

## **OS DIREITOS HUMANOS E A CONFUSA RELAÇÃO ENTRE DIREITOS NATURAIS E DIREITOS MORAIS**

### *HUMAN RIGHTS AND THE CONFUSED RELATION BETWEEN NATURAL RIGHTS AND MORAL RIGHTS*

**André Luiz Olivier da Silva<sup>1</sup>**

**SUMÁRIO:** Introdução; 1. Entre direitos e deveres; 2. A solidariedade e o pano de fundo moral; 3. Um sentido “fraco” par aos direitos humanos; Considerações Finais; Referências das fontes citadas.

#### **RESUMO**

O objetivo do presente trabalho é analisar o significado dos direitos humanos a partir da relação que se estabelece entre direitos naturais e direitos morais, ressaltando as dificuldades que envolvem uma justificação jusnaturalista dos direitos humanos segundo a moralidade. Sob o contexto normativo das obrigações morais, propõe-se uma metodologia descritiva, pela qual se analisa a maneira como os direitos humanos são nomeados, com o intento de mostrar que a palavra “direito” é comumente entendida a partir de uma matriz contratualista, embora isto não implique dizer que os direitos humanos só existam porque haja um ordenamento normativo e estatal assegurando a sua existência. A conclusão obtida neste trabalho é a de que os direitos humanos são considerados direitos em um sentido “fraco” justamente porque não passam de promessas e exigências mútuas que não estão submetidas a uma instância jurisdicional de cobrança, quando uma pessoa apenas espera e reivindica ações de outra.

**Palavras-chave:** Direitos humanos; Direitos naturais; Direitos morais; Obrigação; Contrato.

---

<sup>1</sup> Professor do Curso de Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, São Leopoldo, Rio Grande do Sul, Brasil. Atualmente, é Coordenador do Curso de Graduação em Direito da Unisinos, bem como Advogado e Doutor em Filosofia pela mesma instituição. Endereço eletrônico: [aolivierdasilva@yahoo.com.br](mailto:aolivierdasilva@yahoo.com.br)

## **ABSTRACT**

The aim of this work is to analyze the meaning of human rights from the bond that is established between natural rights and moral rights, highlighting the difficulties involving jusnaturalistic justification of human rights according to morality. In the normative context of moral obligations, it is proposed a descriptive methodology, by which it is analyzed how human rights are named, wanting to show that the word "rights" is commonly understood from the contractualist matrix, although it does not imply saying that human rights only exist because there is a state and normative arrangement assuring their existence. The conclusion obtained in this work is that human rights are considered as rights in a "weak" sense and therein they are only mutual promises and claims which do not depend on a jurisdictional collecting court, when someone simply waits and vindicates actions against another one.

**Key-words:** Human rights; Natural rights; Moral rights; Obligation; Contract.

## **INTRODUÇÃO**

Na expressão "direitos humanos", o termo "direitos" é definido sob o contexto das obrigações morais e, nesse sentido, pode significar um direito moral. O problema é que a investigação do direito segundo os limites da moralidade corre o risco de deturpar uma definição mais sóbria acerca do seu significado, a ponto de, no caso dos direitos humanos, vinculá-los aos direitos naturais. Afinal de contas, o que significa dizer que os direitos humanos são direitos morais? Significa dizer que direitos morais são direitos naturais? A raiz dos equívocos, no que tange à colocação deste problema, encontra-se na matriz normativa que se esconde por trás do jusnaturalismo, que concebe a obrigação moral a partir do direito subjetivo, provocando alguns mal-entendidos no processo de justificação dos direitos humanos, como relacionar os direitos humanos a direitos inatos do indivíduo, que se manifestam em um estado natural e anterior à sociedade; e pressupor que os direitos humanos são direitos naturais porque não implicam sanção, tendo em vista que não estão sujeitos a uma instância jurisdicional de cobrança.

