso ele ainda não existisse. Isso não significa, porém, que os cidadãos, nesse caso, já sejam sujeitos de direitos humanos frente ao Estado que se recusa a satisfazer seus “interesses transcendentais”. Os cidadãos podem, de fato, tentar dirigir a um Estado ilegítimo as mesmas demandas que eles dirigem uns aos outros no contexto da comunidade moral – demandas como não ser agredido, ou não ser privado de sua liberdade. No contexto da comunidade moral essas demandas podem ser redescritas em termos de *direitos* (direitos morais) porque existem mecanismos institucionais – a que me referi acima em termos de sanções externas e internas – que são mobilizados diante da não-satisfação dessas demandas. No entanto, no contexto da comunidade política, na ausência de mecanismos como, por exemplo, a constituição, essas demandas que os indivíduos dirigem ao Estado, por oposição às demandas que eles dirigem uns aos outros no contexto da comunidade moral, não são ainda propriamente *direitos* (direitos humanos). Elas são apenas a expressão do desejo (ou do interesse) em terem, também perante o Estado, certos direitos morais.

Dessa forma, a fundamentação contratualista dos direitos humanos que defendo aqui se compromete com a tese segundo a qual direitos humanos somente podem existir no contexto de uma comunidade política que contenha algum tipo de mecanismo, tal como, por exemplo, a constituição, que garanta a satisfação dos “interesses transcendentais” de seus cidadãos. A fundamentação dos direitos humanos a partir da perspectiva contratualista caracteriza o conceito de direitos humanos

como direitos morais anteriores à constituição de uma comunidade política, mas nega, por outro lado, que direitos morais sejam em qualquer sentido um tipo de entidade natural. Direitos morais são criações humanas.

Por outro lado, a fundamentação contratualista dos direitos humanos poderia ser tomada agora como insatisfatória na medida em que ela parece não fazer jus à pretensão de *universalidade* que o conceito de direitos humanos ergue<sup>19</sup>. Com efeito, segundo a fundamentação dos direitos humanos que proponho aqui, um indivíduo somente terá direitos humanos na medida em que tiver também a sorte de viver em um Estado no qual a satisfação de seus “interesses transcendentais” seja assegurada por algum tipo de mecanismo constitucional. Outros indivíduos podem apenas *desejar* ter esses mesmo direitos, seja através do ingresso em uma comunidade política onde os direitos humanos já existam, e nesse caso eles têm, evidentemente, de ter a sorte de serem acolhidos por um novo Estado; seja através da tentativa de alterar a ordem política vigente no Estado em que vivem – uma alternativa que, em certas circunstâncias, pode muito bem representar uma ameaça às suas próprias vidas, caso o poder político vigente não seja simpático a reformas institucionais. A fundamentação contratualista dos direitos humanos deve, portanto, esclarecer agora em que sentido direitos humanos são “universais”, por oposição a certos direitos civis que alguns indivíduos têm a sorte de ter, ao passo que outros indivíduos, menos afortunados, podem apenas *desejar* ter. Dessa forma, a questão que tem de ser examinada agora é a seguinte: a tentativa de fundamentarmos os direitos humanos a partir da perspectiva contratualista não seria incompatível com a pretensão de universalidade que o conceito de direitos humanos envolve?

#### IV

Suponhamos que um indivíduo já viva em uma comunidade política no contexto da qual seus “interesses transcendentais” sejam plenamente satisfeitos, de tal modo que possamos dizer, a respeito desse indivíduo, que ele não apenas deseja ter *direitos humanos*, mas que ele de fato os possui: que *razões* esse indivíduo poderia ter para desejar que outros indivíduos, assim como ele, tenham os mesmos direitos que ele próprio possui? Para compreendermos esse ponto é necessário retomarmos agora o conceito de *disposições* morais, a que me referi anteriormente como sendo o objeto da escolha racional no contexto da teoria moral contratualista.

