

O FUNDACIONISMO FILOSÓFICO EM DIREITOS HUMANOS

THE PHILOSOPHICAL FOUNDATIONALISM IN HUMAN RIGHTS

RODOLFO DE FREITAS JACARANDÁ¹
(UNIR/Brasil)

RESUMO

A ideia de direitos humanos se transformou, gradualmente, no século XX, no discurso normativo primordial das relações internacionais. Nascido a partir de exigências práticas muito bem definidas, o vasto conjunto legal de normas de direitos humanos foi construído, contudo, por acordos complexos que escondiam contradições teóricas fundamentais. Neste trabalho vou analisar os termos da discussão contemporânea sobre a possibilidade de fundamentar filosoficamente, ou não, os direitos humanos. O artigo recupera parte do histórico debate filosófico de formação da Declaração Universal dos Direitos Humanos e reconstrói os argumentos de fundacionistas normativistas e fundacionistas substantivistas, com a finalidade de demonstrar a capacidade de cada conjunto teórico para lidar com os desafios de encontrar coerência entre a justificação racional e a aplicação prática dos direitos humanos.

Palavras-chave: Direitos humanos; Fundacionismo; Teorias normativas; Teorias substantivas.

ABSTRACT

The idea of human rights has become gradually in the twentieth century the primary normative discourse of international relations. Born out of well-defined practical requirements, the vast legal set of human rights norms was constructed, however, by complex agreements that concealed fundamental theoretical contradictions. In this paper I will analyze the terms of the contemporary discussion about the possibility of philosophically grounding, or not, human rights. The article recovers part of the historic debate on the formation of the Universal Declaration of Human Rights and reconstructs the arguments of normative foundationalists and substantive foundationalists to demonstrate the ability of each theoretical set to deal with the challenges of finding coherence between rational justification and the practical application of human rights.

Keywords: Human Rights; Foundationalism; Normative Theories; Substantive Theories.

Introdução

Quando a ideia de direitos humanos apareceu formulada nos textos de panfletos revolucionários do século XVIII a compreensão da extensão de seu significado estava bem longe das reflexões atuais. As lutas históricas que levaram ao ressurgimento da linguagem dos direitos humanos após a segunda guerra mundial não impediram que as

incertezas sobre a verdadeira natureza dessa forma especial de direitos criassem obstáculos quase intransponíveis para sua aplicação.

Há poucas décadas, contudo, o fortalecimento institucional e o reconhecimento cada vez mais acentuado da importância dessas normas para as relações entre Estados, organizações e grupos sociais vem conferindo a esse conjunto de direitos força normativa cada vez maior. Ao mesmo tempo, resolver as imprecisões conceituais que sempre estiveram presentes nas discussões sobre o assunto vem se tornando cada vez mais relevante.

O que e quais são, propriamente, os direitos humanos? A validade universal é um requisito para a definição? Os direitos humanos seriam mais compreendidos como direitos morais, normas jurídicas ou padrões políticos de civilidade que devem inspirar os povos, mais do que impor obrigações? Existe hierarquia ou precedência entre direitos humanos? Se não existe, porque somente a ofensa a alguns desses direitos é punível? Legislar direitos aparentemente irrealizáveis vale a pena?

Com o objetivo de ajudar a entender melhor as iniciativas filosóficas contemporâneas que buscam fundamentar os direitos humanos para resolver os problemas apontados vou analisar, a seguir, os termos iniciais dessa discussão, desde a elaboração da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), da Organização das Nações Unidas, de 1948, até os críticos recentes mais severos do fundacionismo clássico, como Alasdair McIntyre e Richard Rorty (1). Após, apresentarei os argumentos de alguns autores que defendem o fundacionismo das teorias normativas, especialmente Alan Gewirth e James Griffin (2). Na seção seguinte analisarei os argumentos das teorias substantivas, concentrando minha avaliação em Jeremy Waldron, Mathew Liao, Jack Donnelly e John Tasioulas (3). Ao final, farei um resumo das críticas positivas e negativas a cada grupo teórico, concluindo a favor da necessidade de uma melhor compreensão da complexidade das demandas globais de direitos humanos, o que, provavelmente, exigirá um esforço maior de integração do que o que vem ocorrendo atualmente.

Os termos da discussão

Desde o processo de elaboração da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) entre 1947 e 1948 a discussão sobre a fundamentação filosófica é um problema

com consequências teóricas e práticas para a interpretação e a aplicação dos direitos humanos.

Em 1946, a Comissão de Direitos Humanos da ONU determinou à Seção de Estudos de Filosofia e Humanística (SEFH) da UNESCO a elaboração de uma conferência internacional para debater os princípios que deveriam fundamentar uma declaração moderna dos direitos do homem (GLENDON, 2002; GOODALE, 2017). Embora a Comissão da ONU fosse composta por juristas e filósofos experientes, como John Humphrey e René Cassin, à frente desse trabalho pela UNESCO estavam o jovem intelectual francês Jacques Havet, então com apenas 27 anos de idade, diretor da SEFH, e o diretor geral da agência, o britânico Julien Huxley.

O trabalho de Huxley e Havet foi conduzido sob enorme pressão do tempo. Em 27 de março de 1947 eles enviaram ao governo de diversos países o “Memorandum UNESCO/Phil/1/1947”, convidando agentes políticos e intelectuais a opinarem, em no máximo 4.000 palavras, sobre os valores e fundamentos que deveriam constar de uma lista de direitos universais a ser discutida numa “conferência de filósofos”. Essa lista deveria servir de base para a Declaração (UNESCO, 1947a). Em 31 de julho de 1947, em novo Memorandum (UNESCO/Phil./10/1947), a subseção de Havet relata para a UNESCO um esboço do texto da Declaração, afirmando que a preparação desse documento estava sendo um trabalho bem mais complexo do que parecia no início (UNESCO, 1947b, p. 1).

Havet e Huxley enviaram cartas a pensadores e intelectuais das mais diversas áreas do conhecimento de todo o mundo, incluindo T. S. Eliot, Bertrand Russel, Gandhi, John Dewey, Merleau-Ponty e Sartre. Das pouco mais de 150 correspondências enviadas por volta de 56 ou 58 retornaram (GOODALE, 2017, p. 10)². T. S. Eliot respondeu a Huxley afirmando que uma declaração como a que estavam concebendo seria um verdadeiro ‘tecido de ambiguidades’, cujas consequências poderiam ser ‘maliciosas’ (GOODALE, 2015, p. 9). Dentre os filósofos franceses mais importantes consultados somente Jacques Maritain respondeu à solicitação e trabalhou ativamente na redação final da DUDH, cabendo a ele escrever a introdução da Declaração e boa parte da estrutura geral do texto final (UNESCO, 1948).

A preocupação da subseção de filosofia era a de chegar a um consenso sobre um texto comum que representasse uma sonhada universalidade de princípios e normas,

responsável por unificar um mundo dividido após o fim da maior guerra moderna. Esse universalismo seria possível? Que forma assumiria? Quais valores principais definiram a estrutura desse conjunto normativo? Como lidar com as enormes diferenças culturais e políticas diante dos desafios reais da internacionalização?

O interesse pela história do trabalho da comissão de Havet e Huxley aumentou por volta dos anos 1990, com o fim do bloco soviético e a expectativa de que a linguagem dos direitos humanos ocupasse o lugar das diretrizes ideológicas que haviam dominado as arenas internacionais durante a guerra fria. Até aquele momento, os estudos sobre fundamentação filosófica dos direitos humanos ocupavam um lugar secundário entre pesquisadores da filosofia, do direito e da política, predominando sobre esse cenário a sentença famosa de Maritain, segundo a qual somente fora possível chegar a uma lista de direitos “desde que ninguém perguntasse pelos porquês” (UNESCO, 1948, p. 4).