Os equívocos deste tipo de moldura normativa se devem, em grande parte, ao ambicioso projeto de definição dos "direitos" segundo o próprio direito, como se os direitos humanos e as obrigações morais derivassem *prima facie* de direitos

que serviriam de fundamento para os próprios direitos fundamentais. Muitos são os jusnaturalistas que, influenciados pelo espírito iluminista de Kant, almejam encontrar um sentido absoluto, universal e inalienável aos direitos humanos, conforme afirma Laporta. Dessa forma, confundem os direitos morais com os direitos naturais, de modo que a maioria dos filósofos contemporâneos, como Bobbio, Nino, Mackie e Raz, estabelece essa relação entre direitos morais e direitos naturais. Mas, se os direitos morais não correspondem aos direitos naturais, como se deve entendê-los? A solução desses equívocos passa por uma metodologia descritiva, isto é, uma descrição do modo pelo qual as pessoas se referem aos direitos humanos, pois os obstáculos do jusnaturalismo só serão perpassados quando a investigação evitar o uso de uma linguagem formal e normativa para nomear e dizer quais devem ser os direitos humanos. Assim, a nossa investigação poderá explicitar o que significa tomar os direitos humanos em um sentido "fraco", conforme esclarece Dworkin e autores como Tugendhat, mostrando que os direitos do homem e do cidadão estão arraigados à moralidade. Esses direitos só adquirem significado à medida que são incorporados pelas práticas morais, com base nos vínculos de solidariedade, quando do estabelecimento de promessas recíprocas e da consequente formulação de juízos morais.

## 1. ENTRE DIREITOS E DEVERES

A justificação dos direitos humanos não encontra respaldo no dever, nem em uma lei da natureza, nem pode ser explicada por uma linguagem dogmático-normativa, embora tradicionalmente o "dever"<sup>2</sup> seja apontado como o

---

<sup>2</sup> Isso se deve à influência de Kant nas teorias contemporâneas sobre a fundamentação moral, pois as formulações do imperativo categórico enunciam um dever, determinando o que o agente moral deve fazer diante de uma escolha. O imperativo categórico, ou o princípio supremo da moralidade, segundo Kant, estabelece que a máxima que guia e orienta as escolhas morais dos seres humanos deve ser universal e válida a todos os agentes morais, como prescreve a primeira formulação do imperativo: "**Age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal**" (KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 1974. p. 223). Dessa forma, se pensarmos nos direitos humanos, ver-se-á que esses direitos são os mesmos para todos os seres humanos, iguais a todos, e, por isso, são (ou melhor, deveriam ser) denominados direitos

fundamento dos motivos que levam alguém a escolher o justo e não o injusto. Os direitos humanos são confundidos com as proposições prescritivas, de sorte que só ganham algum sentido com o uso dos moduladores deontológicos, como "obrigado", "proibido" e "permitido"<sup>3</sup>. No caso desse último modulador – o "permitido" –, as pessoas não são exatamente forçadas a cumprirem suas obrigações, como se não houvesse opção, pois "podem" negar-se ao seu cumprimento, desde que arquem com algumas sanções.

Em razão dessa possibilidade, é comum a definição do que são direitos no sentido de "ter ou possuir um direito a algo", ou, ao menos, "possuir o direito de reivindicar o que é seu por direito". Toda obrigação, aliás, pode ser definida a partir do "ter um direito a algo", quando, por exemplo, se diz que A possui o direito a X em relação a B. Essa definição não escapa da linguagem normativa, mas torna o "direito" um termo enfraquecido e mais flexível do que o "direito" como sinônimo do dever jurídico decretado pela lei, conforme se pretende expor neste artigo. Segundo a perspectiva do direito natural, os direitos (quando empregados em expressões como "ter um direito a algo") são compreendidos na medida em que perquirimos uma série de direitos derivados de outros direitos até atingir aqueles denominados naturais e que servem de fundamento a todo ordenamento positivado. Assim, o fundamento para os direitos humanos, e talvez até para a moralidade, encontrar-se-ia na natureza do próprio ser humano, nos limites de sua dignidade, como se as obrigações morais e alguns

---

universais. Por conseguinte, a segunda enunciação do imperativo categórico afirma que cada ser humano deve tratar os outros indivíduos, e também ser tratado, como um fim em si mesmo e nunca, como um meio para a prática de outras ações. Diz o imperativo: "**Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio**" (KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. p. 229). Logo, o imperativo categórico parece ditar as regras do agir humano, dizendo como os direitos humanos "devem ser" para possuírem valor moral. Nesse sentido, o imperativo da moralidade enuncia que os direitos são universais e dirigidos a todos os seres humanos, que devem ser tratados como fins em si mesmos.

