

COMO CONCEBER OS DIREITOS HUMANOS? UMA CRÍTICA A RAZ

João Cardoso Rosas
UNIVERSIDADE DO MINHO

PRETENDO LIDAR AQUI COM TRÊS PROBLEMAS INTERRELACIONADOS: 1) o problema da natureza dos direitos humanos; 2) o problema do fundamento dos direitos humanos; 3) o chamado “problema da lista”. Tenho alguma coisa a dizer acerca do segundo e, sobretudo, sobre o primeiro destes problemas. Mas quero começar por sublinhar que o terceiro tem uma solução não filosófica providenciada pelo direito internacional dos direitos humanos.

Independentemente do que se possa pensar acerca do que deve ser considerado “direitos humanos” existe já uma lista desses direitos. Essa lista pode ser encontrada na Declaração Universal dos Direitos Humanos, no Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos, no Pacto Internacional sobre Direitos Económicos, Sociais e Culturais, e em muitas outras declarações e tratados dentro do sistema das Nações Unidas, tanto no que diz respeito a categorias especiais de direitos (por exemplo, direitos contra a escravatura) como a grupos específicos de pessoas (por exemplo, crianças). A lista dos direitos humanos também pode ser encontrada noutros documentos a nível regional, tal como a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais. Para além disso, os direitos humanos estão também listados ao nível interno dos Estados e muitas Constituições incluem provisões relativas a esses direitos. Portanto,

podemos considerar primeiramente os direitos humanos como um corpo razoavelmente bem definido do direito internacional público e que encontra também eco ao nível da ordem interna dos Estados.

No entanto, esta solução não filosófica para o terceiro problema acima mencionado contém um truísmo muitas vezes negligenciado, a saber, que os direitos humanos são direitos legais e não – ou não apenas – direitos morais. Assim, os direitos humanos são de diferentes tipos e podem ser classificados, por exemplo, de acordo com a análise clássica de Hohfeld. A ideia de que “z tem um direito a y” pode ter diferentes significados de acordo com a lei. Logo, os direitos humanos podem significar privilégios, também chamados de “liberdades básicas”, quando x não tem o dever de não fazer y; podem ser direitos de reivindicação (quando outros têm um dever de deixar x fazer y); os direitos humanos podem também ser um poder para modificar arranjos legais existentes; podem ainda criar imunidades face à mudança legal – quando x tem o direito a y isso pode querer dizer que outros não têm o poder de mudar a posição legal de x. Muitas vezes os direitos humanos podem traduzir a combinação de mais do que um destes aspetos da caracterização dos direitos segundo Hohfeld. Não entrarei aqui nas complexidades a que uma análise hohfeldiana nos poderia conduzir e que eu próprio não teria competência para desenvolver (v. Hohfeld, 1978). Quero apenas sugerir que não é impossível dar um sentido preciso aos direitos humanos, a partir do momento em que pensamos neles enquanto direitos legais.

Neste registo, não há nada de fictício ou misterioso nos direitos humanos. Jeremy Bentham concordaria com tal facto. *Qua* direitos legais, os direitos humanos não são “um filho que não tem pai”, e não são certamente “nonsense sobre palafitas”¹. Os direitos humanos têm uma fonte definida e são relevantes não apenas no texto da lei, mas também na sua aplicação levada a cabo pelos tribunais a nível internacional, regional e estadual.

No entanto, para que o problema da lista tenha uma solução filosófica ou, por outras palavras, uma solução moralmente justificada, temos de nos tornar exigentes no que diz respeito ao direito internacional.

¹ Estas são expressões que Bentham aplica aos “direitos naturais do homem”. Mas Bentham não tem nada a objetar aos direitos legais (não naturais, portanto).

Por outras palavras, temos de decidir que direitos disponíveis na lei positiva devem (ou não) contar como direitos humanos. Para alguns, a lista dos direitos humanos deve ser extensa e pode até ser aumentada, enquanto para outros essa lista pode apenas ser curta e não há nada a ganhar com uma lista mais longa. O maximalismo acerca da extensão dos direitos humanos pode cobrir diferentes categorias de direitos: civis e políticos; económicos e sociais; culturais e ambientais, e por aí em diante. Por contraste, o minimalismo pode reduzir a lista a pouquíssimos direitos: aqueles que protegem a vida, liberdade e propriedade. Assim, temos de perguntar: que direitos devem contar efetivamente como direitos humanos?

Esta questão conduz-nos ao segundo problema acima mencionado, a saber, o das fundações dos direitos humanos. O problema em causa diz respeito à eventual existência de um princípio moralmente justificado, ou um conjunto de princípios, que possam dar substância moral e ontológica aos direitos do homem. Existe tal princípio ou conjunto de princípios?

Tal como em qualquer outro tópico filosófico, há aqui um grupo de fundacionalistas e um grupo de antifundacionalistas. Sem surpresa, este último encontra exemplo no trabalho de Richard Rorty e na Amnesty Lecture que proferiu em Oxford em 1993 (Rorty, 1993). No âmbito do seu bem conhecido antifundacionalismo, Rorty defende que os direitos humanos não têm nem precisam ter qualquer tipo de fundação moral ou ontológica. Para Rorty, seguindo o jurista argentino Eduardo Rabossi, o fundacionalismo está “fora de moda” e é “irrelevante”. Os direitos humanos dependem apenas de factos históricos que nada têm a ver com conhecimento moral. Dito isto, eles não deixam de ser importantes porque contribuem para a nossa educação sentimental, isto é, para a nossa capacidade de reconhecer as semelhanças entre nós e pessoas diferentes de nós.

Se tomarmos à letra a postura aqui exemplificada por Rorty, e se a resposta à questão relativa às fundações dos direitos humanos é, afinal, vazia, então termina a discussão. Não há forma de especificar que direitos humanos são realmente direitos humanos, isto é, não temos uma resposta filosófica para o problema da lista e não há necessidade de prolongar tal investigação. A única resposta para o problema da lista será a resposta não filosófica que remete para o direito internacional.