Os “porquês” (*that why*), afirmou Maritain, deveriam ser o começo de tudo. Mas a ONU tinha a pretensão de cumprir uma tarefa de natureza prática, definindo direitos para, posteriormente, nos termos propostos pelo próprio Maritain, conseguir estabelecer os valores que seriam os conteúdos materiais dos direitos a serem defendidos e os critérios que permitissem a aplicação correta desses direitos³.

A DUDH, a rigor, não era norma jurídica quando foi promulgada em 10 de dezembro de 1948 – embora a Assembleia Geral da ONU viesse a exigir que todos os membros da organização fizessem o compromisso de obedecê-la e aplicá-la. O conjunto normativo de direitos humanos decorrente da DUDH foi sendo construído aos poucos, especialmente após a elaboração dos dois principais tratados que dão forma e conteúdo jurídico à Declaração, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), ambos de 1966. A partir de meados dos anos 1990 uma sólida legislação internacional estava pronta para ser utilizada como referência moral, política e jurídica nos conflitos globais que se sucederam ao fim da União Soviética⁴.

Nesse momento histórico, contudo, a linguagem dos direitos humanos se transforma, ao mesmo tempo, em padrão de referência moral para as demandas civilizatórias da humanidade, e em um discurso inadequado e mesmo injusto de intervenção sobre povos e culturas diferentes. De certa forma, havia chegado o momento

de enfrentar os “porquês”, enfrentamento esse adiado pela óbvia falta de eficácia dessa legislação durante toda a segunda metade do século XX.

Nas últimas três décadas, a pesquisa sobre fundamentação filosófica dos direitos humanos cresceu bastante, espelhando o paradoxo entre um bem estabelecido conjunto de legislações e padrões morais em plano internacional e a falta de uma coerente fundamentação filosófica que possa ajudar a resolver os principais conflitos decorrentes da necessidade de aplicar essas normas e padrões a casos concretos, complexos e em larga escala (FREEMAN, 1994, p. 500).

Pensadores fundacionistas e antifundacionistas se dividem entre uma postura mais ou menos universalista, para a qual normas e valores básicos deveriam ser aplicados globalmente; e uma abordagem relativista do problema, mediante a qual a defesa de visões particulares, contingentes e históricas sobre direitos e obrigações precisa ser fortemente considerada.

Ainda no século XX, Alasdair MacIntyre (2007) e Richard Rorty (1993) lideraram uma crítica culturalista à ideia normativa de direitos humanos, ressuscitando um apelo antinaturalista já visto em Bentham e em boa parte da crítica utilitarista contra o naturalismo iluminista.

Amparado pela argumentação do jurista argentino Eduardo Rabossi no texto *La teoría de los derechos humanos naturalizada*, de 1990, e refletindo sobre a “cultura dos direitos humanos” criada após a segunda-guerra mundial, Rorty alegou que a busca por fundações filosóficas para os direitos humanos era um esforço inútil (useless), uma espécie de regresso metafísico ao infinito, fadado ao fracasso. Rabossi separou os fundacionistas em dois grandes grupos: *fundamentalistas brandos* e *duros*. O segundo grupo se destacaria do primeiro por insistir em fundamentar a teoria dos direitos humanos em uma teoria rígida da moral (1990, p. 160). Esse esforço metaético, de encontrar provas e fundamentos para a existência dos direitos humanos, MacIntyre, em *After Virtue*, o comparou ao de provar a existência de “bruxas e unicórnios” (McINTYRE, 2007, p. 69). Apesar de concordar com Rabossi, Rorty não entendia porque o autor argentino não estendeu sua avaliação de uma crítica ao fundamentalismo em direitos humanos para uma crítica ao fundamentalismo moral. Para Rorty, o erro intelectual seria o mesmo. Michael Freeman lembra que a posição de Rorty difere da de MacIntyre: para este os direitos humanos são uma espécie de erro ontológico; enquanto que para Rorty, apesar de não ser

possível fundamentar a existência dos direitos humanos, é possível apoiar a luta por tais direitos desde que ela seja compreendida como um compromisso com normas derivadas de valores contingentes e históricos. Freeman afirma que é necessário manter uma abordagem cautelosa sobre o assunto. Diante de governos opressivos, ele insiste, a apologia ao relativismo cultural, que trata a doutrina dos direitos humanos como uma “contingência histórica precária”, pode acabar servindo de *presente para tiranos* (FREEMAN, 1994, p. 497-498).

O fato é que essa abordagem antifundacionista, típica do relativismo cultural filosófico, comumente esbarra no desafio de lidar com os conflitos cada vez mais intensos de um mundo globalizado e cada vez menor em suas fronteiras. Diante das incertezas típicas dos confrontos interculturais, o apelo a padrões decisórios ajustados entre representantes estatais se tornou um refúgio que consagrou o modelo normativo da ONU, o qual foi estruturado sobre os alicerces do jusnaturalismo, defendido por Maritain.

Contra esse tipo de evocação naturalista, mas, ainda em busca de soluções generalizantes, uma forte crítica funcionalista se impôs entre defensores de uma visão política dos direitos humanos, em sua maioria liderados pela proposta de John Rawls em *O direito dos povos* (2001), sob as premissas de *Uma teoria da justiça*. Em geral, o funcionalismo político em direitos humanos acusa a proposta fundacionista de ser incoerente com a diversidade de propósitos das normas de direitos humanos. Para lidar com as incertezas acerca dos fundamentos o sucesso prático do modelo normativo deveria servir de guia para outras formas de estabelecer consenso. Nesse caso, os principais argumentos dos funcionalistas políticos são a racionalidade negocial envolvida nos processos decisórios coletivos e a maior eficácia do convencionalismo contemporâneo.

Como bem aponta John Tasioulas o fundacionismo tradicional, cedendo às pressões por coerência metodológica, comete o erro de restringir demais os valores que sustentam a existência dos direitos humanos; mas a solução oferecida pelos funcionalistas entrega o problema nas mãos de instituições cujas visões pragmáticas podem ser descompromissadas do núcleo central da ideia de direitos humanos – ou seja, chegar a um bom acordo nem sempre significa proteger a vida de todas as pessoas envolvidas (TASIOULAS, 2012, p. 2).

Para Tasioulas, o funcionalismo político de pensadores como Joseph Raz (2010a; 2010b) e Charles Beitz (2009), assim como o fundacionismo universalista, de autores

como Alan Gewirth (1978), James Griffin (2008) e Jeremy Waldron (2012) se equivalem por aceitarem a influência do pensamento universalista kantiano – de modo mais ou menos rígido. A divergência entre os dois grupos é a posição do primeiro em defesa do convencionalismo, com margem aberta para avaliações consequencialistas; enquanto os fundacionistas geralmente optam por teorias morais do agir normativo (*agentes-based theories*) ou teorias que defendem a provisão de necessidades básicas das pessoas (*needs-based theories*) para fundamentar pretensões de validade de direitos humanos em esfera global (TASIOULAS, 2013, p. 46-47).