<sup>3</sup> Do contrário, sem os moduladores deontológicos, a investigação sobre os direitos humanos cairia em equívocos irreparáveis, conforme afirma Laporta: "Si lo hago así es porque, en general, no veo argumento alguno que demuestre convincentemente que la categoría normativa «derecho a...» sea una exclusiva de los lenguajes jurídicos, al igual que no lo es ninguna otra categoría normativa, como 'deber', 'obligación', 'prohibición', 'facultad', 'permiso', etc. (Páramo, 1987) pero más en particular lo hago porque si no se parte de esa perspectiva la idea de 'derechos humanos' tal y como se concibe usualmente encuentra un obstáculo teórico insalvable." (LAPORTA, Francisco. El concepto de derechos humanos. **Doxa** [Publicaciones periódicas], Alicante-Espanha, n. 4, p. 32, 1987.)

direitos derivassem, em última instância, de um direito fundamental e inerente à espécie humana.

A propósito disso, o modulador “permissivo” representa a possibilidade do indivíduo escolher, entre algumas alternativas, aquela que mais lhe agrada, de sorte que é justamente aqui que se esconde a válvula de escape da abordagem prescritiva das obrigações morais, no sentido de que o “permitido” faculta algo, sem obrigar ninguém a nada. Não que se possa escapar, por completo, da normatização, mas é justamente a partir do direito natural que o “direito” pode ser pensado em um sentido “fraco”, como um poder não submetido aos tentáculos das instituições estatais. A “permissão” desdobra-se em “direito subjetivo”, que não obriga o agente a praticar qualquer ação porque, antes de obrigá-lo, confere-lhe uma capacidade ou uma faculdade, de sorte a permitir-lhe algo. A relação obrigacional entre credor e devedor, por exemplo, explicita essa permissão, colocando nas mãos do credor um poder, que é também um direito – um poder de escolher se quer ou não exercer o seu direito. Pressupõe-se, com isso, um estado de liberdade para o possuidor do direito, como se “todo” o ser humano possuísse direitos subjetivos que são universalmente válidos, direitos anteriores à lei positiva, que se desdobram em deveres capazes de garantir a autonomia da vontade do agente moral.

O imbróglio da questão é que nem sempre a vontade da parte possuidora do direito pode realmente ser saciada, como o credor, que nem sempre consegue efetivar o direito ao qual está autorizado a possuir. Quando os seus efeitos não acontecem, o termo “direito” passa a ser compreendido em um sentido “fraco”, na medida em que não existem garantias reais quanto à sua eficácia. Verifica-se, assim, a confusa relação que se costuma estabelecer entre direito moral e direito natural, em contraste com o direito legal e positivo. Aliás, é recomendável cuidado para não se relacionar o conjunto das expressões “direito moral” e “direito legal” ao conjunto respectivo das expressões “direito natural” e “direito positivo” – embora a maioria dos autores contemporâneos<sup>4</sup> estabeleça esse tipo

---

<sup>4</sup> Bulygin destaca que Dworkin, Rawls, Nozick, Finnis, Carlos Nino e Bobbio estão entre os defensores do direito natural, que remetem a justificação dos direitos humanos ao direito natural.

de relação, como é o caso de Bobbio, que ressalta a compatibilidade entre "direitos morais naturais" e "direitos legais positivos". Diz o autor:

No que se refere ao significado da palavra "direito" na expressão "direitos do homem", o debate é permanente e confuso. Contribuiu, para aumentar a confusão, o encontro cada vez mais freqüente entre juristas de tradição e cultura continental e juristas de tradição anglo-saxônica, que usam freqüentemente palavras diversas para dizer a mesma coisa e, por vezes, acreditam dizer coisas diversas usando as mesmas palavras. (...) O único modo para nos entender é reconhecer a compatibilidade entre as duas distinções, em função da qual "direitos morais" enquanto algo contraposto a "direitos legais" ocupa o mesmo espaço ocupado por "direitos naturais" enquanto algo contraposto a "direitos positivos".<sup>5</sup>

