

A FUNDAMENTAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS ENTRE NATUREZA E CONTRATO

THE FOUNDATION OF HUMAN RIGHTS BETWEEN NATURE AND CONTRACT

ANDRÉ LUIZ OLIVIER DA SILVA¹

(UNISINOS/Brasil)

RESUMO

O presente artigo aborda o papel do indivíduo nos programas de fundamentação dos direitos humanos, bem como a encruzilhada metodológica à qual eles estão fadados ao esbarrarem na contraposição entre natureza e contrato. Se, por um lado, alguns destes programas defendem a tese dos direitos naturais e afirmam a existência de direitos que os seres humanos possuiriam em razão de sua própria natureza e independente de qualquer convenção ou artifício; por outro, esta tese é rechaçada e substituída pelo argumento do contrato, a partir do qual os indivíduos negociam a adesão a cláusulas convencionadas por suas próprias vontades. Ambos os tipos de programas podem cair nas armadilhas metafísicas do fundacionalismo ao pressupor o mesmo marco metodológico, a saber, o indivíduo, seja a partir de um estado fictício de natureza, seja a partir de um momento prévio de negociação das cláusulas do contrato. Toda fundamentação de direitos humanos está equivocada na medida em que intenta dar razões e fundamentar direitos por meio do indivíduo-sujeito de direito, que é pressuposto como ser racional, livre e igual a todos os outros homens – e esse é o pressuposto tanto das doutrinas dos direitos naturais quanto do contratualismo moral.

Palavras-chave: Direitos Humanos; fundamentação; natureza; contrato.

ABSTRACT

This article discusses the role of the individual in the foundation programs of human rights, as well as the methodological crossroad to which they are doomed to the failure as they fall into contraposition between nature and contract. If, on the one hand, some of these programs support the thesis of natural rights and assert the existence of rights to which humans possess by reason of its nature and independent of any convention or contrivance; secondly, this thesis is rejected and replaced by the argument of the contract, from which individuals negotiate adherence to agreed terms by their own wills. Both types of programs can fall into the traps of metaphysical foundationalism to assume the same methodological framework, namely, the individual is from a fictional state of nature, either from a previous moment of negotiation about contract terms. Every foundation of human rights is misguided in that it tries to give reasons and justify rights from the individual-subject of right, which is assumed to be rational, free and equal to all other men – and this is the assumption of both doctrines natural rights as the moral contractualism.

Keywords: Human Rights; foundation; nature; contract.

Introdução

As revoluções liberais que marcaram o desdobramento da modernidade trouxeram não apenas as célebres cartas e declarações de direitos do homem e do cidadão, como também provocaram uma reviravolta na interpretação do significado da palavra “direito”. A partir da Revolução Gloriosa (1688) e de textos como *Habeas*

Corpus Act (1679) e *Bill of Rights* (1689), ou da Revolução Americana e da Declaração de Independência dos Estados Unidos (1776), e, por último, da Revolução Francesa e da sua Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), o “direito” passou a ser visto como coisa apta a ser possuída por seu detentor, e, com base em uma matriz metafísica de cunho mais humanista, essas declarações burguesas apresentam uma concepção do direito a partir de um sentido subjetivo, isto é, “eu”, enquanto indivíduo, “sou” detentor de direitos, os quais “posso” em razão da minha própria racionalidade, como *facultas agendi*², e posso exercê-los da maneira como determina a minha vontade livre, autônoma e racional.

As declarações dos séculos XVII e XVIII concedem titulações ao sujeito de direito, ao mesmo tempo em que “declaram” os seus direitos naturais, como se isso fosse suficiente para explicar as bases da normatividade que se encontram nas exigências morais por direitos³. São declarações que influenciam ainda hoje a linguagem dos direitos, em especial, a dos direitos humanos, que restou completamente embriagada pela concepção individualista do direito subjetivo, vindo até os nossos dias, ao contaminar não apenas o discurso de juristas e filósofos que se debruçam sobre textos como a Declaração Universal de Direitos Humanos (1948), mas também insuflando o grito de manifestantes, ativistas e supostos defensores da dignidade humana ou daquilo que se costumou chamar de direitos de todos os seres humanos. Entorpecidos pelo espírito iluminista – que perpassa as doutrinas dos direitos naturais e do contrato social presentes em Hobbes, Locke e Rousseau, bem como o ideal do valor absoluto da pessoa humana em Kant –, juristas e filósofos incorporaram a problemática do ideal burguês e passaram a enfatizar os direitos do homem e do cidadão, transformando-os em títulos ao beneficiário, títulos que legitimariam a posse de uma “propriedade” – seja ela o corpo, a liberdade, a propriedade privada.

1 Um projeto de “desfundamentação” para os direitos naturais

Se fixarmos os olhos na trajetória histórica das ideias da modernidade, veremos que o indivíduo constitui um ponto de convergência entre “direitos humanos” e “direitos naturais”, voltando os projetos de fundamentação dos direitos humanos à própria matriz realista do naturalismo moderno – o que provoca alguns mal-entendidos nas justificações contemporâneas dos direitos ao pressupor direitos inatos e naturalmente inerentes ao indivíduo, que se manifestariam em um estado natural e

anterior à sociedade. Esses equívocos residem nos programas fundacionalistas dos direitos humanos e acabam por intentar uma investigação frustrada sobre a existência de direitos *a priori* e absolutos, direitos universais, como se existissem direitos imutáveis válidos a todos os seres humanos, em qualquer tempo ou lugar; direitos que seriam, em tese, extraídos a partir de uma noção metafísica de humanidade e constituiriam um ponto em comum entre todos os seres humanos do universo.