Porém, o grupo dos fundacionalistas acerca dos direitos humanos é mais numeroso do que o grupo dos antifundacionalistas. A teoria moderna dos direitos naturais do homem, que muitos confundem com direitos humanos no sentido legal, é a mãe de todos os fundacionalismos acerca dos direitos humanos. De acordo com esta teoria – e tomemos aqui a versão canônica de Locke (em Locke, 1689) – os homens nascem basicamente iguais e com direitos iguais, tal como os direitos à vida, liberdade e propriedade. Outros direitos são gerados por estes através do mecanismo do contrato social. Os outros direitos do homem são desnaturalizados e, por isso, geralmente referidos como “direitos do cidadão”. Mas a sua fundação reside nos direitos naturais do homem.

Esta teoria foi filosoficamente desacreditada no final do século XVIII e início do século XIX, ao mesmo tempo que alcançava o seu sucesso político. Não quero aqui alongar-me sobre a crítica a este fundacionalismo desatualizado. Muitos fizeram já esse trabalho, incluindo Jeremy Bentham, Edmund Burke e Karl Marx (v. Waldron, 1987). Todos estes, e mais alguns, explicaram porque é que a teoria moderna dos direitos naturais do homem resulta em nada, ou em muito pouco. No entanto, há também teorias contemporâneas que seguem os passos do direito natural moderno na medida em que propõem uma nova fundação para esses direitos, nomeadamente numa concepção da “humanidade do homem”.

Esta perspetiva abarca diferentes concepções. Assim, os direitos humanos podem ser tomados como proteção de liberdade ou escolha individual (Hart; Steiner), agência ou personalidade (Alan Gewirth; James Griffin), capacidades (Amartya Sen / Martha Nussbaum), ou estatuto (Frances Kamm; Thomas Nagel; talvez Robert Nozick). Todas estas possibilidades, por muito diferentes que sejam, pertencem à mesma linha de argumentação. Todos os autores citados tentam fundar os direitos humanos em algo de fundamental na humanidade e que esses direitos justificadamente protegem. Todos concebem os direitos humanos como aqueles direitos que os seres humanos possuem em virtude da sua humanidade. Como estas teorias tentam preencher, embora de forma renovada e mais sofisticada, a promessa fundacionalista avançada pela tradição do direito natural moderno, podemos designá-las por “perspetiva tradicional dos direitos humanos”.

Para compreender esta perspetiva devemos refletir sobre o primeiro problema acima mencionado, a saber, o problema da natureza dos direitos humanos. As diferentes concepções presentes na perspetiva tradicional ainda concordam com a ideia de que a natureza dos direitos humanos é fundacional e que as pessoas têm esses direitos apenas porque são seres humanos (o antifundacionalismo nega isto, mas pertence ao mesmo debate; ele é o revés da medalha e não uma perspetiva radicalmente diferente dos direitos humanos).

Há, porém, uma perspetiva completamente diferente e que concebe os direitos humanos como não fundacionais e, portanto, como isolados do debate no que diz respeito ao fundacionalismo e antifundacionalismo. A base para esta perspetiva foi avançada pelo John Rawls tardio, mais precisamente na sua contribuição para a filosofia do direito internacional, num pequeno livro intitulado *A Lei dos Povos* (Rawls, 1999). Esta mesma perspetiva foi recentemente desenvolvida, entre outros, por Charles Beitz (Beitz, 2009) e Joseph Raz (no capítulo anterior deste livro, ou em Raz, 2010). De acordo com estes autores, o não fundacionalismo pertence à natureza específica dos direitos humanos – por oposição a outro tipo de direitos. Por outras palavras, não devemos confundir direitos humanos com direitos morais totalmente justificados. Por vezes, esta perspetiva defendida por Rawls, Beitz ou Raz é designada de “perspetiva política ou prática”. Prefiro chamá-la de “perspetiva funcionalista” já que o seu objetivo é compreender o próprio conceito de direitos humanos em termos da função desses direitos no sistema internacional. Como veremos, esta nova concepção da natureza dos direitos humanos afeta o que podemos dizer sobre os seus fundamentos e sobre o problema da lista, entre outros aspetos.

Irei agora proceder à reconstrução da perspetiva funcionalista em cinco pontos. Isto permitir-nos-á clarificar esta perspetiva em termos muito genéricos e antes ainda de nos debruçarmos sobre a interpretação específica que Joseph Raz propõe sobre a mesma.

*

Primeiro: os direitos humanos não são os direitos de todos os seres humanos apenas em virtude da sua humanidade.

Clarificação

Esta tese é puramente negativa. Traduz-se em (a) negar que os direitos humanos são os direitos de todos os seres humanos e (b) que eles podem ser derivados apenas da humanidade dos seres humanos.

Se (b) está correto e se os direitos humanos não são deriváveis da humanidade dos seres humanos, então os direitos humanos não são pré-políticos. A ideia de que os direitos humanos, enquanto atributos da humanidade do homem, existem antes da sociedade política é uma herança da tradição do contrato social e da ideia de um “estado da natureza”. O teórico tradicional mantém esta ideia, mesmo quando substitui a descrição da vida humana no “estado da natureza” pelos valores de personalidade ou pessoa humana, interesses básicos humanos, ou estatuto. Para os teóricos tradicionais os direitos humanos são os direitos do homem mesmo fora da vida política no contexto do Estado ou de um sistema de Estados. A perspectiva funcionalista nega isto. Não podemos separar os direitos humanos dos factos históricos e contingentes do sistema internacional.

Se (a) é verdadeira, então os direitos humanos não são eternos. Na perspectiva tradicional, até os homens pré-históricos teriam os mesmos direitos humanos – ou pelo menos, alguns direitos humanos básicos – que o homem moderno.

É certo que alguns teóricos tradicionais defendem que os direitos humanos, tal como os conhecemos, são uma característica da modernidade. Se é o caso, e se não estou errado, este argumento está em conflito com o cerne da perspectiva tradicional. Se os direitos humanos são os direitos de todos os seres humanos, então também devem ser os direitos dos homens dos homens pré-históricos, a não ser que o teórico tradicional esteja preparado para negar a humanidade destes. Ora, isto é difícil de aceitar. Logo, a perspectiva tradicional é necessariamente intemporal. A perspectiva funcionalista nega isto. Os direitos humanos são um facto da modernidade, ou mesmo um episódio muito recente na história, pertencendo ao período do pós-guerra.