Um aspecto interessante da reflexão é que fundacionistas ávidos por coerência e funcionalistas pautados pela eficácia chegam, quase sempre, a pelo menos um resultado semelhante: o minimalismo jurídico (*minimal rights*) ou político (*basic standards*) (IGNATIEFF, 2000). Essa conclusão – avaliar como direitos humanos um grupo mínimo de direitos exigíveis universalmente – também é obtida por Habermas, como representante da teoria crítica, o que acrescenta um terceiro grupo de teóricos à discussão (HABERMAS, 2003; 2010; 2012)⁵. Evidentemente, John Rawls se reúne a esse conjunto de pensadores, cujo posicionamento em *O direito dos povos* gera dúvidas até hoje, sobretudo porque ele defende no livro uma visão dos direitos humanos como um subconjunto limitado de direitos condicionantes do funcionamento de sociedades liberais e hierárquicas decentes, mas nem sempre exigíveis para Estados fora da lei (RAWLS, 2001, p. 105-106). A rigor, fundacionistas morais e funcionalistas políticos preocupados com critérios normativos para classificar direitos humanos orientam suas posições para fugir ao que consideram irracionalismo e subjetivismo típico das teorias substantivistas baseadas em valores, promotoras do que pensam ser uma proliferação descontrolada de listas de direitos, sem limites ou critérios claramente definidos.

Roberto Vernengo, em *Human Rights and Axiological Inconsistencies*, argumenta que essa pressão por consistência axiológica tem origem nas discussões teóricas sobre a relação entre valores e normas, algo bastante explícito em Raz, mas que não deixa de ser uma preocupação essencial por parte dos teóricos morais que trabalham com direitos humanos (1989). Vernengo, para quem essa preocupação não devia assumir a importância que acabou assumindo, critica o pensamento de Husserl e Hare e afirma que não pode haver cobrança por perfeição na equivalência lógica entre nossas crenças morais e os fundamentos para estabelecer direitos humanos, mesmo porque, para o autor, essa

“lógica” não existe. Em sua visão, a sobrevivência de "inconsistências axiológicas" não afeta, fatalmente, a estrutura e o funcionamento prático dos direitos humanos. Vernengo afirma que "inconsistências axiológicas, em nível pragmático, (aparentemente) tornam os compromissos em direitos humanos impossíveis" (1989, p. 68). Mas, para ele, é correto afirmar que os direitos humanos podem ser fundados em irracionalidade prática, tanto quanto estamos comprometidos com cursos de ação incompatíveis, sem admitir qualquer violação da sinceridade de nossas intenções (1989, p. 69-70).

Para Tasioulas, os filósofos chegaram tarde ao cenário de debates sobre os direitos humanos (2012, p. 2). Para ele, a tradição de procurar fundamentar ações e normas em um ou poucos princípios que possam embasar uma teoria coerente é inadequada diante da necessidade de abordar esse fenômeno tão complexo. Atento a esse fato, vou analisar na próxima seção o trabalho de alguns autores fundacionistas que se esforçaram para justificar os direitos humanos a partir de uma teoria do agir moral coerente com a necessidade contemporânea de universalizar pretensões de validade em um mundo globalizado. Meu objetivo é identificar corretamente suas posições, e as correlações entre elas, para estabelecer uma crítica atualizada em razão das demandas provenientes do discurso dos direitos humanos.

O fundacionismo e as teorias normativas do agir moral

Versões distintas do fundacionismo em direitos humanos propõem que direitos básicos sejam universalizados e acessíveis a todas as pessoas, independentemente de onde elas estejam, do modo como vivam, de como se organizam suas comunidades e instituições. Algumas dessas versões, decorrentes de teorias do agir normativo, se equivalem com relação a pelo menos dois pontos essenciais que pretendo abordar: a busca por um princípio ou ideia geral que defina todos os direitos humanos e uma configuração mínima admissível como direitos humanos exigíveis, sem contrariar ou colocar obstáculos nas exigências de coerência comuns ao fundacionismo normativo⁶.

Com o objetivo de estabelecer uma teoria dos direitos humanos coerente com o pressuposto da universalização de direitos, o filósofo norte-americano Alan Gewirth propôs que a única base correta para atingir esse fim seria a necessidade de proteger a capacidade para a ação humana. Nos termos de Gewirth, desde que possa exigir direitos

todo ser humano é um agente atual, prospectivo ou potencial (1998, p. 13), e é em face da necessidade de proteger, de modo universal, a capacidade para agir que a base dos direitos humanos deve ser fundada. Em “Reason and Morality”, de 1978, ele afirmou que direitos econômicos e sociais não deveriam ser subsumidos pelos direitos humanos porque não passavam no teste de universalidade e importância (1987, p. 128). Mas, diferente de Rawls, em *O direito dos povos* (Rawls, 2001, p. 106), a distinção entre escalas de importância para Gewirth não era devida a uma análise contextual ou histórica acerca da capacidade de entendimento entre Estados sobre esses padrões; tal distinção seria consequência da natureza lógica da fundamentação dos direitos humanos, cujo cerne ele denominou de Princípio da Consistência Genérica (PCG).

O Princípio da Consistência Genérica, construído para derivar a moralidade de uma teoria da ação, propõe que todo agente moral deve, logicamente, reconhecer ou aceitar que ele próprio tem direito às necessárias condições de ação e de ação bem-sucedida em geral e, por consequência, esse mesmo agente deve também reconhecer que todas as outras pessoas têm o mesmo direito (GEWIRTH, 1996, p. 18).

O argumento de Gewirth estabelece como condição para o reconhecimento dos direitos apenas as condições necessárias para que um agente moral seja reconhecido como tal, em igualdade de condições atribuíveis a todos os outros integrantes da comunidade (*necessary conditions of purposive action*). Tais condições necessárias de ação propositiva são o objeto de toda e qualquer afirmação genérica de direitos, não podendo ser negadas por ninguém que queira ver seus direitos reconhecidos, sob pena de contradição (1987, p. 135). Pelo mesmo motivo (sua racionalidade intrínseca), de acordo com Gewirth, o PCG oferece os critérios morais para a obediência ao direito e ao sistema normativo, bem como justifica o “estado mínimo” (imposição da obediência às leis pela força), o “estado democrático” (garantidor das liberdades e dos direitos políticos) e o “estado de suportes” (condições mínimas para aqueles que não conseguem, por seus próprios meios, exercer a liberdade) (GEWIRTH, 1987, p. 136).

Gewirth considerava que esse “teste empírico de racionalidade” – maximização das pretensões morais perante a universalidade dos integrantes da comunidade – originado na consistência das escolhas morais pudesse resistir melhor ao tipo de crítica enfrentada por Rawls, críticas que acusavam a ideia de “véu da ignorância” e de “posição original” de serem abstratas demais. Ora, dado que, em sua concepção, o mais necessário de todos os

bens humanos é a defesa das condições para poder ser um agente moral, ninguém deixaria de defender essas condições para si e, por consequência, para obter o que quer, esse agente deveria reconhecê-la como devida para todos os outros. Assim, por mais egoísta (prudencial) que fosse, todo agente livre terminaria por agir moralmente (universalização), com a finalidade de não arriscar as próprias condições para ser reconhecido como tal (1987, p. 72-73). Liberdade e bem-estar representariam, portanto, o conteúdo preciso possível de todo direito decorrente de uma teoria formada a partir do PCG – sem incorrer em incongruências. De acordo com Montaña, o PCG é um guia confiável para que um padrão claro e conciso de moralidade assuma o governo das aspirações políticas de modo a realizar um projeto de justiça social (MONTAÑA, 2009; BEYLEVELD, 1991).