Na medida em que um indivíduo é movido por um senso de justiça, ele “considerará”, por exemplo, a prática da tortura, ou o encarceramento arbitrário de outros indivíduos, como práticas moralmente reprováveis, mesmo que os indivíduos em questão não sejam realmente membros de sua comunidade política. Isso significa que uma pessoa pode vir a “reconhecer” outros indivíduos como sujeitos de direitos humanos, mesmo que os outros indivíduos, a rigor, não possam recorrer a nenhum mecanismo constitucional para satisfação de seus “interesses transcendentais”. O que os

outros indivíduos aqui em questão podem fazer é, quando muito, expressar o desejo de terem os mesmos direitos que alguns indivíduos de fato já possuem. É bem verdade, porém, que um senso de justiça, por força do qual um indivíduo passa a “considerar” ou a “reconhecer” outros indivíduos como sujeitos dos mesmos direitos humanos que ele próprio já possui, por si só não faz com que os outros indivíduos tenham tais direitos. Com outras palavras, não basta “considerarmos” ou “reconhecermos” um indivíduo, que vive sob a autoridade de um Estado tirano, como sujeito de direitos humanos para que ele, de fato, tenha tais direitos. Na ausência de algum tipo de autoridade política que possa ser mobilizada em prol de sua efetiva implementação, “direitos humanos” são apenas *flatus vocis*. No entanto, um senso de justiça pode, por outro lado, motivar indivíduos a buscarem, tanto quanto possível, intervir na ordem política internacional. Motivado por um senso de justiça um indivíduo pode, por exemplo, (i) exigir do Estado em que vive a ratificação de acordos internacionais para proteção de direitos humanos; (ii) ele pode também participar de manifestações contra a violação de direitos humanos em outros Estados; (iii) ele pode ainda incentivar a intervenção militar para a implementação de ajuda humanitária e *enforcement* de direitos humanos em regiões de conflito; (iv) ou ainda se associar a uma organização internacional para a proteção dos direitos humanos<sup>20</sup>. Ações como essas representam a ampliação de um tipo de prática que inicialmente – tanto do ponto de vista histórico quanto do ponto de vista da “reconstrução racional” dos direitos humanos – somente se dava no contexto da política doméstica, a saber: a prática dos direitos humanos.

Richard Rorty afirma com relação a essa prática que nós vivemos contemporaneamente em uma “cultura dos direitos humanos<sup>21</sup>”. Anne-Marie Slaughter, de modo semelhante, sustenta que, contemporaneamente, face ao número de instituições internacionais para proteção de direitos humanos, poderíamos falar de uma “comunidade global de leis a respeito de direitos humanos” (*global community of human rights law*)<sup>22</sup>. E Norbert Hoerster, tendo em vista a “emergência de uma sociedade mundial” (*zusammenwachsende Weltgesellschaft*), afirma que: “Para cada um de nós, nessas circunstâncias, desejar enfaticamente uma validade irrestrita dos direitos humanos, e se engajar em sua prática, é algo que pode ser tomado como fundamentado [*begründet*]<sup>23</sup>”

Segundo a fundamentação contratualista de direitos humanos, apenas no contexto dessa “sociedade mundial” poderíamos nos referir a direitos humanos como direitos universais, i.e. direitos dos quais os indivíduos, em qualquer parte da “comunidade global”, poderiam lançar mão. Dessa forma, o contratualismo moral apresenta razões para endossarmos e sustentarmos a cultura internacional dos direitos humanos independentemente do recurso a premissas religiosas ou metafísicas. No entanto, se desvincularmos o conceito de direitos humanos dessa “cultura internacional” dos direitos humanos seria então uma “ilusão”, como sugere por exemplo Hoerster, falarmos de direitos humanos universais. Sem uma “comunidade global de leis a respeito de direitos humanos” poderíamos no máximo falar em um desejo de termos direitos humanos universais.