No fundo, um ideal de razão perpassa e contamina a própria noção de natureza deixada pela tradição liberal, uma natureza tal qual uma ideia, ou, em outros termos, uma recusa, ao menos parcial, das determinações oriundas das inclinações propriamente naturais, como se as inclinações não fossem preponderantes para a visão humana de mundo. A natureza, então, representaria para o homem um estado original, fora do mundo, no qual possuiria direitos individuais e inatos devido à sua racionalidade. Essa natureza, bem como as referências teóricas que a ela tanto designam as doutrinas dos direitos naturais, é mais uma natureza desnaturada do que propriamente uma natureza humana, uma natureza que cumpre a tarefa primordial de negar quem nós realmente somos para dizer quem nós deveríamos ser. São doutrinas que ignoram as inclinações naturais do ser humano e, na medida em que excluem justamente aquilo que nos constitui, julgam aproximar o homem a uma definição de liberdade ao mesmo tempo em que vinculam o autointeresse e a vontade autônoma a uma faculdade racional.

Segundo Jeremy Bentham, os direitos naturais não passam de uma expressão linguística sem nenhum sentido, não passam de disparates retóricos sobre pernas-de-pau, conforme afirma o utilitarista contra o ideal do esclarecimento:

Direitos naturais é simplesmente um disparate: direitos naturais e imprescritíveis, disparate retórico – disparate sobre palafitas. Mas este disparate retórico termina no velho esforço dos disparates perniciosos: imediatamente uma lista destes pretensos direitos naturais é dada, e estes são assim expressados como a apresentar a visão dos direitos legais. E esses direitos, sejam eles quais forem, não existem, ao que parece, qualquer um deles que qualquer governo **possa**, em qualquer ocasião, revogar a menor partícula. (BENTHAM, 1987, p. 53, grifos do autor, tradução nossa)⁴

Disso podemos inferir uma perniciosa relação entre direitos humanos e direitos naturais; uma relação que só agrava a compreensão dos direitos humanos, ao pressupor um título *a priori*, derivando-o a partir de uma noção de natureza tão comprometida com um tipo

de realismo naturalista – ao conceber o direito como uma propriedade natural, real e objetiva; uma propriedade autoevidente, que mostraria empiricamente os direitos mais básicos e fundamentais do ser humano – que só resta uma saída à abordagem contemporânea dos direitos contrapostos à moralidade, conforme adverte Tugendhat: “Devido à sua ambigüidade, é melhor evitar o discurso sobre direitos naturais.” (TUGENDHAT, 2003, p. 347). Esse discurso jusnaturalista afirma a existência de direitos mesmo sem a existência de um ordenamento legal que por meio de suas instituições diria o que é o direito. São doutrinas que concebem os direitos a partir de algumas propriedades metafísicas, como argumenta Feinberg:

Naturalmente, também é uma questão em aberto o fato de haver **realmente** direitos humanos e, se assim for, exatamente quais são esses direitos. Todos os direitos que têm sido caracterizados como “direitos naturais” nos principais manifestos também podem ser chamados de direitos humanos mas, da forma como empregarei os termos, nem todos os direitos humanos também são, por definição, direitos naturais. A teoria de direitos naturais afirma não só que há certos direitos humanos, como também que tais direitos possuem determinadas propriedades epistêmicas adicionais e um certo **status** metafísico. (FEINBERG, 1974, p. 129, grifos do autor e do tradutor)⁵

Sumner, por sua vez, insiste no caráter objetivo dos direitos naturais e no comprometimento de suas doutrinas com um forte grau de realismo: “(...) uma teoria moral é uma teoria dos direitos naturais apenas no caso de (1) conter alguns direitos morais, que (2) amarre com a posse de algumas propriedades naturais, e que ela trate tanto como (3) básica quanto como (4) objetiva” (SUMNER, 1987, p. 95, tradução nossa). Continua Sumner: “(...) as teorias do direito natural estão comprometidas com o modelo realista e acompanhadas da exigência sobre a objetividade dos direitos.” (SUMNER, 1987, p. 108, tradução nossa)⁶. Diante desse cenário, só resta, então, abandonarmos não só a relação do direito com os direitos gerais e os direitos naturais, como, principalmente, a sua leitura antropológica do titular e o destinatário do direito, tão centrada em direitos naturalmente inatos e universais.

Ao contrário dos projetos tradicionais de fundamentação dos direitos humanos, o objetivo do presente texto consiste em provocar uma espécie de “desfundamentação” nos programas contemporâneos de justificação dos direitos humanos. Descartar as bases fundacionalistas dos direitos naturais parece ser o caminho mais conveniente para se explicar a base normativa dos direitos – e não deixa de ser uma proposta interessante,

ainda mais se refletirmos minimamente sobre os pressupostos metafísicos dos direitos naturais, pois mina e explode os fundamentos que retornam a Deus, ou a uma divindade transcendental ou a qualquer coisa fora do mundo para explicar os movimentos da natureza.

Eduardo Rabossi foi pioneiro na recusa dos programas fundacionalistas dos direitos humanos e, em artigo intitulado *La teoría de los derechos humanos naturalizada* (1990), o autor argentino propôs uma postura descritivista diante dos direitos humanos⁷, os quais, após a criação da ONU (1945) e a Declaração de 1948, tornaram-se fatos do mundo: “A cultura dos direitos humanos (ou o fenômeno dos direitos humanos) é, em nosso tempo, um fato do mundo.” (RABOSSI, 1990, p. 161, tradução nossa)⁸. Do mesmo modo, Richard Rorty: “(...) os filósofos deveriam conceber essa cultura como um novo fato afortunado do mundo depois do Holocausto.” (RORTY, 1993, p. 115, tradução nossa)⁹. Rabossi inspira Rorty ao criticar, com um argumento a favor da cultura, o fundacionalismo presente nas teorias de justificação dos direitos humanos e adverte que “Os filósofos precisam ter em conta os **fatos do mundo**.” (RABOSSI, 1990, p. 161, grifos do autor, tradução nossa)¹⁰ – e isso só será possível com um procedimento descritivo para a investigação desses direitos. Diz Rabossi:

Minha opinião principal é que o mundo mudou e que o fenômeno dos direitos humanos converte o fundamentalismo dos direitos humanos em ultrapassado e inaplicável. (...) Isso não significa que os filósofos tenham que permanecer calados perante os direitos humanos. Pelo contrário, é um campo onde se necessita perspicácia filosófica:

- 1) para desenhar um marco operativo conceitual com o fim de descrever e valorar o fenômeno dos direitos humanos;
- 2) para ajudar à clarificação conceitual dos termos-chave, das dificuldades normativas e dos problemas de projeto;
- 3) para elaborar a importância filosófica do que eu venho chamando “o ponto de vista teórico”. (RABOSSI, 1990, p. 174–175, tradução nossa)¹¹

Se, por um lado, os programas fundacionalistas estão ligados às doutrinas dos direitos naturais, somos, então, levados a jogar fora a versão metafísica de “natureza” que se desenhou ao longo a modernidade. Isso não é garantia de que a metafísica ficará do lado de fora das investigações que recusam os direitos naturais. Ainda assim, nada impede que a investigação sobre os direitos, mesmo após uma desidratação da “natureza” contida nas doutrinas dos direitos naturais, continue a se comprometer com uma visão

humanista dos direitos, que, embora não possa retomar a Deus, aponta sempre para uma natureza racional *a priori* e absoluta. Falamos isso porque a rejeição dos direitos naturais pode ocasionar um movimento desnaturalizante que tende a descambar nas armadilhas do contrato moral-social, a ponto de chegarmos à conclusão de que o maior desafio das investigações sobre os direitos humanos seja incorporar as consequências de um ceticismo diante dos direitos naturais, sem esbarrar na pressuposição racional de um contrato para reger as ações dos homens e a nomeação dos direitos humanos.

2 Promessas e exigências por direitos

O ponto central para a recusa da tese dos direitos naturais é o fato de que nos relacionamos mutuamente por meio de obrigações, pois é a partir desse ponto que podemos identificar a sociabilidade humana e a disposição até mesmo natural – “natural” em um sentido mais provocativo, mais naturalizado, pois completamente em contraste com o “natural” dos direitos naturais – do ser humano para criar vínculos e responder aos estímulos dos outros seres humanos, sensibilizando-se com a dor e o sofrimento alheio. Observem, nesse ponto, que a recusa das consequências doutrinárias do direito natural pode representar a adoção de uma postura contratualista em relação às exigências por direitos que costumamos enunciar a partir do fenômeno moral, e, nesse ponto, já teremos que enfrentar um novo problema, que reside na relação entre “direitos humanos” e “direitos contratuais” e consiste em defender algum momento individual de negociação e deliberação.

A tese a favor do contrato foca o debate em torno do indivíduo e de sua inserção racional na sociedade civil, em como a sociedade se forma e se organiza, por meio de seus aceites coletivos e sociais, por meio de alguma modalidade de consenso ao qual retoma a ideia de um homem racional capaz de fazer acordos e contratos para garantir a sua sobrevivência junto com os outros. A promessa¹² é a chave de leitura para se compreender o campo das obrigações ao qual todo ser humano está submetido ao viver em sociedade, pois ela molda a obrigação e surge a partir dos vínculos sociais. O jogo das promessas mostra o funcionamento das obrigações, tanto o seu arranjo a partir do ato de prometer quanto o seu desdobramento em direitos e deveres correlatos, de modo que, por meio da promessa, a obrigação agrega valores comuns a determinados grupos e sociedades; ela coloca um dos polos da relação em uma posição estratégica para exigir e

reivindicar o cumprimento do direito prometido, determinando, assim, uma orientação normativa para que a outra parte não fuja ao seu dever.

2.1 Um modelo de contrato?

No desdobramento desta discussão, o cético poderia suscitar dúvidas perante o argumento em prol da promessa e alegar que a recusa ao direito natural por essa via pode acarretar uma defesa sumária da postura contratualista, segundo a qual os direitos “morais” – isto é, aqueles supostos direitos que não estão prescritos em lei, mas que, mesmo assim, são exigidos e reivindicados como tal – seriam uma consequência de acordos fixados em um determinado contexto. A promessa dá a uma das partes não só a capacidade para tomar o direito como seu, mas dá também o poder de exigir a execução daquilo que restou prometido; ela se torna, então, a alavanca para a recusa das doutrinas dos direitos naturais – e do suposto estado de natureza onde reina a liberdade e a igualdade –, pois contextualiza a concessão de direitos no espaço e no tempo, dentro de uma comunidade que faz pactos e acordos entre si.

A promessa vincula, então, os direitos humanos ao contratualismo – e não ao direito natural –, de modo a ser possível afirmar que o direito contratual consiste em um título concedido a uma pessoa por meio de um contrato ou acordo de vontades e interesses; é um título relativo a determinado contexto no espaço e no tempo, e, portanto, é mutável e variável; exceto se for tomado como um primeiro contrato originário ou como um momento anterior de negociação entre as partes para a formulação do pacto. Segundo essas últimas vertentes contratualistas, a promessa também pode se constituir como uma alternativa contratualista rigorosamente dogmática, no sentido de que, para legitimar um contrato, ou uma obrigação contratual, será imprescindível pressupor, transcendentemente, um homem livre e autônomo, um homem racionalmente disposto a se obrigar e que consegue dar o seu aceite para ingressar na vida social – um homem sujeito de direitos.