Carlos Santiago Nino<sup>6</sup> também define os direitos humanos como direitos morais, valendo-se igualmente da fundamentação do jusnaturalismo. Nino propõe a

---

Diz: "Sin embargo, en los últimos tiempos se ha producido un nuevo renacimiento de las teorías jusnaturalistas, aunque sus protagonistas rara vez utilizan el término «derecho natural» para referirse a sus doctrinas. Este resurgimiento del derecho natural comienza con Ronald Dworkin, quien lanzó ya en los últimos sesenta su famoso ataque al positivismo de Hart. En los últimos años se ha incrementado notoriamente el número de pensadores que cabe calificar como partidarios del derecho natural: Rawls y Nozick en los Estados Unidos, Finnis en Inglaterra y Carlos Nino en la Argentina son quizás sus representantes más notorios. Todos estos autores se ocupan de derechos y en particular de los derechos humanos." (BULYGIN, Eugenio. Sobre el status ontológico de los derechos humanos. **Doxa** [Publicaciones periódicas], Alicante-Espanha, n. 4, p. 81, 1987.).

<sup>5</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 7.

<sup>6</sup> Em defesa do direito natural, afirma Nino: "Un punto conceptual que suele generar agudas confusiones, aun cuando ha gozado de un progresivo esclarecimiento en los últimos tiempos, es el de la **especie** de derechos a la que se alude cuando se habla de derechos humanos. (...) tiene pleno sentido preguntarse si los derechos humanos son de índole jurídica o moral o si corresponden a esa categoría mestiza constituída por el **derecho natural** (o si pueden ser a la vez morales, jurídicos y "jurídico-naturales"). (...) La percepción de esta circunstancia há llevado, desde hace siglos, a muchos teóricos a sostener la tesis de que los derechos humanos tienen origen no en el orden jurídico positivo sino en un "derecho natural", o sea en un sistema normativo que se caracteriza por el hecho de que el critério según el cual ciertas normas pertenecen a él no está basado em actos contingentes de dictado o reconocimiento por parte de ciertos individuos, sino en su justificación intrínseca." (NINO, Carlos Santiago. **Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación**. Barcelona: Ariel, 1989. p. 14 – 15, grifos do autor). No entanto, Nino enfrenta sérias objeções de Eugenio Bulygin, que alega o seguinte: "En el transcurso del desarrollo de la teoría de los derechos humanos fueron ofrecidas distintas propuestas para su fundamentación. Casi todas estas propuestas parten del supuesto de que los derechos humanos no pueden tener su fundamento (exclusivo) em el derecho positivo, pues la idea de derechos humanos cobra especial importancia cuando tales derechos son violados o no reconocidos por los ordenamientos jurídicos positivos." (BULYGIN, Eugenio. Sobre el status ontológico de los derechos humanos. **Doxa** [Publicaciones periódicas], p. 79.). As críticas feitas por Bulygin a Nino se referem à indefinição dos direitos independentes do ordenamento jurídico, tendo em vista que não conseguimos verificar um

construção de uma moral crítica ou ideal a partir do direito natural, intitulada "(...) **"construtivismo ético"** (também há sido denominado 'formalismo' o 'conceptualismo', aunque estos rótulos no son equivalentes)."<sup>7</sup>. Propõe, ainda, uma fundamentação intrínseca ao direito: "las razones morales deben operar no sólo 'detrás' del derecho sino también, por lo que acabo de decir, 'a través' del derecho"<sup>8</sup>. Por certo, Nino está a destacar o primado do direito na justificação política, porém, não se pode olvidar que ele amplia a fundamentação a partir de direitos para o campo da moralidade.