Segundo: o ponto de partida da perspectiva política ou funcionalista sobre os direitos humanos é a história da cultura dos direitos humanos e, em particular, do direito internacional dos direitos humanos desde a Declaração Universal de 1948.

Clarificação

Enquanto a perspectiva tradicional tem como ponto de partida a definição de direitos morais básicos dos seres humanos e, em alguns casos, tenta associá-los à história dos direitos humanos e ao direito dos direitos humanos, a perspectiva política toma como seu ponto de partida os conflitos históricos em prol dos direitos humanos, assim como os argumentos históricos que conduziram à Declaração Universal, aos dois Pactos e a todas as declarações e tratados subsequentes. Note-se que este é o ponto de partida e não o fim da perspectiva política. Embora a perspectiva política não tenha de adotar todos os aspetos da cultura existente dos direitos humanos, esta última surge como um ponto de partida óbvio. Devemos por isso começar por aquilo que já existe e que já foi acordado (v. Wenar, 2005: 291).

A objeção comum a esta tese consiste em dizer que o ponto de partida histórico mostra que a perspectiva política é “política da forma errada”. Uma teoria política dos direitos humanos que começa pelo que já existe está condenada a aceitar acriticamente o modelo prevalecente de relações de poder na sociedade, assim como os acordos originados pelo interesse próprio dos Estados. As instituições existentes de direitos humanos não podem ser dissociadas destas relações de poder e destes acordos estratégicos; logo, não podemos aceitá-los como ponto de partida para um argumento moral.

Porém, isto não é o que a melhor perspectiva política deve fazer. A perspectiva política examina as relações de poder e pode apreciar os interesses envolvidos nos processos que conduzem às declarações internacionais e aos tratados sobre direitos humanos. Uma teoria política não tem de aceitar ou ser acrítica relativamente ao seu ponto de partida. Uma das tarefas da teoria política dos direitos humanos consiste precisamente em revelar as relações de poder por detrás de alguns usos do discurso dos direitos humanos. Logo, a perspectiva política sobre os direitos humanos não tem de ser “política de forma errada”.

Terceiro: os direitos humanos são aqueles direitos que desempenham um papel ou função específica no sistema internacional, a saber, a justificação da interferência na soberania de um Estado.

Clarificação

Não se deve confundir direitos humanos com direitos morais totalmente justificados, nem com aspirações a um mundo melhor. Os direitos humanos desempenham uma função muito especial num mundo composto de Estados. Eles fornecem a justificação para algum tipo de interferência na soberania de um Estado. Antes da cultura contemporânea dos direitos humanos se ter desenvolvido, a soberania dos estados era vista como uma “caixa negra moral para os de fora” (Wenar, 2005: 288). Hoje já não é assim.

Os defensores da perspectiva funcionalista são suficientemente claros sobre esta tese central. Os direitos humanos limitam a autonomia dos Estados quando confrontam a interferência por agentes externos. Além disso, os agentes intervenientes, sejam eles estados ou agências internacionais, têm de mobilizar meios para tornar a sua interferência efetiva (falarei sobre este tema de seguida).

A palavra-chave nesta terceira tese é “interferência”. Algumas formulações da perspectiva política utilizam a palavra “intervenção”, mas isso é um erro já que sugere a restrição da interferência a formas de intervenção coerciva ou até militar. Esta é a forma através da qual alguns inimigos da perspectiva funcionalista gostam de descrevê-la. Para eles, a perspectiva funcional dos direitos humanos é apenas a justificação para intervenção armada pela atual superpotência. No entanto, isto é claramente uma distorção da perspectiva funcionalista.

Há várias formas de interferência: intervenção militar (que não deve ser excluída); sanções económicas; pressão diplomática fazendo com que diferentes formas de cooperação dependam do respeito efetivo pelos critérios dos direitos humanos; denúncia de violações de direitos humanos nos fora internacionais; exposição dessas violações à opinião pública internacional; ajuda humanitária a populações negligenciadas pelas suas próprias autoridades, etc. A interferência pode ser hard (militar) ou soft, mas é sempre justificável pela violação dos direitos humanos – e é para isto que servem os direitos humanos. Na verdade, na esmagadora maioria das vezes os direitos humanos servem para justificar formas de

interferência soft ou suave e estas formas são geralmente mais eficazes do que a intervenção militar, pelo menos a longo termo.

Como se pode justificar a decisão de interferir? Na perspectiva política dos direitos humanos, por oposição por exemplo à perspectiva realista nas relações internacionais – a legitimidade para decidir acerca da intervenção deve ser estabelecida pelo juízo moral baseado nos direitos humanos. Os direitos humanos têm de ser moralmente justificados – mesmo que não sejam totalmente justificados enquanto direitos morais – e só nessas circunstâncias é que eles podem desempenhar o papel que a perspectiva funcionalista lhes atribui. No entanto, talvez esta não seja ainda uma razão suficiente para interferir. Beitz, por exemplo, sugere também uma analogia com a teoria da guerra justa e a necessidade de tomar em consideração questões de discriminação e proporcionalidade.

Outro aspeto que deve ser mencionado é o tipo de direitos humanos que justifica interferência. A tradição libertária favorece apenas a primeira geração de direitos. A violação da segunda geração de direitos não seria razão para interferir, porque eles não são propriamente direitos humanos. No entanto, muitos no passado argumentaram com sucesso contra esta ideia, sem a necessidade explícita de recorrer à perspectiva tradicional dos direitos humanos (por exemplo Shue, 1980). A perspectiva funcionalista deve reclamar a necessidade de algum tipo de interferência também quando os direitos de segunda geração se encontram em perigo.

Quarto: os detentores do dever de respeitar, proteger e promover os direitos humanos são, *prima facie*, Estados e autoridades semelhantes aos Estados. No entanto, as Nações Unidas e outras organizações internacionais também têm o dever de promover os direitos humanos de acordo com os seus mandatos. Por fim, as organizações não governamentais e os indivíduos têm pelo menos o dever de pressionar os Estados e as organizações internacionais para que façam prevalecer os direitos humanos.