Seguindo o caminho de levar uma teoria da moral a uma teoria da sociedade, Gewirth tem em mente combater o que ele define por indeterminação originária das teorias do direito baseadas em teorias da virtude, como no caso de seu maior adversário, Alasdair MacIntyre (WALTERS, 2003). Para Gewirth o bem-estar é de três tipos: básico, não-subtrativo e aditivo. O bem-estar básico consiste em ter as pré-condições essenciais da ação, tais como vida, integridade física e equilíbrio mental. O bem-estar não-subtrativo consiste em ter as habilidades e condições gerais necessárias para manter o nível de realização de uma pessoa e sua capacidade de ação. O bem-estar aditivo consiste nas habilidades e condições necessárias para melhorar o nível de bens e aumentar as capacidades de ação (1987, p. 138). Gewirth considera que a soma desses direitos não seria variável (ou indeterminada culturalmente, em termos de conteúdo) porque eles definem as condições necessárias, não-contraditórias, para não violar os direitos dos outros, impondo-lhes obrigações injustas – requisito fundamental para pensar a teoria do direito e os direitos humanos em pensadores diferentes como o funcionalista Joseph Raz (2010a; 2010b) ou Roger Pilon (fundacionista).

Roger Pilon, pensador ultraliberal, defendeu a teoria do direito de Gewirth alertando para o fato de ser uma característica de seu tempo aquilo que um jornalista da CBS, rede de televisão norte-americana, havia chamado de “explosão de direitos”, culminando na tentativa de fazer prevalecer uma “justiça econômica e direitos humanos”, algo que ele mesmo definiu como sendo uma “tendência para multiplicar direitos sem observar as obrigações correlatas que lhes são logicamente aplicáveis” (PILON, 1979, p 1171).

Analisando o contexto norte-americano das ações afirmativas e das políticas inclusivas para negros e mulheres do governo de Jimmy Carter, Pilon compara a expansão dos direitos sociais e econômicos ao crescimento das políticas econômicas que visam aos benefícios sem observarem os seus custos, resultando, esse comportamento, segundo ele, em grave comprometimento para toda a teoria do direito. Pilon refletia no fim dos anos 1970 o receio dos teóricos normativistas liberais norte-americanos de que a linguagem dos direitos fosse dominada pela linguagem das lutas políticas e sociais que dividiam o país. O apelo fortemente liberal-econômico de seu trabalho o leva a comparar a necessidade de consistência teórica do direito com os parâmetros de equilíbrio entre custos e benefícios, em raciocínio tipicamente utilitarista – Pilon utiliza Bentham para alertar contra os riscos de inconsistência de uma teoria do direito ampla demais em suas concessões.

Naturalmente, Pilon, teórico liberal do agir normativo, não era um utilitarista, no sentido clássico. Justamente por isso, seu mecanismo de contenção dos direitos – a distinção entre direitos de primeira ordem e direitos de segunda ordem – tem por fundamento as limitações ordinárias de uma teoria da moral em oposição a uma teoria dos bens, separando nitidamente direitos positivos e negativos.

Na argumentação de Pilon, predomina sobre as liberdades básicas devidas a todo agente moral o direito de não-interferência. A concessão de qualquer direito ou a própria distribuição de bens decorrente dos direitos implica a discussão sobre as obrigações que os agentes não beneficiários estariam dispostos a assumir em relação aos direitos básicos dos beneficiários. Por esse caminho, Pilon argumenta que os direitos de não-interferência na liberdade são epistemologicamente justificáveis, sob fundações consistentes; o que não é verdadeiro para o idioma da teoria dos bens e dos direitos de grupos – segundo ele, uma verdadeira *Caixa de Pandora* (PILON, 1979, p. 1195).

Eventualmente, alega Pilon, é possível se chegar à conclusão de que é necessário perdoar as dívidas de “devedores indigentes”, elidir as “obrigações contratuais dos insensatos” ou prover assistência aos “necessitados” (*needy*) por meio de redistribuição forçada de bens. Mas isso não deve ocorrer, afirma Pilon, por obrigação jurídica, e sim pela “graça” (*grace*) governamental, concedida na forma de uma “violação dos direitos” (*violation of rights*) (das outras pessoas). Em nível teórico, a ajuda aos necessitados seria uma violação dos direitos, mas também uma violação do compromisso epistemológico

da teoria, já que “benefícios gratuitos não geram obrigações para os beneficiados” (PILON, 1979, p. 1195).

James Griffin também demonstra o mesmo tipo de preocupação que Gewirth e Pilon com a incoerência e irracionalidade do modelo de listas de direitos e concorda que definir a personalidade como base para os direitos humanos é fundamental (2008, p. 33). Mas tanto ele quanto Jeremy Waldron elaboram uma reflexão que inclui elementos substantivos mais fortes em sua base teórica, se distanciando, portanto, do tipo de análise do tema forjado por autores como Pilon ou mesmo por Ronald Dworkin (2014) (GRIFFIN, 2010, p. 342).

Para Griffin, em *On human rights* (2008), a principal tarefa para os estudiosos dos direitos é lidar com a indeterminação do termo provocada pela secularização e pelo abandono dos conteúdos teológicos que consagraram o uso da expressão “direito natural” desde o fim da idade média até o iluminismo. Na análise de Griffin, o próprio significado histórico de “dignidade” humana não foi conhecido em nenhum outro período, nem mesmo foi pensado por filósofos como Mill ou Kant. Mas o fato de a legislação internacional ter assumido a responsabilidade por levar adiante o projeto moderno dos direitos humanos, e o fato de ter partido de ideias tão avançadas quanto a ideia de “dignidade humana” não significa que não temos que enfrentar conflitos constantes entre o que é ou não é propriamente um direito humano (feriados pagos, participação democrática, p. ex.), a ponto de sermos obrigados a reconhecer a incompletude que hoje é inerente ao conceito. A maioria dos critérios utilizados para definir o que é um direito humano, afirma Griffin, é baseada nas expectativas sociais e políticas comuns à época dos primeiros documentos sobre o tema. Como o problema na França revolucionária e nas colônias americanas era lidar com o absolutismo então a ideia base dos direitos humanos nasceu como direitos individuais e políticos. Mas ao longo do século XX o alcance das expectativas cresceu muito, a tal ponto que a bandeira acabou servindo para cobrir uma série de objetos que não sabemos definir ao certo se são direitos realmente humanos (2009, Intro.).

Assim, Griffin define dois pontos de apoio para sua teoria dos direitos humanos: a personalidade (*personhood*) e as práticas sociais (*practicalities*). A personalidade é fundada sobre três valores: autonomia, liberdade e provisão mínima (2008, p. 51); as práticas sociais reúnem o conjunto de exigências reais que materializam as expectativas

de satisfação dos direitos (p. 44). Essa abordagem baseada na personalidade (*personhood approach*) deve ser entendida como a defesa da capacidade para o agir normativo, significando tanto possuir tal capacidade, quanto exercê-la (p. 47); e como todos os seres humanos possuem essa capacidade, os direitos humanos devem ser universais para protegê-la (p. 48). Em razão disso, Griffin defende que somente são aceitáveis direitos humanos que estejam diretamente vinculados à defesa da capacidade para o agir normativo. Como exemplo disso ele exclui o direito ao trabalho, explicando que todos devem ter direito aos recursos necessários para viver como um agente moral, mas esses recursos não precisam, necessariamente, vir do trabalho (p. 207).

Griffin admite, contra boa parte dos pensadores normativistas liberais, que devem existir direitos humanos sociais e econômicos (*welfare rights*), sob a premissa de que não basta manter o corpo vivo (*keep body and soul together*) para ser capaz de agir moralmente. Em sua avaliação, contudo, esses direitos devem garantir o mínimo de recursos necessários para viver como um agente normativo. Esse mínimo invalida, por exemplo, a previsão do artigo 12.1 do Pacto Internacional para os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU, segundo o qual todos tem direito ao “mais alto nível de saúde física e mental” (p. 206). A defesa da personalidade como fundamento para os direitos humanos universalizáveis impõe um limite de corte para as exigências legais, o que não ocorre para as demais exigências que todos podem levar à justiça. Demandas de justiça (*demands of justice*) são ilimitadas e, portanto, diferentes de demandas de direitos humanos (*human rights demands*), as quais são limitadas pelo mínimo universalizável para ser um agente normativo (p. 187).