Foi o desejo de trazer para o cenário internacional certos tipos de direitos que já existiam

no âmbito da política doméstica de alguns Estados que tornou possível a publicação da *Declaração Universal dos Direitos Humanos* (1948). No entanto, é interessante notar que o texto da *Declaração* foi inicialmente aceito sem maiores reservas porque à época de sua publicação a maior parte dos Estados signatários estava convencida de que o documento era meramente retórico e que, portanto, não teria realmente força de lei. No entanto, ao longo da segunda metade do século XX, o ideal de proteção dos direitos humanos foi gradualmente se tornando um autêntico sistema de normas, tanto no âmbito da política doméstica de vários Estados quanto no âmbito da política internacional. E é apenas por essa razão que podemos hoje falar, sem o risco de incorrerem em algum tipo de ficção filosófica, em *direitos humanos universais*<sup>24</sup>.

**Notas**

\* Esta pesquisa contou com apoio financeiro do CNPq e da Fundação Humboldt / Universidade de Konstanz (2007-2008). Agradeço a Peter Stemmer pelas críticas e comentários a uma primeira versão deste artigo.

<sup>1</sup> Walter Euchner (1979); Marcelo de Araujo (2009).

<sup>2</sup> Diderot (1772, 24-25). Cf. Locke, *Second Treatise of Government*, cap. 2, seção 4.

<sup>3</sup> Ernst Tugendhat também defende, em alguns de seus trabalhos, uma teoria moral contratualista; ver e.g. Tugendhat (1997). Contudo, em um de seus artigos mais recentes, ele sustenta uma posição que o distancia do tipo de contratualismo moral que defendo neste artigo. Cf. Tugendhat (2006, 30-31).

<sup>4</sup> A tese metafísica envolve não apenas o problema ontológico acerca do modo de existência dos direitos humanos, mas também o problema epistemológico acerca das faculdades cognitivas por meio das quais poderíamos conhecer tais direitos.

<sup>5</sup> Christoph Menke / Arnd Pollmann (2007, 31).

<sup>6</sup> Jeremy Bentham (1962, 221). Ver também Bentham (1987, 53).

<sup>7</sup> Pelo contrário, como sustenta, por exemplo, J. A. Schumpeter, o utilitarismo, a despeito de suas pretensões anti-metafísicas, era inicialmente apenas mais uma versão do jusnaturalismo: “*utilitarianism was nothing but another natural law system*” (*History of Economic Analysis*, Londres: Alan & Unwin, 1955, p. 132), apud Ross Harrison, (1999, 105). Sobre as bases metafísicas do utilitarismo, ver também Marcelo de Araujo (2007c).

<sup>8</sup> David Gauthier (1986, 339).

<sup>9</sup> Gauthier (1986, p. 5): “*We are committed to showing why an individual, reasoning from non-moral premisses, would accept the constraints of morality.*” Ver também Marcelo de Araujo (2008).

<sup>10</sup> Peter Stemmer (2002, 20). A expressão latina do *ut des* significa literalmente “dou para que você dê”. Um significado análogo tem a expressão *quid pro quo*.

<sup>11</sup> Ver Marcelo de Araújo (2008; 2007a).

<sup>12</sup> Essa objeção ao contratualismo moral foi levantada pela primeira vez por Platão, no livro 2 da *República*, com a alusão ao mito do “anel de Gyges” (359b-360d).

<sup>13</sup> Gauthier (1986, 182-183); Stemmer (2000, p. 162-191); Araujo (2008).

<sup>14</sup> Gauthier (1993, 195-6); Stemmer (2000, 177). Ver também J. L. Mackie (1977, 114).

<sup>15</sup> GAUTHIER (1993, p. 195-96).

<sup>16</sup> Cf. Tugendhat (1993, 59-62).

<sup>17</sup> Em *Second Treatise of Government*, cap. 2, seção, 13 Locke sugere um argumento semelhante ao se referir aos “*inconveniencies of the state of nature*”. A tese de Locke é que seria “inconveniente” vivermos no “estado de natureza”, pois embora os indivíduos já reconheçam a existência de leis e direitos morais nessas circunstâncias, eles ainda não dispõem de um instrumento adequado para a implementação de seus direitos morais. Esse instrumento é, para Locke, o Estado. O contratualismo moral diverge aqui, porém, no que se refere à ontologia das leis e direitos morais. Enquanto para Locke essas entidades fazem parte do mundo natural, para o contratualismo moral elas fazem parte do mundo social, elas são instituições humanas.