Clarificação

Os direitos humanos são padrões morais e jurídicos para o direito internacional; ou seja, o respeito ou desrespeito pelos direitos humanos torna-se possível mediante um aparato institucional do sistema

internacional, abarcando organizações internacionais e Estados. O aparato institucional ou a “estrutura básica” internacional permite sancionar o respeito ou desrespeito pelos direitos humanos a nível global. Este tipo de ideias foi desenvolvido por exemplo por Thomas Pogge. Embora Pogge não favoreça uma perspectiva política dos direitos humanos, a sua ideia de reforçar o aspeto institucional dos direitos humanos é relevante para uma teoria política dos direitos humanos (ver Pogge, 2002: capítulo 2). A teoria política tende a ser institucionalista.

Pogge aponta para o facto das violações dos direitos humanos serem perpetradas por Estados ou autoridades semelhantes: agências governamentais, exército, movimentos de guerrilha. Assim, os primeiros detentores do dever dos direitos humanos são os Estados, autoridades semelhantes aos Estados e os seus funcionários. “Podemos capturar esta ideia – diz Pogge – concebendo como estando implícito no conceito de direitos humanos que os postulados dos direitos humanos se dirigem em primeiro lugar àqueles que ocupam posições de autoridade dentro de uma sociedade (ou outro sistema social comparável)” (Pogge, 2002: 58).

As Nações Unidas e outras organizações governamentais internacionais não estão na mesma posição que os Estados; no entanto, fazem parte de uma estrutura internacional que tem um grande impacto na forma como se desenvolve o respeito, proteção e promoção dos direitos humanos. Assim, também estas são detentoras de deveres correlativos aos direitos humanos, de acordo com os seus mandatos específicos. Por exemplo, se o Conselho dos Direitos Humanos das Nações Unidas deixar de chamar a atenção para sérias violações dos direitos humanos e não tentar interferir com os perpetradores dessas violações, então a instituição deixa de ser leal ao seu próprio mandato e às suas capacidades atuais.

Para muitos, os deveres dos indivíduos e das ONG são apenas indirectos. Neste sentido, Pogge diz que “As pessoas partilham responsabilidade pelo desrespeito oficial pelos direitos humanos dentro de uma ordem institucional coerciva na manutenção da qual estão envolvidas” (Pogge, 2002: 64). Suponho que isto queira dizer que os cidadãos individuais e as suas organizações têm o dever de impedir o desrespeito pelos direitos humanos, mas este dever é canalizado pelos Estados ou comunidades às quais pertencem. Talvez devamos acrescentar que os cidadãos e as ONG também têm o dever de pressionar

em termos mais positivos (como dever positivo, não apenas negativo) os Estados e as organizações internacionais que supostamente devem promover os direitos humanos.

Depois de considerar as quatro teses acerca da natureza dos direitos humanos na perspectiva funcionalista, chego à tese final que diz respeito ao problema da lista:

Quinto: a extensão dos direitos humanos deve estar em aberto, isto é, a lista dos direitos humanos estabelecida no direito internacional pode ser reduzida em alguns aspetos, mas também pode ser aumentada noutros aspetos.

Clarificação

As filosofias contemporâneas dos direitos humanos tendem a discutir a extensão dos direitos humanos do ponto de vista da perspectiva tradicional. Acima sugeri que isto conduz facilmente a listas curtas, como no jusnaturalismo clássico, embora alguns teóricos tradicionais tentem associar essas listas com a lista integral dos direitos humanos no âmbito do direito internacional. Além disso, as listas justificadas pelos teóricos tradicionais devem ser fixadas de uma vez por todas, de forma a ser consistentes com as fundações sobre as quais se justificam, a saber, a conceção de humanidade.

A forma como a perspectiva funcionalista concebe os direitos humanos conduz a um método radicalmente diferente no modo de estabelecer a extensão dos direitos humanos. Direitos humanos enquanto direitos morais e legais são uma construção recente e gradual; são o produto de um fiat político assim como de um “construtivismo político” no sentido rawlsiano. Depois da Declaração das Nações Unidas, estes evoluíram expandindo algumas das suas ideias centrais ou intuições, embora nem sempre encontrando um “equilíbrio refletido” entre os princípios abstratos enunciados nos direitos e os nossos juízos ponderados.

A Declaração Universal conduziu aos Pactos de 1966 e estes deram origem a outras declarações e tratados, quer no sistema das Nações Unidas, quer no contexto de outras organizações. Foram aprovados documentos referentes a categorias especiais de direitos (para a abolição da escravatura, contra a discriminação na educação, a favor da igual remuneração entre homens e mulheres, etc.), assim como documentos

referentes a categorias específicas de pessoas (apátridas, refugiados, mulheres, crianças). Os direitos humanos são capazes de desenvolver-se de forma a que se tornem mais extensos, e não menos.

No entanto, o filósofo dos direitos humanos não tem de aceitar todos os direitos que são vistos como direitos humanos. Se os direitos individuais candidatos a direitos humanos, ou mesmo aqueles que já fazem parte do direito internacional, não têm suficiente peso moral de forma a justificar a interferência externa num Estado soberano, então eles não têm de ser incluídos na lista.

Passo agora a concentrar-me na perspectiva de Raz, exposta de forma cuidadosa e sistemática no capítulo anterior deste livro, sobre “Direitos Humanos sem Fundações”.

*

Raz adota sem reservas aquilo a que chamei a “tese negativa” da perspectiva funcionalista. Ele nega que os direitos humanos sejam intemporais e que sejam fundamentados na nossa humanidade. Além disso, Raz acredita que, ao recusar a perspectiva tradicional, se deva igualmente concluir que os direitos humanos não são, afinal, muito importantes. Direi algo mais sobre isto no final do meu texto. Antes, quero oferecer uma abordagem esquemática dos argumentos específicos de Raz contra a perspectiva tradicional, assim como a sua versão dos outros componentes mais “positivos” da perspectiva funcionalista.