O fundacionismo nas teorias substantivas em direitos humanos

Os críticos do fundacionismo baseado nas teorias do agir normativo em direitos humanos acusam esses normativistas de escolherem um grupo mínimo de direitos morais para transformá-los em normas jurídicas universais – sem, contudo, oferecer razões satisfatórias para isso.

De acordo com essas críticas, na maior parte dos casos, como aqueles citados anteriormente (Gewirth e Griffin), esse tipo de fundacionismo se esforça para provar que alguns poucos direitos básicos são o necessário para garantir o agir moral, independente

do contexto. Jiwei Ci argumenta que esse tipo de reificação de certos conteúdos morais, convertidos em normas universais básicas, não pode mais apelar para o naturalismo originário da ideia de direitos humanos; em sua análise, é cada vez menos plausível definir como fundamento para direitos humanos universais um princípio formal desprovido de conteúdos substanciais e que se adapte às exigências multiformes que são encontradas na práxis internacional e nas ordens jurídicas internas de países multiculturais (CI, 2005, p. 248).

Em razão dos desafios do relativismo cultural, e das condições objetivas impostas pela realidade histórica, as teorias substantivas ganharam novo fôlego recentemente, especialmente pela capacidade de se adaptarem mais facilmente às exigências desse cenário (LIAO, ETINSON, 2012).

Embora prescrições normativas não devam ser reféns da realidade vigente (DONNELLY, 2003), e nenhuma teoria do direito possa, de fato, suprimir a distância ontológica entre o discurso de justificação e o de aplicação da norma (HABERMAS, 2012), é inevitável reconhecer que o modelo de lista de direitos tem sido mais bem sucedido em atender às demandas por soluções, por vezes contraditórias, oriundas de graves violações de direitos humanos, mesmo que para isso, como afirmou Maritain, tenha sido necessário abrir mão do entendimento sobre suas fundações (BEITZ, 2009).

Argumentos fundacionais atuam como elementos inquestionáveis em um discurso, mas, em praticamente todos os casos relativos aos direitos humanos, esses argumentos fazem apelo àquilo que não podem provar e a algo que depende, em última instância, de algum tipo de concordância convencional – se não universal, a mais ampla possível. Apesar de ser contra os argumentos fundacionais para caracterizar os direitos humanos, Jack Donnelly insiste que teorias substantivas dos direitos humanos são possíveis – e mesmo necessárias. É possível basear uma visão dos direitos humanos em aspectos substantivos se o processo de justificação dessa “substância” for mantido como tema de um acordo, mais do que de uma “prova”. Como “argumentos morais podem ser, ao mesmo tempo, incertos em suas fundações e poderosos em suas conclusões e implicações”, Donnelly defende que o fato de uma teoria ser convencional não significa que ela não possa ser “forte” ou que não possa se impor – para Donnelly esse é o caso do modelo assumido pela Declaração de 1948 (2003, p. 21).

É verdade que a falência das exigências fundacionais dos padrões naturalistas também atingiu o modelo de listas de direitos, como o da DUDH, mas não a ponto de impedir que ele se renovasse, por meio de atualizações que tomam valores, bens e direitos por construções históricas e sociais admitidas (ou, menos repudiadas) globalmente. Uma espécie de convencionalismo pragmático envolvendo valores e seus diferentes significados culturais se impôs à legislação internacional permitindo aos aplicadores dos direitos humanos maleabilidade maior para sua atuação (DONNELLY, 2007).

Inevitavelmente, essa atuação precisa superar a crítica daqueles que enxergam nesse tipo de pragmatismo convencional uma forma irracional e, portanto, injustificável de negociação baseada em interesses, a qual geralmente amplia demais o rol dos direitos verdadeiramente humanos. Adepto de um modelo construtivo dos direitos humanos, Dworkin reconheceu que uma classificação mais abrangente desses direitos favorece ativistas e organizações, pressiona Estados a adotarem mudanças significativas, mesmo que não em todas as áreas, sem diminuir o impacto e a universalidade de que está imbuída a ideia de direitos humanos (DWORKIN, 2014, p. 512). De toda sorte, defensores de teorias substantivas encontram muitas dificuldades em fornecer boas explicações para discernir graus de importância e urgência entre os vários tipos de direitos humanos, preferindo, quase sempre a linguagem da própria ONU, que considera os direitos humanos indivisíveis entre si. Isso não elimina, contudo, a necessidade de justificar porque alguns conteúdos devem informar normas universais e outros não, afinal, a legislação é um processo dinâmico e em desenvolvimento permanente.

Para atingir esse objetivo, não é incomum que pensadores fundacionistas que defendem teorias baseadas em valores assumam uma posição que incorpora as expectativas defendidas pelos teóricos normativistas clássicos, como é o caso de Mathew Liao. Crítico do normativismo abstrato, Liao defende que todos os seres humanos têm direito humano ao que ele define como condições fundamentais para uma perseguir uma vida boa (*Fundamental Conditions Approach*) (2015, p. 79). Liao concorda com James Griffin que é necessário defender, por meio dos direitos humanos, a capacidade para o agir normativo das pessoas, mas afirma que Griffin não obtém sucesso ao fundamentar os direitos humanos por esse caminho, sobretudo porque Griffin exclui de sua avaliação um número elevado de direitos básicos (2015, p. 87).

Para demonstrar esse argumento, Liao explora o exemplo do direito de não ser torturado. Griffin defendeu em *On Human Rights* que o direito de não ser torturado tem por base a proibição de anular a vontade do indivíduo sob tortura – ferindo, assim, seu direito à capacidade de fazer escolhas (GRIFFIN, p. 52-53). Griffin chega a comparar o grave sofrimento psicológico de um cônjuge ao longo de um duradouro casamento infiel ao da breve tortura física momentânea, e argumenta que em ambos os casos não é a maior ou menor intensidade da dor que fundamenta o direito humano. Liao aponta que o argumento de Griffin exclui a possibilidade de fundamentar a proibição à tortura nos casos em que ela inflige dor severa, mas não ao ponto de eliminar a capacidade de fazer escolhas da vítima (LIAO, 2015, p. 88). Nesse caso, o apego ao formalismo imbuído na defesa da tese do agir normativo impediria Griffin, por falta de parâmetros adequados, de refletir mais profundamente sobre o conjunto de ações que precisam ser evitadas pelo direito de não ser torturado e em muitos outros direitos semelhantes.

A tese de Liao propõe que somente a inclusão na reflexão de uma noção de vida boa associada à liberdade e à defesa das condições para alcançá-la pode fundamentar os direitos humanos. Para fugir do argumento da redundância, ou seja, para evitar que haja dispersão na soma dessas condições definindo com direito universal interesses particulares (cada um tem uma visão particular do que seria uma vida boa), Liao, numa aproximação com o pensamento de Martha Nussbaum e Amartya Sen, afirma que é preciso distinguir as capacidades – poderes e habilidades – necessárias e universalizáveis, para que todos possam perseguir as atividades que tornem possível uma vida boa (p. 82).