<sup>18</sup> Otfried Höffe (1998, 34). A expressão “transcendental” nesse contexto é, evidentemente, uma alusão à teoria kantiana acerca das “condições de possibilidade” da experiência. Assim como Höffe, emprego a expressão “interesse transcendental” para me referir à idéia segundo a qual a satisfação de certos interesses básicos é uma “condição de possibilidade” para a satisfação de quaisquer outros interesses que um ser humano possa vir a ter. No entanto, a teoria dos direitos humanos que proponho aqui é, a meu ver, bastante diferente da teoria sobre direitos humanos proposta por Höffe.

<sup>19</sup> Christoph Menke / Arnd Pollmann (2007, 52-55).

<sup>20</sup> Thomas Risse / Kathryn Sikkink (1999); Andreas Hasenclever (2000).

<sup>21</sup> Rorty, 1993, 117.

<sup>22</sup> Anne-Marie Slaughter (2004, 79). Cf. Seyla Benhabib (2001, 38): “*The nation-state is waning; the line between human rights and citizens’ rights is being corroded. New modalities of deterritorialized citizenship are emerging.*”

<sup>23</sup> Norbert Hoerster (2003, 183; 210). O texto original é: “*Für jeden Einzelnen von uns dürfte es unter diesen Bedingungen durchaus begründet sein, eine uneingeschränkte Geltung der Menschenrechte ausdrücklich zu wünschen und sich in der Praxis für sie einzusetzen.*”

<sup>24</sup> Cf. Richard Falk (2000, 43): “*It can be argued that governments initially accepted the Universal Declaration of Human Rights simply because they thought it would amount to nothing. This calculation turned out to be wrong, thanks to the unanticipated, voluntary activism of citizen’s associations, the emergence of a global visual media, and the contending ideological claims of the superpowers in the various arenas of war. Human rights became more politically potent than could have been anticipated fifty years ago.*” Cf. também Keneth Abbot e Robert Keohane et alia (2000, 405): “*The Universal Declaration of Human Rights, for example, was only minimally legalized (it was aspirational,*

*not overly precise, and weakly institutionalized), but the human rights regime has evolved into harder forms over time. The international Covenant on Civil and Political Rights imposes binding legal obligations, spells out concepts only adumbrated in the declaration, and creates (modest) implementing institutions.”*

## Referências

ABBOTT, K.; KEOHANE, R.; / MORAVCSIK, A., et alia. “The concept of legalization.” In.: *International Organization*, 54 (2000):p. 401-419.

ARAUJO, M. de. “Hugo Grotius, contractualism, and the concept of private property: an institutionalist interpretation.” In.: *History of Philosophy Quarterly*, [publicação prevista para outubro de 2009].

\_\_\_\_\_. “Disposições morais e a fundamentação da moralidade a partir da perspectiva contratualista.” In.: *Cadernos de Ética e Filosofia Política* (USP) 12 (2008): 7-20.

\_\_\_\_\_. “O conceito de pessoa na teoria moral contratualista: uma crítica a David Gauthier.” In.: *Síntese* 34 (2007a): 55-77.

\_\_\_\_\_. “Multilateralismo e governança: a institucionalização difusa dos direitos humanos no contexto da política internacional.” In.: *Ethic@* (UFSC) 6, (2007b): 109-131.

\_\_\_\_\_. “Utilitarismo teológico e positivismo legal no pensamento de John Austin.” In.: *O Utilitarismo em Foco: Um Encontro com seus Proponentes e Críticos.* (Org.) Maria Cecilia Maringoni de Carvalho. Florianópolis: Editora da UFSC (2007c): 39-72.