A sociedade, a propósito, poderia formular um contrato “moral”, estabelecendo direitos e deveres que não estão – por não precisarem estar – configurados necessariamente em um tipo legal. Poderia elaborar um código informal de direitos, paralelo ao ordenamento jurídico, que pode tanto alimentar o código legal, quanto recusá-lo e servir de oposição e alternativa para aquilo que diz o aparato burocrático do Estado. A moralidade seria, então, um acordo implícito e a formulação dos direitos

dependeria da aceitação social, de modo que o contrato seria, no fundo, o fundamento para compreendermos a natureza dos direitos “morais” e de muitos direitos humanos. Os direitos, se não possuem propriedades naturais reais e objetivas, são estabelecidos sempre por um contrato, ou algum tipo de convenção fixada no espaço e no tempo, algum tipo de consenso estabelecido por grupos dominantes ou até mesmo por escolhas de maiorias que impulsionam pressão e dão rumo a decisões coletivas.

Marcelo de Araújo propõe uma visão interessante do contratualismo moral. Ele pretende “(...) retomar a teoria do contrato social com o objetivo específico de fundamentar a moral.” (ARAÚJO, 2009, p. 10). Araújo¹³ afirma que:

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. (...) 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. (ARAÚJO, 2009, p. 10).

A promessa é justamente a base que sustenta as teorias do contrato social, embora o problema seja que, assim como os direitos naturais, o contrato também pode pressupor um momento de deliberação prévia, um momento que coloca o indivíduo em uma situação de escolha racional em que pode refletir e decidir sobre como agir, ou como nomear os próprios direitos, e que, por conseguinte, lançaria o homem à dimensão da promessa e à métrica do contrato. Há nessa situação ideal de escolha um retorno à ideia de um contrato original na linha histórica, que, em determinado tempo e espaço, haveria de ter projetado o indivíduo à alçada da civilização, em oposição à barbárie. Ao pressupor o estado individual, o contratualismo coloca os seus pressupostos em uma posição semelhante a do direito natural, tendo em vista que em ambos toma-se a racionalidade do indivíduo como condição de possibilidade para a nomeação dos direitos.

2.2 As condições *a priori* para a convenção dos direitos

Embora o contratualismo não esteja comprometido com o mesmo tipo de realismo que as doutrinas do direito natural, não deixa de ser curiosa e problemática essa pressuposição em comum de um indivíduo racional – tal qual o ser humano no

estado de natureza. O contrato mais parece, então, o último amparo daqueles que visam explicar a existência de direitos *a priori* e absolutos, e, por mais que as versões contemporâneas não sejam certamente tão ingênuas quanto a versão padrão da modernidade – como a de Hobbes, por exemplo –, todas elas, de certo modo, pressupõem uma posição original idealizada segundo a qual “as partes se situam por trás de um véu de ignorância” (RAWLS, 2008, p. 166)¹⁴, conforme afirma John Rawls; elas pressupõem um momento prévio de negociação ou uma “posição inicial de barganha” (GAUTHIER, 2006, p.190, tradução nossa)¹⁵, segundo David Gauthier¹⁶. Isso não seria um retorno ao mecanismo de justificação dos direitos contratuais a partir de um estado natural? – poderíamos indagar para desestabilizar a postura contratualista. Não seria um retorno ao conceito equivocado de natureza, uma oposição dialética entre contrato e natureza que paira em torno do mesmo fundamento – o homem racional?

Assim, o contrato enfrenta problemas não menores do que os enfrentados pelas doutrinas dos direitos naturais, ainda mais se defendermos um momento histórico no qual existiria um primeiro contrato, fundando os demais pactos que surgiriam dessa primária reunião de vontades. Dadas as devidas proporções, trata-se de uma discussão semelhante à da primeira posse nos modos de aquisição da propriedade, em saber se era legítima a posição do primeiro possessor para que pudesse chamar a propriedade de sua. Nesse caso, a justificativa mais racional é mostrar que somos os primeiros a possuir uma determinada coisa e, em razão disso, legitimados a dizer que a coisa tem dono o qual possui direitos em relação a ela. Nesse sentido, podemos dizer que, sem um movimento prévio de negociação, o contrato – digamos aqui o contrato “moral” – perderia o seu valor e, no fundo, nunca se tornaria legítimo, visto que, sem isso, não teríamos como dizer o que é realmente bom e mau, ou quais são os nossos efetivos direitos.

A pressuposição de um momento individual de deliberação proporciona pensar, no mundo das ideias, em direitos *a priori* e universais, pois, o estado prévio de negociação, além de ser uma situação *a priori* e anterior ao próprio mundo das coisas, é também um situação universal, a qual todo e qualquer indivíduo estaria vinculado em razão de sua humanidade. O problema é que, na vida cotidiana, é muito difícil colocar em prática o momento de negociação, visto que, no dia a dia, somos movidos pela pressão social compartilhada com os nossos semelhantes, que nos exigem condutas e comportamentos que de modo algum terão os seus termos discutidos em uma mesa de negociação. A pressão social é um ponto relevante para a discussão e revela a

importância social dos direitos humanos¹⁷. Porém, ela não é necessária para se dizer que estamos a falar em direitos “morais”, ou até mesmo em exigências que produziríamos a partir das obrigações morais. Não se pode confundir sociedade com moralidade, pois, enquanto a sociedade se explica pelo fato de que nos relacionamos e agimos em ajuste com determinados objetivos, de modo orquestrado, em sintonia com os demais; a moralidade está embutida nos pequenos grupos, na tribo, naquela pequena comunidade de falantes que falam a mesma língua sobre os valores morais, de falantes que passam, inclusive, a reivindicar aquilo que percebem como um direito.