Embora às vezes Raz se refira a um conhecido teórico tradicional, Alan Gewirth, os seus argumentos são mais diretamente dirigidos a outro teórico tradicional: James Griffin. Este publicou um livro intitulado *On Human Rights*, que é a mais recente e, provavelmente, a versão mais sofisticada da perspectiva tradicional (Griffin, 2008). Raz diz que a teoria de Griffin, tal como a teoria de Gewirth, entre outras, tem três erros fundamentais: 1) concebe erroneamente a relação entre valores e direitos; 2) alonga-se demasiado, tentando derivar direitos que não podem ser derivados e, por fim, 3) não consegue iluminar a prática atual dos direitos humanos. Consideremos cada uma destas críticas isoladamente.

Griffin fundamenta os direitos humanos na ideia de personalidade ou pessoa, isto é, no facto de sermos agentes intencionais. De seguida, Griffin desconstrói essa noção de agência. Ser um agente no seu sentido

mais completo e amplo significa: a) escolher um percurso de vida sem ser dominado por outros (o que ele designa por “autonomia”); b) que essa escolha seja real, o que implica certas condições de educação e informação, meios e capacidades (a isto ele chama de “provisão mínima”); e c) que outros não me podem impedir, através da força, de seguir a minha conceção de vida boa (a isto ele chama “liberdade”).

Raz nota que esta noção de personalidade pode tornar-se a base para alguns direitos porque não é apenas um “facto”, mas sim algo com valor. A personalidade atrai direitos – para a proteger – porque tem um valor especial para nós. No entanto há um problema: o facto de que algo tenha valor para mim não o torna um direito, ou não produz necessariamente direitos. Por exemplo, o facto de eu pensar que o amor é a coisa mais importante na vida não me dá o direito de ser amado.

Assim, Griffin não terá feito uma distinção clara entre valores e direitos, razão pela qual ele funda (erradamente) os direitos humanos no valor da personalidade. Este ponto de criticismo conduz-nos à crítica seguinte: Raz considera que Griffin se estende demasiado ao querer fundamentar a maioria dos direitos humanos reconhecidos no direito internacional no valor da personalidade. Griffin está bem consciente daquilo que ele chama de “discrepância” entre as abordagens tradicionais dos direitos humanos e o direito internacional. Porém, Griffin acredita que a sua noção de personalidade tem a capacidade de “gerar” a maioria dos direitos humanos legais e, consequentemente, de fornecer um fundamento sólido para esses direitos dentro da perspectiva tradicional e fundacionalista.

Raz realça o facto de que Griffin não está interessado em proteger apenas as condições mínimas para agência, porque essas são fáceis de preencher (até um escravo as tem). Griffin quer proteger a agência no seu sentido mais completo. Mas então ele não estabelece um critério que lhe permita distinguir a justificação dos direitos humanos da justificação das condições que permitem que o agente tenha uma vida boa. A consequência é que ele se alonga demasiado, isto é, ele pretende justificar mais direitos do que uma noção mínima de agência ou personalidade – oposta a um ideal de vida boa – seria capaz de justificar.

Por fim – e esta é a última crítica – Raz considera que teorias como a de Griffin estão tão distantes da prática dos direitos humanos que perdem todo o sentido na tentativa de iluminar essas práticas. Este

ponto de criticismo parece adequado já que a prática dos direitos humanos nas relações internacionais e no direito internacional não se apoia em nenhum tipo de fundações morais, como personalidade, autonomia, liberdade, e por aí em diante. Esta observação leva-nos ao segundo componente da perspectiva funcionalista de Raz (seguindo a nossa listagem desses componentes).

Raz acredita que a primeira tarefa de uma teoria dos direitos humanos é “estabelecer as características essenciais cuja prática contemporânea dos direitos humanos atribui aos direitos que reconhece como direitos humanos”. Assim, Raz aceita que devemos começar pelo direito internacional dos direitos humanos, juntamente com as suas práticas específicas num contexto pós 1948. Há algo de muito errado em tentar fazê-lo por outra ordem, começando com uma filosofia da pessoa ou qualquer outra teoria sobre a fundação dos direitos morais e depois acreditar que a prática dos direitos humanos enquanto direitos legais se deve conformar a esta. Embora a noção de pessoa, por exemplo, possa fundamentar alguns direitos morais, ela não tem de fundamentar todos os direitos humanos no direito internacional, já que a forma como estes apareceram e se desenvolveram corresponde a um paradigma totalmente distinto.

Chego agora à formulação de Raz do terceiro componente, que é também a tese central da perspectiva funcionalista. Raz evoca Rawls seguindo a ideia de que os direitos humanos estabelecem os limites à soberania dos Estados e, assim, justificam ação contra o violador desses direitos na arena internacional. Tal como na minha terceira tese, Raz admite que a interferência na soberania de um Estado não tem de tomar a forma de intervenção armada e que podem existir diferentes formas de interferência, usando aquilo a que os teóricos de relações internacionais chamam “soft power”.

O aspeto mais relevante dos direitos humanos é que eles impedem argumentos contra a interferência nos assuntos dos Estados soberanos. Na formulação de Raz, os direitos humanos previnem que um estado que está a violá-los possa dizer: “Ninguém tem nada com isso”. Qualquer reação do tipo “Ninguém tem nada com isso” é moralmente bloqueada pela invocação dos direitos humanos.

Raz resiste à adoção do quarto componente da perspectiva funcionalista, isto é, à ideia de que os detentores do dever dos direitos

humanos são Estados e entidades semelhantes aos estados. Raz pensa que os direitos humanos podem ser possuídos contra todas os tipos de instituições domésticas ou internacionais. Além disso, Raz acredita que “quase sempre eles serão direitos contra indivíduos”. Tal como sugeri anteriormente, este componente da perspectiva funcionalista, acentuando os deveres estatais e institucionais, não é sempre considerado essencial na teoria política dos direitos humanos.

Por fim, Raz pensa que o quinto componente da perspectiva funcionalista não é importante. Por um lado, ele critica aqueles que tentam expandir a lista dos direitos humanos para lá de qualquer fronteira admissível. Isso aplica-se a muitos teóricos que reclamam que todos os tipos de coisas desejáveis são direitos humanos, incluindo educação sexual, coexistência com a natureza, globalização, amor, etc. Isto pode querer dizer que Raz favorece um minimalismo. Porém, mesmo se consideramos apenas os direitos já existentes e parte do direito internacional, vemos que estes formam uma lista longa. Raz poderia favorecer este tipo de maximalismo, que evita aquelas perspectivas que pensam que seria aconselhável reduzir drasticamente a lista dos direitos humanos. O facto é que Raz não diz muito acerca do problema da lista.