\_\_\_\_\_. “Justiça internacional e direitos humanos: uma abordagem contratualista.” In.: *Veritas* (PUC/RS) 52 (2007c): 137-165.

\_\_\_\_\_. “Direitos individuais e direitos de minorias: uma crítica à política de ‘suplementação’ de direitos humanos em contextos multiculturais.” In.: *Revista Brasileira de Direito Constitucional e Internacional* 55 (2006): 89-127.

BENHABIB, S. *Transformations of Citizenship: Dilemmas of the Nation State in the Era of Globalization.* Amsterdam: Koninklijke van Gorcum (2001): 46-76.

BENTHAM, J. “Anarchical Fallacies.” In.: *Nonsense upon Stilts: Bentham, Burke and Marx on the Rights of the Man.* (Org.) J. Waldron. Londres: Methuen (1987): 46-76.

\_\_\_\_\_. “Pannomial Fragments.” In.: *The Works of Jeremy Bentham.* (Org.) John Bowring. New York: Russell & Russell 3 (1962): 221.

DIDEROT, D. “Droit Naturel.” In.: *Encyclopedie.* (Org.) John Lough / Jacques Proust. Paris: Hermann Éditeurs des Sciences et des Arts (1772): 24-25.

EUCHNER, W. *Naturrecht und Politik bei John Locke.* Frankfurt: Suhrkamp (1979).

FALK, R. A. *Human Rights Horizons: The Pursuit of Justice in a Globalizing World.* Londres: Routledge (2000).

- GAUTHIER, D. *Morals by Agreement*. Oxford: Oxford University Press (1986).
- \_\_\_\_\_. “Value, reasons, and the sense of justice”. In.: *Value, Welfare, and Morality*. (Org.) Frey, R. G. / Morris, C. W. Cambridge: Cambridge University Press (1993): 180-208.
- HARRISSON, R. *Bentham (Argument of the Philosophers)*, Londres: Routledge (1999).
- HASENCLEVER, A. *Die Macht der Moral in der internationalen Politik: Militärische Interventionen westlicher Staaten in Somalia, Ruanda und Bosnien-Herzegowina*. Frankfurt: Campus Verlag (2000).
- HÖFFE, O. “Transzendentaler Tausch – eine Legitimation für Menschenrechte?” In.: *Philosophie der Menschenrechte*. (Org.) Gosepath, Stefan / Lohmann, Georg. Frankfurt: Suhrkamp (1998): 28-47.
- HOESTER, N. *Ethik und Interesse*. Stuttgart 2003.
- MACKIE, J. L.. *Ethics: Inventing Right and Wrong*. Londres: Peguint (1977).
- MENKE, CHR.; POLLMANN, A. *Philosophie der Menschenrechte*. Hamburg: Junius (2007).
- RISSE, T.; SIKKINK, K. “The socialization of international human rights norms into domestic practices: introduction.” In.: *The Power of Human Rights: International Norms and Domestic Change*. (Org.) Risse, Thomas / Ropp, Stephen / Sikkink, Kathryn. Cambridge: Cambridge University Press (1999): 1-38.
- RORTY, R. “Human rights, rationality, and sentimentality.” In.: *On Human Rights: The Oxford Amnesty Rights*. Schute, Stephen / Hurley, Susan: New York (1993): 111-134.
- SLAUGHTER, ANNE-M. *A New World Order*. Princeton: Princeton University Press 2004.
- STEMMER, P. *Handeln zugunsten anderer: Eine moralphilosophische Untersuchung*. Berlin: De Gruyter (2000).
- \_\_\_\_\_. “Moralischer Kontraktualismus”. In.: *Zeitschrift für philosophische Forschung*, 56 (2002): 1-22.
- TUGENDHAT, E. “El origen de la igualdad em el derecho y la moral”. In.: *Diálogo Científico*, 15 (2006): 25-40.
- \_\_\_\_\_. *Vorlesungen über Ethik*. Frankfurt: Suhrkamp (1993).
- \_\_\_\_\_. *Dialog in Leticia*. Frankfurt: Suhrkamp (1997).