A pressuposição de uma situação prévia de diálogo é insuficiente para normatizar o comportamento humano e, por conseguinte, determinar os valores morais, ou dizer o que são, de fato, os direitos. O máximo que se pode afirmar é que os seres humanos negociam, barganham, fazem acordos entre si, que, no mais das vezes, são respeitados e obedecidos. No entanto, não se pode dizer propriamente o que é o correto e o verdadeiro para figurar em um contrato, nem quais são as cláusulas mais racionais e as quais devemos prontamente aderir. Sem interferirmos no conteúdo do contrato ou no seu mérito – e sem dizer propriamente o que é o bem e o mal, ou quais devem ser os direitos humanos –, podemos apenas descrever o comportamento cooperativo dos homens ao usarem um instrumento, como o é o contrato, para articular o seu relacionamento com os outros.

3 A encruzilhada entre contrato e natureza

Ao fim e ao cabo, o contrato cai na mesma armadilha que o direito natural, ao pressupor a ideia de emancipação humana por meio de títulos convencionados que lhe conferem direitos. Imagina-se um homem racional situado em um cenário conjectural de liberdade e igualdade, em uma situação apropriada a atribuir direitos absolutos e *a priori* ao homem, direitos anteriores à sua existência mundana, mas presentes no coração de todos, como ordem, como lei, como comando hipotético habilitado a governar a mente humana. Essa situação é não mais do que hipotética e, diante da paisagem metafísica que se desenha a partir dessas tradições filosóficas, seja qual caminho optarmos seguir, seja pela trilha do direito natural, seja pela via convencional do contrato, verificar-se-ão, tanto em uma quanto em outra, as raízes liberais do projeto iluminista, que dão vazão a uma exagerada ênfase e exaltação ao sujeito racional detentor de direitos. Trata-se de um projeto inspirado nas revoluções do século XVIII e

em suas aclamadas declarações¹⁸, em uma pintura do homem que pode se emancipar dos seus próprios instintos, um homem consciente dos seus próprios atos e dos valores que habitualmente impõe aos fatos, como se possuísse uma vontade verdadeiramente livre para escolher entre o certo e o errado e fosse propenso a fazer acordos.

O ideal da razão presente na atual discussão dos direitos humanos não passa de uma herança empoeirada que se perpetua nas teorias contemporâneas, deixando sobressair o rastro de um grande equívoco que, talvez sob a égide dos direitos naturais e também do contratualismo, tenha sido estimulado a subestimar a sua própria natureza e os instintos e impulsos realmente naturais do ser humano. Com isso, passamos a ver o homem como uma natureza humana universal, como dignidade humana, um ser humano que possui razão e, por conta disso, é superior e diferente aos outros animais. Intentamos, assim, uma fundamentação absoluta dos direitos humanos, como se o fato de nos respeitarmos mutuamente dependesse de nossa humana natureza universal. Diz Rorty:

(...) não está claro porque “o respeito à dignidade humana” – nosso sentido de que as diferenças entre Servo e Muçulmano, Cristão e pagão, gay e heterossexual, masculino e feminino não deveriam ter importância – deve pressupor a existência desse atributo [a existência de uma natureza humana universal]. (RORTY, 1993, p. 116, tradução nossa) 19

A análise contemporânea dos direitos reivindica justamente essa herança da natureza humana universal ao reproduzir o ritmo do Século das Luzes ainda hoje, quando se ambiciona, à luz do Iluminismo, a encontrar uma resposta à indagação kantiana sobre o que é o homem²⁰, remontando, então, aos meados da modernidade, quando pensadores como Hobbes²¹, Locke, Rousseau e, principalmente, Kant julgaram desenhar um “ser humano” capacitado a deliberar e governar racionalmente o rumo de suas condutas e comportamentos. A modernidade, no final das contas, legou a ambiciosa promessa de um ser humano livre e racional, possuidor de direitos inatos a sua humanidade, capaz de entender e aceitar os benefícios da paz social e, por artifício de sua própria consciência, respeitar tudo aquilo que diga respeito ao próximo. Por certo, tal promessa nunca foi cumprida, nem mesmo será. O homem está largado às intempéries do mundo muito mais do que amparado pelos cuidados de sua própria razão.

Tantos equívocos escondem-se sob os escombros da concepção antropológica herdada pela promessa emancipacionista da modernidade, que oscilam e titubeiam entre a natureza e o contrato, na medida em que tanto a natureza do sujeito quanto o seu desdobramento na linha histórica podem constituir uma ilusão dialética a ponto de transparecer a ideia de que é possível um homem emancipado e, portanto, livre e igual aos outros.

A história, aliás, é refém submetida ao domínio de uma natureza como essa, uma natureza racional, que fornece um sentido teleológico à sua existência. A história, por seu turno, tenta colocar o homem dentro do mundo como um sujeito capaz de entrar em consenso ao produzir contratos e acordos, mas falha ao se constituir em movimento inevitável que, em blocos, desloca os acontecimentos na linha temporal à procura do progresso e de sua própria finalidade. Assim, se não falamos em direitos naturais – como aqueles direitos inatos e inerentes à nossa natureza –, falamos em direitos contratuais, ou mesmo em direitos históricos²², frutos da nossa capacidade racional para submeter o nosso interesse pessoal ao interesse comum. Fala-se, então, em direitos históricos para mostrar o desenvolvimento racional do ser humano que atinge o cume da linha histórica ao se reconhecer como humano por meio da linguagem dos direitos. Paralelamente a isso, conta-se uma história da humanidade que é avessa a sua própria natureza, uma recusa ao que o homem é de fato; uma história que é idealizada, narrada sempre a favor da natureza racional do ser humano.