*

Parto aqui da aceitação da crítica de Raz à perspectiva tradicional, assim como da ideia de que a filosofia dos direitos humanos tem de ter como ponto de partida o direito e a cultura internacional dos direitos do homem. Estas ideias, relembro, eram a parte principal do primeiro e segundo componentes da perspectiva funcionalista por mim considerados. Irei agora continuar com uma crítica à versão de Raz dos terceiro, quarto e quinto aspetos.

A principal motivação para que Raz passe da perspectiva tradicional para a perspectiva funcionalista prende-se com a vontade de iluminar e criticar as práticas existentes dos direitos humanos, em vez de escapar a esta tarefa recorrendo a teorias acerca da fundação de direitos morais integralmente justificados. No entanto, a maneira como Raz entende a “funcionalidade” dos direitos humanos leva-o precisamente a abandonar alguns dos conceitos centrais que são usados

nessa prática: os conceitos de universalidade e de dignidade humana. O aspeto aqui relevante é que a prática dos direitos humanos se refere constantemente às ideias de universalidade e dignidade e, o que é mais importante, parece necessitar dessas ideias de forma a sustentar o projeto dos direitos humanos.

A ideia da universalidade apresenta-se como indispensável para que o conceito de direitos humanos faça sentido no direito internacional. Esses direitos são apresentados como universais não por serem intemporais mas antes por se aplicarem a todos os seres humanos no presente. Os direitos humanos não podem ser os direitos dos europeus ou dos asiáticos. Eles não são concebíveis sem o predicado da universalidade.

O mesmo se aplica à ideia de dignidade. Este é um conceito central nas declarações e tratados dos direitos humanos a partir de 1948. É utilizado desde a primeira frase do Preâmbulo da Declaração Universal – “dignidade inerente de todos os membros da família humana” – e repetido e reproduzido, ainda que em diferentes acepções, na maioria dos outros documentos do direito dos direitos humanos.

As ideias de universalidade e dignidade não são apenas parte do texto legal dos direitos humanos. Elas são especialmente relevantes em termos de interpretação legal e na prática judicial. Quando é preciso resolver conflitos acerca de direitos humanos, quando se deve ter em conta diferentes considerações derivadas de diferentes direitos ou conjuntos de direitos, então é preciso recorrer a princípios mais gerais, tais como a “dignidade” dos seres humanos.

C. McCrudden, professor de direito internacional em Oxford, identifica a “dignidade humana” como “ideia central” e indispensável, precisamente porque a prática judicial dos direitos humanos – que ele analisa em diferentes Supremo Tribunais e Tribunais Constitucionais no mundo – precisa de usá-la (McCrudden, 2008). O foco do trabalho de McCrudden não é, porém, a dignidade enquanto conceito filosófico, mas sim enquanto princípio dentro da lei. Ele traça a história da dignidade desde a lei Romana à Filosofia Germânica, incluindo Kant, Hegel e Nietzsche. No entanto, também torna claro que seria inexequível alcançar algum tipo de cerne do conceito de dignidade humana a partir da história da filosofia que pudesse ser utilizado na interpretação legal e na decisão judicial. Em vez disso, ele apresenta

algumas características mínimas da dignidade humana, buscando a reiteração dessas características em diferentes contextos legais.

Outro professor de Direito de Oxford, John Gardner, ao criticar a abordagem tradicional dos direitos humanos de Griffin, sugere que mesmo não podendo identificar um conceito central de dignidade, podemos olhar para a prática dos direitos humanos enquanto construção de dignidade. Neste caso, a dignidade humana é “constituída pela posse de direitos humanos” (Gardner, 2008: 21). Desta forma Gardner vai mais longe do que McCrudden, reduzindo a dignidade humana a um constructo. Podemos dizer que, diferente de McCrudden, Gardner está a esvaziar o próprio conceito de dignidade humana, transformando-o num mero símbolo na prática dos direitos humanos.

Simpatizo com a metodologia utilizada por McCrudden e suspeito que Garden tenha ido demasiadamente longe. Porém, o importante aqui enquanto criticismo de Raz é que a perspectiva funcionalista dos direitos humanos (e não apenas a tradicional) não pode nem deve desistir de princípios gerais como universalidade e dignidade. Estes princípios não têm de ser fundacionais, no sentido de princípios filosóficos bem estabelecidos em termos ontológicos e a partir dos quais diferentes direitos humanos são gerados. No entanto, permanecem importantes na medida em que conferem coerência à doutrina dos direitos humanos, mesmo se o seu conteúdo não pode ser fixado de uma vez por todas. Sem estes princípios a perspectiva funcionalista é incapaz de corresponder às suas próprias expectativas de dar sentido moral às práticas contemporâneas dos direitos humanos.

O abandono por parte de Raz deste tipo de noções poderia levar-nos à conclusão de que ele acaba por ser “político da forma errada”. Se os direitos humanos são “sem fundações” isto poderá dizer que os direitos humanos são apenas direitos legais positivos e que não necessitam por isso de nenhum outro tipo de justificação. Porém, não é isto que Raz pensa. Embora Raz acredite que os direitos humanos estão parcialmente sujeitos às contingências da arena internacional, ele também acredita que esses direitos podem ser moralmente justificados.

Raz coloca a seguinte questão: de onde vêm os direitos humanos? Ele responde dizendo que para que um direito seja considerado “direito humano” por causa da função que desempenha no sistema internacional, é preciso satisfazer duas premissas. Em primeiro lugar, o direito

individual tem de ser estabelecido enquanto direito moral (por exemplo, com base em interesses humanos fundamentais); em segundo lugar, é preciso demonstrar que, sob condições específicas, os Estados são obrigados a respeitar e a promover esses direitos.