Ao contrário do jusnaturalismo tradicional, que propõe uma justificativa contratualista à política, Mackie, assim como Nino, quer fundar a moralidade em direitos. Em paralelo à posição jusnaturalista que visa comprovar a continuidade dos direitos naturais no contrato, Mackie afirma o seguinte: "Quando sabemos que vantagens uma teoria baseada no direito pode assegurar, deberíamos antes ser capazes de explicitar que direitos as asseguram"<sup>9</sup>. Mackie ressalta que a moralidade é baseada em direitos e estes, por sua vez, servem como pedra fundamental para o estabelecimento de finalidades e deveres. Afirma Mackie:

Qualquer teoria política ou moral baseada no direito tem que definir se os direitos de que trata são "direitos naturais" ou "direitos humanos", universalmente válidos ou determináveis *a priori* por alguma razão, ou se são historicamente determinados nas ou pelas instituições de fato de uma sociedade específica, a ser descoberta pela

---

estatuto ontológico para esses direitos. Diz Bulygin: "Por un lado, nada impide hablar de derechos morales y de derechos humanos, pero tales derechos no pueden pretender a una validez absoluta. Ellos sólo pueden ser interpretados como exigencias que se formulan al orden jurídico positivo desde el punto de vista de un determinado sistema moral. Si un orden jurídico positivo cumple o no efectivamente con esas exigencias es una cuestión distinta, que sólo puede ser contestada en relación a un determinado orden jurídico y un determinado sistema moral. (...) Pero cuando un orden jurídico positivo, sea éste nacional o internacional, incorpora los derechos humanos, cabe hablar de derechos humanos jurídicos y no ya meramente morales." (BULYGIN, Eugenio. Sobre el status ontológico de los derechos humanos. *Doxa* [Publicaciones periódicas], p. 83).

<sup>7</sup> NINO, Carlos Santiago. **Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación**. Barcelona: Ariel, 1989. p. 92.

<sup>8</sup> NINO, Carlos Santiago. **Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación**. p. 124.

<sup>9</sup> "When we know what advantages a right-based theory might secure, we shall be better able to specify the rights that would secure them." (MACKIE, J.L. Can there be a right-based moral theory? In: WALDRON, Jeremy (ed.). **Theories of rights**. Oxford: Oxford University, 2004. cap. VIII, p. 171, tradução nossa. (Oxford readings in philosophy, 25).).

análise de suas leis e práticas atuais. No entanto, no meu ponto de vista fico em dúvida sobre essa divisão. Os direitos fundamentais são entendidos como universais. Por outro lado, não estou afirmando que isso seja objetivamente válido ou que sua validade seja demonstrada pela razão: eu estou apenas sugerindo-a e recomendando-a para adoção geral como um princípio moral. Igualmente, tenho defendido que este direito fundamental deve ser expresso apenas como um direito *prima facie*. Direitos específicos decorrentes (que podem ser definitivos, não simplesmente *prima facie*) serão historicamente estabelecidos dependendo de circunstâncias concretas e da interação dos atuais interesses e preferências que as pessoas têm.<sup>10</sup>

Complementa Mackie:

A teoria proposta é baseada apenas no direito; ela não produz direitos, muito menos direitos *prima facie* fundamentais, os únicos elementos morais; ela origina os objetivos e deveres a partir desses direitos fundamentais.<sup>11</sup>

Desse modo, a moralidade seria justificada por direitos, tendo em vista a prioridade deles no processo de fundamentação dos direitos morais humanos. Aliás, é preciso deixar claro que a fundamentação dos direitos morais costuma ter como parâmetro ou o dever, ou o direito, ou, ainda, a ambos. No caso da terceira modalidade de fundamentação, que aborda o argumento a favor da compatibilização entre direitos e deveres, verifica-se que, para alguém possuir um determinado direito a algo, é preciso pressupor o estabelecimento de uma relação obrigacional composta por dois polos; uma relação pela qual um dos polos dá um direito, de modo objetivo, à outra pessoa, enquanto o outro lado –