Mas, apesar de atenta à discussão sobre as condições materiais de vida, a maioria das abordagens substantivistas em direitos humanos tende a definir – mais uma vez, numa espécie de emulação da forma de operar das teorias normativas – um ou alguns valores como sendo o critério ou a base para definir o que e quais são os direitos humanos. Desse modo, eu definiria pelo menos dois tipos de substantivistas: *substantivistas programáticos* – detalham pormenorizadamente os conteúdos essenciais dos direitos humanos, como Liao; e *substantivistas normativistas* – estabelecem um valor/princípio geral/base para definir todos os direitos humanos. Com relação ao segundo grupo, há quase unanimidade em torno da ideia de dignidade como sendo esse valor básico, raciocínio que envolve pensadores tão distintos entre si quanto Charles Beitz (2009), John Tasioulas (2012; 2015), John Rawls (2001); e Jürgen Habermas (2010).

Em uma análise menos restritiva do assunto, a origem dos direitos humanos se divide em duas no que diz respeito ao postulado dos seus valores básicos: o jusnaturalismo proveniente da baixa idade média, que tem em filósofos com Tomás de Aquino sua grande referência, defendendo a vida como premissa de todo sistema de direitos, e que mais tarde verá o auge de seu desenvolvimento em pensadores como Hugo Grotius⁷; e os filósofos contratualistas liberais, como Hobbes e Locke, que defendem a liberdade e as garantias de segurança contra intervenções indevidas como sustentáculo para qualquer sistema justo de direitos. Esse subconjunto de direitos individuais foi historicamente confrontado pelas demandas por direitos sociais já nos processos revolucionários da Inglaterra e da França, motivo pelo qual não se deve afirmar que a precedência histórica pela afirmação de uns poucos direitos individuais defina, rigidamente, a fronteira entre o que deve ser tratado por direito básico e outros direitos humanos que deveriam ser tratados como disponíveis. Mas essa divisão vem sendo superada pelos debates que reúnem em torno de si a definição de dignidade humana, ideia complexa que pretende subsumir valores como liberdade e igualdade e a definição de um modelo real de vida justa e decente para todos.

Como visto anteriormente, James Griffin também utiliza a ideia de dignidade para reforçar os critérios por meio dos quais define e delimita os direitos humanos, embora, em termos substantivos, Griffin seja menos enfático nessa associação do que o jurista norte-americano Jeremy Waldron. Griffin admite a importância da ideia de dignidade para sua análise dos direitos humanos, mas reconhece que a “dignidade da pessoa humana” somente serve de fundamento para os direitos humanos quando ela é definida a partir da defesa da capacidade para o agir normativo – o que, segundo Griffin, é uma ideia que circula desde Pico Della Mirandola (GRIFFIN, 2008, p. 152). Em todos os outros casos em que a ideia de dignidade puder ser traduzida por outros conteúdos ou valores, ela não seria relevante para fundamentar a classe especial dos direitos humanos.

A visão mais jurídica do que propriamente filosófica de Waldron o leva a criticar o apelo filosófico por precisão com relação à complexidade do assunto, afirmando faltar sabedoria para entender que o apanhado multiforme de legislações nacionais e internacionais de direitos humanos responde a vários desafios, nem todos sob as mesmas premissas (2015, p. 137). Debatendo a ideia de dignidade e partindo justamente da análise desse grande e consolidado conjunto de normas Waldron demonstra em “Is dignity the

foundation of human rights?” que é possível compreender a dignidade como fundamento para diversos direitos humanos, mas, em muitos outros casos, é possível identificar a própria dignidade como conteúdo desses direitos (2015, p. 118). Em sua avaliação, o pluralismo fundacional característico do modelo de listas de direitos humanos não deve ser entendido como um problema, por si mesmo, desde que entendamos que a própria caracterização da ideia de dignidade ainda é um trabalho em construção (p. 122). “A dignidade é um *status* que compreende um dado grupo de direitos (p. 134)”, afirma Waldron, mas, indo além, ela também diz respeito não apenas a direitos particulares de um certo *status*, mas corresponde à própria ideia que serve de base (*underlying ideia*) para unificar esses direitos (p. 137). Em “Dignity, Rank and Rights”, de 2012, Waldron afirma que o uso da ideia de dignidade na legislação de direitos humanos consagra a expectativa de atribuir o mais alto nível de posição ou *status* jurídico a todo ser humano. “Dignidade”, afirma Waldron, “é um termo usado para indicar um alto nível de *status* jurídico, político e social, tal como propagada desde a idade média. Dignidade humana, em seu sentido moderno, é, portanto, a ideia de atribuir esse alto nível a todas as pessoas” (p. 63-64).

Uma argumentação um pouco diferente é proposta por John Tasioulas, para quem falta aos fundacionistas normativistas e substantivistas a compreensão da importância de uma abordagem que leve em conta o interesse manifesto das pessoas pelas condições de vida que consideram o fundamento para definir sua dignidade. Para Tasioulas, a defesa de uma abordagem que seja baseada no interesse (*interest-based approach*) pode excluir os erros proporcionados pelo discurso meta-ético dos normativistas abstratos, tanto quanto pode ajudar a resolver o problema das intervenções indevidas promovidas por valores decididos por estranhos no modo de funcionar das diferentes comunidades que serão obrigadas a aceitar normas universais (2015, p. 51-52). Os direitos humanos, afirma Tasioulas, são direitos morais devidos a todos os seres humanos pelo simples fato de sua humanidade, e são fundados no interesse universal que os seus titulares (*right-holders*) manifestam, todos em igual *status* moral de dignidade. Existe, argumenta Tasioulas, uma união íntima entre interesses humanos e o *status* moral dos indivíduos que deve ser respeitado à medida em que são respeitados, protegidos e promovidos seus interesses de formas distintas (2012, p. 9).

A dignidade garante a igualdade de respeito moral devido a todos (normativo), e a atenção voltada para o interesse manifesto, pela ampla participação na definição de

agendas e programas de direitos humanos, garante o aspecto prudencial da teoria, respeitando a pluralidade de visões de mundo para formar um sólido ponto de partida (*grounding role*) (2015, p. 70). Não é possível, contudo, insiste Tasioulas, fundar (*ground*) os direitos humanos sobre valores de base (*underlying values*) cujas características especiais atribuem a esses valores a marca distintiva de um fundacionismo rígido e severo, acima de quaisquer outros valores. Em sua análise, a universalidade dos direitos humanos é conferida pela universalidade moral decorrente do reconhecimento do igual *status* de dignidade que deve ser atribuído a todos os seres humanos. Qualquer definição fundacionista, severa ou moderada, que ultrapasse esse limite para fundar grupos de direitos independente da avaliação dos interesses das pessoas envolvidas não passa de uma fantasia (*obstructive fantasy*) sobre a moralidade humana projetada por filósofos (2015, p. 70-71).

Conclusão

A ideia de direitos humanos surgiu no debate filosófico em meio às ebulições revolucionárias do século XVIII em argumentos fundamentados no direito natural, fonte maior do pensamento jurídico da época.

O desenvolvimento lento e tardio da ideia manteve suspensa a necessidade de revisão de seus fundamentos. Desde os anos 1980-1990, contudo, os debates sobre a fundamentação filosófica dos direitos humanos vêm aumentando de intensidade, à medida que a exigência prática de aplicação dessas normas começou a revelar conflitos e incoerências cada vez mais acentuadas.

Atualmente, pensadores fundacionistas se dividem em subcorrentes teóricas que se opõem, quase ao mesmo tempo em que se utilizam dos elementos característicos umas das outras.

Dentre as vantagens alegadas pelo fundacionismo normativista estão a oferta de critérios de validação para definir o que é e o que não é direitos humanos. Seus defensores afirmam que essa proposta passa no exigente teste da racionalização, evitando o particularismo aleatório dos valores culturais e a linguagem política dos interesses, intrinsecamente associada ao poder de grupos, instituições e Estados. Por esse caminho, o fundacionismo normativista seria também mais propenso à universalização porque

informa características básicas de humanidade que devem ser protegidas, inquestionavelmente, em qualquer contexto – além de evitar o relativismo e a profusão desmedida de direitos, o que distorceria a importância dos direitos humanos. Por fim, por definir menos direitos como direitos humanos, os autores normativistas argumentam que esse modelo favorece a eficácia em um mundo com bem menos recursos à disposição das instituições defensoras de direitos humanos do que seria desejável.