Ora, isto não é surpresa vindo de um filósofo conhecido pela sua contribuição para uma teoria moral de direitos. Mas é surpreendente no contexto de um argumento dedicado ao estabelecimento de uma alternativa à perspectiva tradicional dos direitos humanos. Aparentemente, uma concepção funcionalista dos direitos humanos, “sem fundações”, não requer a primeira camada do argumento sugerido por Raz. Precisa apenas da segunda camada, ou seja, da explicitação das razões legais e morais para que os Estados ajam de acordo com os direitos humanos, invocando como sugeri acima, princípios de “universalidade”, “dignidade” e afins.

Raz prefere dizer que os direitos que se podem candidatar ao estatuto de direitos humanos, sob o prisma das considerações políticas ou práticas acerca da razão para que os Estados os respeitem, têm de ser inicialmente direitos morais totalmente justificados. Se é o caso, então a concepção de Raz de direitos humanos não é realmente “sem fundações”. Embora as fundações morais de um direito não o tornem um direito humano enquanto tal, fazendo com que os direitos morais e os direitos humanos permaneçam analiticamente distintos, os segundos derivam dos primeiros enquanto direitos morais totalmente justificados. Assim, a teoria de Raz parece colapsar numa forma de perspectiva tradicional. Em última instância, parece que os direitos humanos são, afinal, os direitos do homem em virtude da sua humanidade, mesmo que este não seja o único requisito e tenhamos de adicionar outras considerações, nomeadamente, a segunda camada do argumento acima descrita.

Este resultado surpreendente do argumento de Raz não só o torna incoerente como também permanece em tensão com a ideia central da perspectiva funcionalista segundo a qual é importante iluminar e ser capaz de criticar a prática dos direitos humanos a partir do interior desta prática, e não a partir do ponto de vista conferido por qualquer teoria de direitos morais integralmente justificados.

Há porém uma alternativa ao percurso seguido por Raz e que remete – *malgré lui* – para a abordagem tradicional. Esta alternativa é a ideia de justificar os direitos humanos com base numa teoria moral fina

(thin) e não espessa (thick). A inspiração óbvia para isto é o trabalho de Rawls no que diz respeito à justificação da justiça no contexto das sociedades pluralistas. De forma a fazê-lo, Rawls deixa de apoiar-se em doutrinas abrangentes metafísicas ou morais, adotando a ideia de razão pública em sociedades liberais, isto é, sociedades com uma cultura pública liberal e democrática. Da mesma forma, poder-se-á defender os direitos humanos com base na ideia de uma razão pública internacional, e não de uma razão moral comum.

No entanto, a razão pública internacional é menos espessa do que a razão pública doméstica presente em sociedades liberais. Não pode por isso sustentar-se em ideias normativas fortes, como as ideias de racionalidade ou razoabilidade, liberdade ou igualdade dos cidadãos. Porém, pode começar a partir de princípios gerais já presentes na cultura contemporânea dos direitos humanos: universalidade, dignidade, talvez outros (como “igualdade”). A melhor alternativa possível, de forma a sustentar uma perspectiva funcionalista dos direitos do homem, parece depender de uma leitura não ontológica destes princípios e na busca de um equilíbrio refletido na justificação de diferentes direitos humanos.

Ao justificar os direitos humanos apelando a noções que já estão incorporadas na razão pública internacional e na prática dos direitos humanos, a perspectiva funcionalista pode, de facto, reforçar o papel dos direitos humanos. A sua função de limitar a soberania dos estados com base nos direitos legais individuais é também uma forma de empoderar os seres humanos no mundo, quando estes se confrontam com a força dos Estados. Os direitos dão às pessoas um estatuto especial, dão-lhes poder ou, utilizando uma expressão famosa de Vaclav Havel “o poder dos sem poder”. A razão moral por si só está muito mais distante de conseguir alcançar estes objetivos do que os direitos humanos.

Isto é suficiente como crítica à versão peculiar da tese central da perspectiva funcionalista apresentada por Raz. Direi algo muito breve sobre a posição de Raz relativamente à tese número quatro. Aparentemente, Raz rejeita a ideia de que os direitos humanos se aplicam diretamente apenas a Estados ou entidades semelhantes a estes. Ele diz que os direitos humanos podem ser realizados contra Estados, organizações internacionais, mas também contra os indivíduos e outras instituições domésticas. Assim, deveres diretos provenientes

dos direitos humanos aplicam-se virtualmente a todos os tipos de instituições internacionais e domésticas e igualmente aos indivíduos.

Esta ideia pode ser menos contraintuitiva do que o conteúdo da tese quatro. Por exemplo, Raz deverá dizer que um indivíduo x que mate um indivíduo y está a violar os direitos humanos de y, enquanto a visão *prima facie* estatista e institucionalista diria que x está a violar direitos humanos se ele ou ela for um agente do Estado ou de uma autoridade semelhante, agindo de acordo com o seu mandato político. No entanto, a ideia de que os deveres diretos face aos direitos humanos são os deveres dos Estados e autoridades semelhantes e no âmbito do seu mandato respetivo, e depois das organizações internacionais (multiestaduais) parecem encaixar melhor na perspetiva funcionalista.

Assim, os direitos humanos são criados pelo acordo dos Estados no âmbito do sistema da Nações Unidas e, depois, no âmbito de outros sistemas regionais e domésticos. A sua função é prevenir que esses mesmos Estados façam (ou não) determinadas coisas aos seus cidadãos e outros seres humanos. Por exemplo, o direito de não ser torturado existe precisamente porque a tortura era e ainda é comum como prática de certos Estados e autoridades semelhantes. Mas quando um assassino sádico tortura alguém antes de matá-lo, ele está a cometer um crime e um ato que é, para a maioria das teorias éticas, moralmente não permissível, não estando porém a violar direitos humanos. A proteção face ao assassino sádico é a razão pela qual moralidade e justiça criminal existem. O assassino sádico não é a razão para a existência dos direitos humanos.

Agora quero debruçar-me sobre a posição de Raz acerca do problema da lista (a minha tese cinco). Mencionei acima que o problema da extensão dos direitos humanos na perspetiva funcionalista tem de lidar diretamente (e não derivadamente) com a lista já presente no direito internacional. A crítica a essa lista não depende de um ou de alguns princípios morais geradores. Tem de ser construído algum tipo de “equilíbrio refletido”, usando a expressão de Rawls, no âmbito da prática dos direitos humanos sem por isso negligenciar alguns dos princípios gerais usados nesse contexto, tais como o princípio da “dignidade”. De certa forma, Raz reconhece isto quando diz que “os direitos humanos estão em fluxo.” Porém, Raz não nos oferece nenhum cenário claro onde possa surgir uma solução possível para este problema da lista.