Assim, quando pensamos na ideia de um contrato social, ou mesmo em direitos situados em uma história ideal, corremos o risco de realizar a mesma manobra que as doutrinas dos direitos naturais, em especial quando recorrem a noções como um primeiro contrato originário na linha histórica ou um momento prévio de negociação anterior a qualquer tipo de vida social. Tais teorias caem no mesmo erro da pressuposição do estado de natureza e, como conclusão desse debate, resta apenas verificar que tanto as doutrinas do direito natural, quanto o historicismo ou o contratualismo, estão submetidos ao crivo de racionalidade estabelecida pelas teorias liberais do século XVIII. Disso também é possível concluir que a posição contratualista não deixa de ser a mais plausível, justamente porque é mais contextual, porém, não resolve os problemas deixados em aberto pelos direitos naturais, pois também pressupõe um homem livre e apto a proferir escolhas racionais para decidir o que é o bem e o mal, ou quais são os direitos que devemos incondicionalmente respeitar. Diante da encruzilhada entre natureza e contrato, podemos, como de costume, escolher um dos

lados e passar a defendê-lo com unhas e dentes, visando, no fundo, defender uma concepção do direito e da moralidade a partir de um ser humano livre e racional, pois, seja por qual lado optarmos estar, ainda assim, estaremos a defender e a inflamar uma concepção sobre o sujeito de direito, comprometendo-nos, mais do que isso, com alguma tese metafísica sobre a pessoa humana.

Poderíamos, então, nos perguntar se haveria alternativa à polarização entre direito natural e contrato para compreendermos a natureza dos direitos quando contrapostos à moralidade. Sim, desde que abandonemos a metafísica do valor absoluto e a ideia de um estado de natureza como fundamento para os direitos *a priori* e universais, como o são considerados ainda hoje os direitos humanos. Não temos como fundamentar direitos e só nos resta como alternativa à investigação sobre os direitos humanos a descrição do processo de enunciação dos direitos, isto é, como os direitos são ditos e reivindicados. Essa alternativa passa por um sistema de exigências mútuas e recíprocas ao qual todos os homens estariam vinculados pelo simples fato de viverem em grupo e estarem comprometidos aos outros seres humanos por meio de obrigações que surgem das promessas que fazemos uns para os outros de maneira tácita ou não.

Essas exigências por direitos não se constituem exatamente como “direitos” porque não estão positivadas em um ordenamento jurídico-normativo, nem foram ditadas como direito por suas instituições legais. Essas exigências não são inatas e, por certo, só poderiam surgir de um contrato entre as partes envolvidas, ou das promessas e obrigações que tecemos uns com os outros. Com efeito, ao assumirmos um ponto de vista simpático à feitura de acordos e pactos, não podemos pressupor um momento prévio de negociação no qual seríamos livres para negociar e barganhar os nossos pactos e acordos. As exigências as quais estamos a nos referir são produzidas por seres humanos que estão, naturalmente, inclinados a viver em sociedade, ou em pequenas comunidades. Como vivem em sociedade, não podemos pressupor um estado de natureza para o homem, muito menos um momento prévio de barganha. Os acordos surgem, pois, dos vínculos sociais e afetivos, de modo que nem sempre esses acordos são debatidos e discutidos a partir de critérios racionais que esquematizam as suas cláusulas. O contrato também é fruto do intenso e vibrante movimento das paixões e dos sentimentos morais que brotam em toda natureza humana.

Considerações Finais

A ideia de que os direitos podem ser deduzidos a partir de um critério estabelecido *a priori*, seja por meio dos direitos naturais, seja por meio de um contrato original, encontra no seu ponto de partida o mesmo pressuposto: o marco metodológico é a abordagem do indivíduo a partir de sua condição natural ou a partir de um momento prévio de negociação racional entre os homens. Disso deriva a ideia ilusória de que os direitos humanos existem enquanto direitos gerais, ou enquanto direitos válidos para todas as pessoas do universo; uma ilusão respaldada, em certo sentido, no fato de que as pessoas costumam falar em direitos que possuímos em razão de nossa humanidade, mesmo quando esses “direitos” não estão positivados em um ordenamento jurídico ou mesmo quando não derivam de um acordo específico de vontades. Com efeito, a metafísica não se esconde apenas atrás das doutrinas dos direitos naturais. Ela também sabe ser impiedosa com os contratualistas, que põem fé na razão e julgam encontrar no acordo racional a solução para os problemas que afetam a tese dos direitos naturais.

O fato de que as pessoas falam em direitos absolutos não os transforma em direitos que sejam realmente universais e *a priori*. Nossa investigação não pode mais do que descrever o fenômeno da reivindicação por direitos. Pode observar, inclusive, que os direitos humanos, assim como qualquer direito específico, surgem a partir de promessas fixadas entre os seres humanos na esfera pública, quando se interage coletivamente no jogo de relações provocadas por obrigações morais. Isso significa, por si só, a recusa do jusnaturalismo, pois invalida o seu estado individual de natureza ao qual se poderia atribuir direitos puros, inatos e inerentes à natureza humana. No entanto, se não tomarmos cuidado, poderemos nos envolver em um novo movimento metafísico, agora de cunho contratualista, isto é, um movimento em prol das promessas e do contrato, valendo-se de uma proposta consensual fundada na regra da maioria e no acordo racional entre interesses e vontades individuais para dizer o que são os direitos humanos.

Notas:

¹ Professor dos Cursos de Direito e de Relações Internacionais da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, Rio Grande do Sul, Brasil.