Na direção contrária, os críticos do fundacionismo normativo apontam que o minimalismo jurídico contraria a ideia de direitos humanos na essência. Além disso, os normativistas tratariam por "lógica" e "razão" a reificação de categorias e valores escolhidos por outros motivos que não a racionalidade. Essa operação daria lugar à valorização de uma meta-ética abstrata, tributária de um formalismo vazio de conteúdo, que fomenta o individualismo sem garantias de proteção eficaz em uma sociedade de Estados. Ao universalizar uma visão pouco inclusiva da humanidade, o fundacionismo normativista não respeitaria identidades culturais no nível de importância que elas possuem para comunidades e seus membros, impondo valores liberais sob o disfarce da racionalização, fomentando o risco do intervencionismo belicista e deixando de proteger as necessidades reais das pessoas ao subvalorizar ou mesmo ignorar a importância dos direitos sociais, econômicos e culturais.

Os defensores das teorias substantivas argumentam, a seu favor, que o modelo de listas de direitos atende melhor às finalidades da prática internacional, como comprovado até o momento, sendo o modelo original para fazer os direitos humanos funcionarem; mais inclusivo, logo, mais universal. Afirmam ainda que nem todos os valores e normas precisam ser aplicados em todos os lugares da mesma forma, mas podem ser aceitos globalmente. A prática em direitos humanos demonstraria que o estabelecimento de valores identifica mais facilmente linhas de ação para defesa e promoção desses direitos.

Com relação à crítica da proliferação, os autores das teorias substantivas argumentam que elas não necessariamente fomentam a multiplicação de direitos humanos sem oferecer boas razões para isso. Substantivistas que trabalham o conceito de dignidade, p. ex., afirmam delimitar os direitos humanos a partir de uma noção muito clara e bem justificada do que deve ser protegido por cada direito. Além disso, tanto substantivistas normativos quanto programáticos afirmam atender melhor às demandas do multiculturalismo e às dinâmicas de transformações tanto dos costumes sociais, quanto

dos sistemas institucionais, e demonstram maior preocupação com a proteção da vida real das pessoas (*basic needs theories* – capacidades – substantivismo programático).

Contra o fundacionismo substantivo em direitos humanos seus críticos alegam a falta de procedimentos racionais de justificação e validação de direitos; a submissão da racionalidade à linguagem dos interesses de dirigentes e grupos políticos nacionais; a diversificação e multiplicação descontrolada de direitos com a finalidade de agradar grupos distintos, sem a obrigação de obediência ou cumprimento de boa parte desses direitos; a inequívoca falta de eficácia, dado que qualquer coisa pode ser direitos humanos; a inexistência de deveres correlacionados ao estabelecimento de obrigações normativas; e a ampla falta de entendimento sobre o conteúdo essencial de valores básicos, mesmo no caso da dignidade, como comprovam as divergências entre seus defensores.

O fato, contudo, de ser cada vez mais difícil separar autores por grupos bem caracterizados demonstra que o desafio de fundamentar os direitos humanos evoluiu para uma tarefa tão complexa quanto as demandas da realidade vem demonstrando nas últimas décadas. Como proteger aqueles que são incapazes de agir normativo? Quais bens e valores defender, prioritariamente, em caso de poucos recursos disponíveis para isso? O assassinato de quantas pessoas vale uma intervenção? Existe dignidade na submissão voluntária, mesmo que leve ao sofrimento físico e moral? Crianças são tratadas de modo digno ao serem submetidas, desde cedo, aos rigores religiosos da comunidade a que pertencem? É possível definir o mínimo de provisão básica para a defesa do bem-estar, sem considerar o contexto? Existe um ponto de partida moralmente aceitável de onde se possa julgar os conflitos entre grupos culturalmente muito diferentes entre si? A quem cabeira julgar com isenção os conflitos internos a esses grupos?

Para cada um desses dilemas cotidianos na prática em direitos humanos, um conjunto de respostas aceitáveis, mas, talvez incoerentes entre si continua sendo plausível – desafiando, dessa forma, normativistas clássicos, como Gewirth e Griffin, e substantivistas moderados, como Tasioulas e Waldron. Talvez a melhor resposta resida na própria submissão dos argumentos fundacionais ao correto entendimento das tarefas contidas no esforço de levar proteção e auxílio a quem precisa, em qualquer lugar. Nesse sentido, a busca por fundamentação dos direitos humanos é um trabalho em construção, sem prazo para terminar.

Notas

¹ Professor Adjunto do Departamento de Filosofia da Universidade Federal de Rondônia, Rondônia, RO, Brasil. Coordenador do Programa de Mestrado Direitos Humanos e Desenvolvimento da Justiça – PPG/DHJUS. E-mail: rfjacaranda@uol.com.br

² Mary Ann Glendon afirma que 70 cartas-resposta retornaram, das cerca de 150 enviadas (2001).

³ Em *Man and the State* Maritain explica que um acordo sobre as justificações para os direitos humanos é um paradoxo, porque a justificação é indispensável e, ao mesmo tempo, incapaz de gerar consenso entre as pessoas. Indispensável porque só devemos consentir com o que é verdadeiro e racionalmente válido. Fraco porque as pessoas e as culturas são tão diferentes entre si que não pode haver acordo universal acerca dos fundamentos nesse processo de justificação (MARITAIN, 1951, p. 77).

⁴ No sistema ONU, a conjunto formado pela Declaração Universal e seus dois grandes tratados subsequentes passaram a ser conhecidos como “Carta Internacional de Direitos Humanos” e deram origem a uma série de outros tratados protetivos de direitos específicos – o que também tem sido adotado nos sistemas regionais, como o sistema americano. Atualmente, a lista de tratados do sistema ONU que formam a “Human Rights Bill of Rights” inclui os seguintes textos: The International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (no Brasil, Decreto nº 65.810, de 8 de dezembro de 1969); The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992); The International Covenant on Civil and Political Rights (Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992); The Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002); The Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (Decreto nº 40, de 15 de fevereiro de 1991); The Convention on the Rights of the Child (Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990); The International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of their Families (ainda em tramitação no Congresso brasileiro); The Convention on the Rights of Persons with Disabilities (Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009); The International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance (Decreto nº 8.767, de 11 de maio de 2016) (UNITED NATIONS, 2012).

⁵ Desenvolvo minha crítica ao trabalho de Habermas em direitos humanos em outro momento. Sobre o minimalismo em direitos humanos conferir: (COHEN, 2004)

⁶ John Tasioulas separa fundacionismo moderado de fundacionismo extremo e propõe uma divisão do fundacionismo moderado em dois: *agency-based* e *needs-based*; penso que os autores que analiso aqui, sobretudo Gewirth e Griffin podem ser considerados fundacionistas dos dois tipos, pois defendem tanto uma teoria baseada na capacidade de agir normativo quanto a definição de uma lista mínima de direitos necessários para defender essa capacidade, o que para eles é papel dos direitos humanos, como explicarei adiante (TASIOULAS, 2015, pp. 45-71).

⁷ Conferir: (TUCK, 1979; TIERNEY, 1997).

Referências

BEITZ, Charles. *The Idea of Human Rights*. New York: Oxford University Press, 2009.