Por um lado, Raz pensa que é da maior importância que os filósofos estejam próximos da prática dos direitos humanos. Por outro lado, queixa-se do facto de muitos “direitos” serem apenas coisas valiosas que alguns reclamam como direitos humanos (direito à educação sexual, direito à transparência social, direito à coexistência com a natureza, direito a ser amado, entre tantos outros). No final, parece que Raz percebe que a lista dos direitos humanos está em aberto e que só deve ser fechada àqueles valores que não podem ser considerados como direitos universais de todos os homens (e apenas parte de uma conceção específica da vida boa).

Quando pedi a Raz que dissesse algo mais acerca do problema da extensão², a saber, se ele favorece o minimalismo ou maximalismo, ele disse que não sabia nem se preocupava com isso. A sua resposta pode ter uma leitura trivial, mas também uma leitura não trivial. A última remete-nos para um argumento que Raz reitera várias vezes no seu texto, a saber que os direitos humanos não são muito importantes ou que pelo menos a sua importância é muito exagerada pela perspetiva tradicional.

Suponho que de alguma forma Raz está certo. Para um funcionalista, o facto de que alguns direitos humanos possam deixar de realizar a função para a qual foram desenhados, pode ser uma boa notícia. Pode significar que a interferência na soberania dos Estados já não é necessário porque os Estados respeitam, protegem e promovem os direitos individuais sem necessidade de pressão externa. Neste sentido, quanto menos importantes forem os direitos humanos no mundo, melhor.

Porém, o facto de os direitos humanos se tornarem importantes na arena internacional pode ser uma coisa positiva num contexto em que os direitos individuais ainda não são respeitados por muitos Estados requerendo por isso interferência externa sobre a soberania desses Estados. Assim, em algumas circunstâncias o maximalismo é bom, mas noutras circunstâncias o minimalismo é melhor. Não estou certo do que Raz quererá dizer com a sua breve resposta à minha questão. De qualquer forma, favoreço esta interpretação. Além do mais, acredito que o minimalismo acerca dos direitos humanos pode

² Na “Homenagem a Joseph Raz”, organizada por José de Sousa e Brito na Fundação Luso-Americana para o Desenvolvimento, em Lisboa, em 2009.

ser uma utopia pela qual vale a pena lutar mas, por enquanto, num mundo com tantos regimes autoritários e repressivos, o maximalismo é a nossa melhor hipótese.

Conclusão

Como devemos então conceber os direitos humanos? Aceito a crítica que Raz faz diretamente à perspectiva tradicional. Para além disso, acredito que a perspectiva funcionalista transforma a questão no bom sentido: os direitos humanos são direitos legais e também direitos morais, mas não totalmente justificados. Porém, a versão de Raz da perspectiva funcionalista é insustentável. Uma versão mais robusta desta perspectiva precisa de:

- A1) incorporar na sua justificação princípios gerais tais como a universalidade e a dignidade;
- A2) uma conceção de justificação moral que se baseie na razão pública internacional, antes de recorrer, eventualmente, a qualquer justificação tradicional de direitos morais;
- B) aceitar a ideia contraintuitiva de que os detentores de deveres relacionados com os direitos humanos são, antes de mais, Estados e autoridades semelhantes;
- C) aceitar o maximalismo sobre os direitos humanos como o instrumento de trabalho mais apto para lidar com o mundo em que vivemos.

Referências bibliográficas

- BEITZ, Charles (2009), *The Idea of Human Rights*, Oxford, Oxford University Press.
- DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM (1948), in http://direitoshumanos.gddc.pt/3_1/IIIPAG3_1.htm.
- GARDNER, John (2008), "Simply in Virtue of Being Human: The Whos and Whys of Human Rights", *Journal of Ethics and Social Philosophy*, Vol. 2, N.º 2, February 2008, pp. 1-22.
- GRIFFIN, James (2008), *On Human Rights*, Oxford, Oxford University Press.

- HOHFELD, Wesley (1978), *Fundamental Legal Conceptions*. Arthur Corbin, ed., Westport, Conn., Greenwood Press.
- LOCKE, John (1689), *Dois Tratados do Governo Civil*, Lisboa, Edições 70, 2006.
- MCCRUDEN, Christopher (2008), "Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights", *University of Oxford Legal Research Paper Series*, n.º 24/2008 [mais tarde publicado no *European Journal of International Law*].
- PACTO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS (1966), in http://direitoshumanos.gddc.pt/3_1/IIIPAG3_1.htm.
- PACTO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS ECONÓMICOS, Sociais e Culturais (1966), in http://direitoshumanos.gddc.pt/3_1/IIIPAG3_1.htm.
- POGGE, Thomas (2002), *World Poverty and Human Rights: Cosmopolitan Responsibilities and Reforms*, Cambridge, Polity.
- RAWLS, John (1999), *The Law of Peoples*, Cambridge, Mass., Harvard University Press.
- RAZ, Joseph (2009) "Direitos Humanos sem Fundações", neste livro, e também (2010), "Human Rights without Foundations", in Samantha Besson & John Tasioulas (eds.), *The Philosophy of International Law*, Oxford, Oxford University Press, pp. 321-37.
- RORTY, Richard (1993), "Human Rights, Rationality, and Sentimentality", in Susan Hurley and Stephen Shute (eds.), *On Human Rights: The Oxford Amnesty Lectures*, New York, Basic Books, pp. 111-34.
- SHUE, Henry (1980), *Basic Rights: Subsistence, Affluence, and U.S. Foreign Policy*, Princeton, Princeton University Press.
- WALDRON, Jeremy (1987), "Nonsense Upon Stilts": Bentham, Burke and Marx on the Rights of Man, London, Methuen.
- WENAR, Leif (2005), "The Nature of Human Rights", in A. Follesdal and Th. Pogge (eds.), *Real World Justice*, Dordrecht, Kluwer, pp. 285-94.