² No caso da dogmática jurídica brasileira, não é difícil notar que retomamos uma justificação dos direitos a partir da “vontade” do seu titular, conforme influência do jurista alemão Bernhard Windscheid (1817–1892), que tomou o ser humano racional como ponto de partida para a fundamentação dos direitos, um ser humano que seria livre e poderia agir e controlar a ação dos outros com base em uma capacidade da razão para escolher, demandar e renunciar aos direitos. No que tange aos programas de fundamentação dos direitos humanos, o resquício metafísico que impregna as suas teorias reside na definição dos direitos humanos a partir do indivíduo e da vontade autônoma, ou do conceito de *facultas agendi*, o que enseja a definição do direito como possibilidade (isto é, como prerrogativa, autorização, permissão) que a norma dá ao seu portador para exercer determinada conduta descrita na lei em conformidade com as suas escolhas individuais. Os direitos serviriam, pois, para promover e patrocinar “escolhas” ao ser humano. Ao ser humano que, movido por uma faculdade racional, não só realizaria promessas e empenharia a sua palavra, como também julgaria moralmente, distinguindo o bem do mal em conformidade com os ditames de sua própria consciência. Ao possuir um direito, o seu portador passaria a exercer o controle da obrigação (seja ela jurídica ou moral), o controle perante o responsável do dever, em conformidade com o seu próprio juízo e razão.

³ Em nossa opinião, a expressão “exigências morais por direitos” pode ajudar a compreender aquelas exigências e reivindicações por supostos “direitos” que (ainda) não foram positivados em lei, ou que vão contra o ordenamento jurídico e os direitos legais – por exemplo, reivindicações por uso de drogas, aborto, eutanásia, dentre outras exigências que, até segunda ordem, ferem o ordenamento jurídico vigente de vários países. Essas exigências estão presentes em manifestações populares que reivindicam aquilo que muitos autores classificam como “direitos morais”, isto é, direitos que existiriam mesmo sem a existência de um ordenamento jurídico. O problema é que os projetos de fundamentação dos direitos humanos recorrem às doutrinas dos direitos naturais ou às teorias do contrato social para referendar esses hipotéticos direitos, conforme vamos abordar nas próximas páginas do presente artigo.

⁴ “**Natural rights** is simple nonsense: natural and imprescriptible rights, rhetorical nonsense – nonsense upon stilts. But this rhetorical nonsense ends in the old strain of mischievous nonsense: for immediately a list of these pretended natural rights is given, and those are so expressed as to present to view legal rights. And of these rights, whatever they are, there is not, it seems, any one of which any government **can**, upon any occasion whatever, abrogate the smallest particle”. (BENTHAM, 1987, p. 53, grifos do autor)

⁵ “Of course, it is also an open question whether there **are** any human rights and, if so, just what those rights are. All of the rights that have been characterized as “natural rights” in the leading manifestoes can also be called human rights, but, as I shall be using the terms, not all human rights are also by definition natural rights. The theory of natural rights asserts not only that there are certain human rights, but also that these rights have certain further epistemic properties and a certain metaphysical status”. (FEINBERG, 1973, p. 85, grifo do autor)

⁶ (...) “natural rights theories are committed to the realist model and to the accompanying claim of the objectivity of rights”. (SUMNER, 1987, p. 108)

⁷ Rabossi critica os projetos de direitos humanos a partir de Gewirth (1984) e Nino (1989), pois ambos apresentam uma análise racional dos princípios do fundacionalismo dos direitos humanos. Segundo Rabossi, os argumentos desses autores não se adaptam aos fatos do mundo. Ver: RABOSSO, 1990, p. 166.

⁸ “La cultura de los derechos humanos (o el fenómeno de los derechos humanos) es, en nuestro tiempo, un hecho-del-mundo”. (RABOSSO, 1990, p. 161)

⁹ (...) “philosophers should think of this culture as a new, welcome fact of the post-Holocaust world”. (RORTY, 1993, p. 115)

¹⁰ “Los filósofos han de tener en cuenta los **hechos-del-mundo**”. (RABOSSO, 1990, p. 161, grifos do autor)

¹¹ “Mi opinión principal es que el mundo ha cambiado, y que el fenómeno de los derechos humanos convierte el fundamentalismo de los derechos humanos en pasado de moda e inaplicable. (...) Esto no significa que los filósofos hayan de permanecer callados ante los derechos humanos. Por el contrario, es un campo donde se necesita perspicacia filosófica:

1. para diseñar un marco operativo conceptual con el fin de describir y valorar el fenómeno de los derechos humanos;
 2. para ayudar a la clarificación conceptual de los términos clave, de las dificultades normativas y problemas de diseño;
 3. para elaborar la importancia filosófica de lo que he venido llamando “el punto de vista teórico”.
- (RABOSSO, 1990, p. 174-175)

¹² Ver o clássico artigo de Richard Hare sobre o jogo da promessa: HARE, 1967, p. 15.

¹³ Ver também: ARAÚJO, 2007a, p. 137–165; 2010, p. 3 – 15.

¹⁴ (...) “the parties are situated behind a veil of ignorance”. (RAWLS, 1999, p. 118)

¹⁵ *initial bargaining position* (GAUTHIER, 2006, p.190)

¹⁶ Ver Araújo sobre Gauthier: “(...) a escolha racional é aquela que incide, não sobre ações isoladas, mas sobre um tipo de disposição.” (ARAÚJO, 2009b, p. 14; 2007a, p. 143; 2007b, p. 55–77; 2010, p. 8).

¹⁷ Ver Joel Feinberg, 1992, p. 175.

¹⁸ Revolução Gloriosa (1688) e textos como *Habeas Corpus Act* (1679) e *Bill of Rights* (1689); Revolução Americana e Declaração de Independência dos Estados Unidos (1776); e, por último, Revolução Francesa e Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789).