BEYLEVELD, Deryck. *The Dialectical Necessity of Morality: An Analysis and Defense of Gewirth, Alan's Argument to the Principle of Generic Consistency*. Chicago: University of Chicago Press, 1991.

CI, Jiwei. *Taking the Reasons for Human Rights Seriously*. *Political Theory*, Vol. 33, No. 2 (Apr., 2005), pp. 243-265, 2005.

COHEN, Joshua. *Minimalism About Human Rights: The Most We Can Hope For?* *Journal of Political Philosophy*. Volume 12, Issue 2, Pages 190–213, June 2004.

CORRADETTI, Claudio [Editor]. *Philosophical Dimensions of Human Rights. Some Contemporary Views*. New York: Springer, 2012.

DONNELLY, Jack. *The Relative Universality of Human Rights*. *Human Rights Quarterly*, Volume 29, Number 2, May 2007, pp. 281-306. Published by The Johns Hopkins University Press, 2007.

DONNELLY, Jack. *Universal human rights in theory and practice*. Ithaca: Cornell University Press, 2003.

DWORKIN, Ronald. *A raposa e o porco-espinho – justiça e valor*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014.

FREEMAN, Michael. *Human rights – An interdisciplinary approach*. Cambridge: Polity Press, (2002) 2010.

FREEMAN, Michael. *The Philosophical Foundations of Human Rights*. *Human Rights Quarterly*, Vol. 16, No. 3, pp. 491-514, 1994.

GEWIRTH, Alan. *The Basis and Content of Human Rights*. *Nomos*. Vol. 23, Human Rights, Published by: American Society for Political and Legal Philosophy, pp. 119-147, 1981.

GEWIRTH, Alan. *Human Rights: Essays on justification and applications*. The University of Chicago Press, 1982.

GEWIRTH, Alan. *The community of rights*. Chicago: University of Chicago Press, 1996.

GEWIRTH, Alan. *Moral Foundations of Civil Rights Law*. *Journal of Law and Religion*, Vol. 5, No. 1, pp. 125-147, 1987.

GLENDON, Mary Ann. *A World Made New – Eleanor Roosevelt and the Universal Declaration of Human Rights*. New York: Random House, 2001.

GOODALE, Mark. *The Myth of Universality: The UNESCO “Philosophers’ Committee” and the Making of Human Rights*. Law & Social Inquiry, DOI: 10.1111/lsi.12343, 2017.

GRIFFIN, James. *On human rights*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

GRIFFIN, James. *Human Rights and the Autonomy of International Law*. In: S Besson and J Tasioulas (eds), *The Philosophy of International Law* (Oxford: Oxford University Press, pp. 339-357, 2010).

HABERMAS, Jürgen. *Sobre a legitimação pelos direitos humanos*. In.: *Direito e legitimidade*. MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz. São Paulo: Landy, 2003.

HABERMAS, Jürgen. *The Concept of Human Dignity and The Realistic Utopia of Human Rights*. *Metaphilosophy*. Vol. 41, No. 4, July, 2010.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia – Entre a facticidade e a validade*. Rio de Janeiro: Ed. Tempo Brasileiro, 2012.

IGNATIEFF, Michael. *Human Rights as Politics - Human Rights as Idolatry*. The Tanner Lectures on Human Values. Princeton: Princeton University Press, 2000.

LIAO, S. Matthew; ETINSON, Adam. *Political and Naturalistic Conceptions of Human Rights: A False Polemic?* *Journal of Moral Philosophy* 9 (2012) 327–352, Koninklijke Brill NV, Leiden, 2012.

LIAO, Mathew S. *Human Rights as Fundamental Conditions for a Good Life*. In: Rowan Cruft, S. Matthew Liao, Massimo Renzo. *Philosophical Foundations of Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, (pp. 79-101) 2015.

MARITAIN, Jacques. *Man and the State*. Charles Walgreen Foundation Lectures. Chicago: University of Chicago Press, 1951.

MCINTYRE, Alasdair. *After Virtue*. Notre Dame, Indiana: Notre Dame University Press, 2007.

MONTAÑA, Robert A. *The Gewirthian Principle of Generic Consistency as a Foundation for Human Fulfillment: Unveiling a Rational Path for Moral and Political Hope*. *Kritike*. Volume Three Number One (JUNE 2009) 24-39. 2009.

PILON, Roger. *Ordering Rights Consistently – Or What We Do and Do Not Have Right To*. *Georgia Law Review*, V. 13. N. 4, pp. 1171-1196, 1979.

RABOSSI, Eduardo. *La teoría de los derechos humanos naturalizada*. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*. Núm. 5. pp. 159-175. Enero-marzo, 1990.

RAWLS, John. *O direito dos povos*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

RAZ, Joseph. *Human Rights in the Emerging World Order*. (2010) 1 *Transnational Legal Theory* 31–47, 2010a.

RAZ, Joseph. *Human Rights without Foundations*. In.: S Besson and J Tasioulas (eds), *The Philosophy of International Law* (Oxford: Oxford University Press, 2010): 321, 330-333, 2010b.

RORTY, Richard. *Human Rights, Rationality, and Sentimentality*. In.: S Shute and SL Hurley (eds), *On Human Rights: The Oxford Amnesty Lectures*. New York: Basic Books, 1993.

RORTY, Richard. *Philosophy and Social Hope*. New York: Penguin Books, 1999.

TASIOULAS, John. *On the Foundation of Human Rights*. In: Rowan Cruft, S. Matthew Liao, Massimo Renzo. *Philosophical Foundations of Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, (pp. 45-71) 2015.

TASIOULAS, John. *Towards a Philosophy of Human Rights*. *Current Legal Problems*, Volume 65, Issue 1, 1 January 2012, Pages 1–30, 2012.

TIERNEY, Brian. *The Idea of Natural Rights - Studies on Natural Rights, Natural Law, and Church Law 1150 1625*. Michigan: William Eerdmans Publishing Company, 1997.

TUCK, Richard. *Natural rights theories – their origin and developments*. Cambridge: Cambridge University Press, 1979.

UNESCO. *Memorandum sur les droits de l'Homme*. UNESCO/Phil./1/1947. Paris, 27 le mars, 1947a.

UNESCO. *Report of the UNESCO Committee on the Philosophic Principles of the Rights of Man to the Commission on Human Rights of the United Nations*. UNESCO/Phil./10/1947. 1947b.

UNESCO. *Human rights – Comments and interpretations*. UNESCO/PHS/3(rev.). Paris, 25 de julho de 1948.

UNITED NATIONS. *The United Nations Human Rights Treaty System*. Fact Sheet No. 30/Rev.1. Office of the High Commissioner for Human Rights. New York and Geneva, 2012.

VERNENGO, Roberto J. *Human Rights and Axiological Inconsistencies*. *Law and Philosophy*, Vol. 8, No. 1, Rights, Duties and Legal Reasoning (Apr., 1989), pp. 65-82, 1989.

WALDRON, Jeremy. *Dignity, rank and rights*. New York: Oxford University Press, 2012.

WALDRON, Jeremy. *Is dignity the foundation of human rights?* In: Rowan Cruft, S. Matthew Liao, Massimo Renzo. *Philosophical Foundations of Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, (pp. 117-138) 2015.

WALTERS, Gregory J. *MacIntyre or Gewirth? Virtue, Rights, and the Problem of Moral Indeterminacy*. In: *Philosophical Theory and the Universal Declaration of Human Rights*, 183-200. Edited William Sweet. Ottawa: University of Ottawa Press, 2003.

WHITE, Stephen K. *On the Normative Structure of Action: Gewirth and Habermas*. *The Review of Politics*, 281-301.

Recebido em: 15/01/2018
Aprovado em: 28/03/2018