¹⁹ (...) it is not clear why “respect for human dignity” – our sense that the differences between Serb and Muslim, Christian and infidel, gay and straight, male and female should not matter - must presuppose the existence of any such attribute [the existence of a universal human nature]. (RORTY, 1993, p. 116)

²⁰ Kant define o ser humano a partir das “*faculdades superiores do conhecimento*”, a saber, “o entendimento, a faculdade de julgar e a razão” (KANT, *CRP* A131, 2008, p. 175), colocando, então, o homem acima de qualquer outro animal. Por meio de uma dedução transcendental, Kant prescreve a emancipação do ser humano, deduzindo um homem esclarecido que atingiu a maioridade no uso da razão.

²¹ Os contratualistas tomam a vontade livre como o toque de arranque para a extração do contrato a partir dos direitos naturais. Hobbes define o direito de natureza como “(...) a liberdade que cada homem possui de usar seu próprio poder, da maneira que quiser, para a preservação de sua própria natureza, ou seja, de sua vida; e conseqüentemente de fazer tudo aquilo que seu próprio julgamento e razão lhe indiquem como meios adequados a esse fim.” (HOBBS, 1979, p. 78) [(...) “the liberty each man hath to use his own power as he will himself for the preservation of his own nature; that is to say, of his own life; and consequently, of doing anything which, in his own judgement and reason, he shall conceive to be the aptest means thereunto”. (HOBBS, *Lev* Ch. XIV 1, 1996, p.189).

²² Ver a abordagem de Norberto Bobbio sobre os direitos humanos como direitos históricos: BOBBIO, 2004, p. 46.

Referências

ARAÚJO, Marcelo de. Justiça internacional e direitos humanos: uma abordagem contratualista. **Veritas**, Porto Alegre, v. 52, n. 1, mar. 2007a, p. 137–165. Disponível em:

<<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/veritas/article/viewFile/1865/1395>>.

Acesso em: 20 mar. 2012.

_____. O conceito de pessoa na teoria moral contratualista: uma crítica a David Gauthier. **Síntese**, Belo Horizonte, v. 34, n. 108, 2007b, p. 55–77. Disponível em: <<http://www.faje.edu.br/periodicos/index.php/Sintese/article/viewFile/224/410>>.

Acesso em: 20 mar. 2012.

_____. A fundamentação contratualista dos direitos humanos. **Ética**, Florianópolis, v. 8, n. 3, maio 2009, p. 9–23. Disponível em: <<http://www.cfh.ufsc.br/ethic@/Et08espart02anpof.pdf>>. Acesso em: 20 mar. 2012.

_____. Contratualismo moral e direitos humanos no âmbito das relações internacionais. **Revista Direito e Práxis**, v. 01, n. 01, 2010, p. 3–15. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/viewArticle/1154>>.

Acesso em: 20 mar. 2012.

BENTHAM, Jeremy. Anarchical Fallacies. In: WALDRON, Jeremy. **Nonsense Upon Stilts: Bentham, Burke and Marx on the Rights of Man**. London/New York: Methuen, 1987. p. 46–76.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

FEINBERG, Joel. 1973 **Social Philosophy**. Nova Jérsei: Englewood Cliffs, N.J, Prentice-Hal, 1973. 126p.

_____. 1973. **Filosofia social**. Tradução de Alzira Soares da Rocha e Helena Maria Camacho. Rio de Janeiro: Zahar, 1974. 178p.

_____. The Social Importance of Moral Rights. **Philosophical Perspectives**, Ethics, Ridgeview Publishing Company, v. 6, p. 175-198, 1992. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/2214244>>. Acesso em: 16 dez. 2011.

GAUTHIER, David. 1986. **Morals by agreement**. Oxford: Clarendon Press, 2006.

GEWIRTH, Alan. The epistemology of human rights. **Social philosophy & policy**, v. 1, n. 2, p. 1–24, 1984. Disponível em: <<http://journals.cambridge.org/action/displayFulltext?type=1&fid=3146804&jid=SOY&volumeId=1&issueId=02&aid=3146796>>. Acesso em: 24 maio. 2012.

HARE, Richard. The promising game. In: FOOT, Philippa (ed.). **Theories of ethics**. Londres: Oxford University Press, 1967. Cap. VIII. p. 115 – 127.

HOBBS, Thomas. 1651. **Leviatã**: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. São Paulo: Abril Cultural, 1979. (Os Pensadores).

_____. 1651. **Leviathan**. Cambridge: Cambridge University Press, 1996.

KANT, Immanuel. 1781. **Crítica da razão pura**. Tradução de Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008. 680 p.

NINO, Carlos Santiago. **Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación**. Barcelona: Ariel, 1989. 494p.

RABOSSI, Eduardo. La teoría de los derechos humanos naturalizada. Tradução de Matilde Vivancos Machimbarrena. **Revista del Centro de Estudios Constitucionales**, Madri, n. 5, p.159–175, jan.-mar. 1990. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/68557384/Rabossi-La-Teoria-de-Los-Derechos-Humanos-Naturalizada>>. Acesso em: 23 fev. 2012.

RAWLS, John. 1971. **A theory of justice**. Cambridge / Massachusetts: Harvard University Press, 1999. 538p.

_____. 1971. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2008. 764p.

RAZ, Joseph. On the nature of rights. **Mind**, New Series, v. 93, n. 370, p. 194–214, abr. 1984. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/2254002>>. Acesso em: 6 jun. 2012.

RORTY, Richard. Human rights, rationality and sentimentality. In: SHUTE, Stephen; HURLEY, Susan (ed.). **On Human Rights: the 1993 Oxford Amnesty Lectures**. Nova Iorque: Basic, 1993. p. 111-134.

SUMNER, Leonard Wayne. **The moral foundation of rights**. Nova Iorque: Oxford University Press, 1987. 224p.

TUGENDHAT, Ernst. 1993. **Lições sobre ética**. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 2003.