---

<sup>10</sup> "Any right-based moral or political theory has to face the issue whether the rights it endorses are 'natural' or 'human' rights, universally valid and determinable **a priori** by some kind of reason, or are historically determined in and by the concrete institutions of a particular society, to be found out by analysis of its actual laws and practices. However, the view I am suggesting straddles this division. The fundamental rights is put forward as universal. On the other hand I am not claiming that it is objectively valid, or that its validity can be found out by reason: I am merely adopting it and recommending it for general adoption as a moral principle. Also, I have argued that this fundamental right has to be formulated only as a **prima facie** right. Derived specific rights (which can be final, not merely **prima facie**) will be historically determined and contingent upon concrete circumstances and upon the interplay of the actual interests and preferences that people have." (MACKIE, J.L. **Theories of rights**. p. 178, grifos do autor, tradução nossa.).

<sup>11</sup> "The suggested theory is only right-based; it does not make rights, let alone fundamental **prima facie** rights, the only moral elements; it provides for the derivation of goals and duties from those fundamental rights." (MACKIE, J.L. **Theories of rights**. p. 181, grifos do autor, tradução nossa.).



como a cara ou a coroa de uma moeda – ganha um “direito a algo” e pode escolher o que fazer com esse direito. Por causa disso, jusnaturalistas como Bobbio e Laporta não irão fundar a moralidade meramente a partir de direitos, visto que defendem a pluralidade no âmbito dos fundamentos morais dos direitos humanos.

O importante é que a pessoa que deu o direito fica obrigada e, como o lado avesso da moeda, “deve” assegurar a efetividade do direito dado. Nesse sentido, a justificação dos direitos humanos não pode se restringir à natureza do “direito”, mas, como se trata de uma análise da obrigação, é também uma questão deontológica, de sorte que um lado da relação obrigacional tende só a esperar, enquanto o outro “deve” agir ou fazer alguma coisa, cumprindo com a sua parte. Bobbio, aliás, arrola a metáfora da moeda, mostrando que a prioridade em relação ao “direito” na fundamentação dos direitos humanos é recente na história da humanidade, remontando ao Iluminismo e à eclosão das revoluções liberais. Ao contrário de Mackie e Nino, que almejam fundar a moralidade puramente em direitos, Bobbio não menospreza o papel do “dever”, presente não só em Kant, mas também anterior à própria modernidade. O “dever” também seria constituinte das bases morais dos direitos humanos, como diz Bobbio:

Com uma metáfora usual, pode-se dizer que direito e dever são como o verso e o reverso de uma mesma moeda. Mas qual é o verso e qual é o reverso? Depende da posição com que olhamos a moeda. Pois bem: a moeda da moral foi tradicionalmente olhada mais pelo lado dos deveres do que pelo lado dos direitos.<sup>12</sup>

Portanto, a justificação da obrigação moral, e, por consequência, dos direitos humanos, se daria a partir da combinação entre direitos e deveres<sup>13</sup>, como afirma Laporta:

---

<sup>12</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. p. 53.

<sup>13</sup> Joseph Raz também propõe uma fundamentação pluralista, composta tanto por direitos como por deveres. No entanto, destaca que os deveres não são deduzidos a partir de direitos, pois os deveres, assim como os direitos, são deveres intrínsecos. Afirma: “Minha proposta neste artigo é sugerir que a moralidade não é baseada no direito. Eu não pretendo recomendar que essa opinião

Esto nos lleva directamente a tener que mantener la llamada «tesis de la correlatividad» entre derechos y deberes en su sentido más fuerte. En ese sentido fuerte la tesis viene a decirnos que la expresión «tener un derecho» significa que otra u otras personas tienen un deber, es decir, que la noción de 'derecho' es reducible a una noción lógicamente más primitiva como es la de 'deber'.<sup>14</sup>

A relação entre direitos e deveres é problemática porque a fundamentação da moral, e a dos direitos humanos na moralidade, esbarra em uma linguagem normativa, de modo que a investigação racional acerca desses direitos visa mais influenciar e alterar o comportamento humano do que propriamente descrevê-lo e observá-lo. Contudo, os direitos humanos provêm de obrigações morais que não se reduzem ou estão sujeitas às simples regras que os homens criam e impõem uns aos outros. Enquanto algumas obrigações estão positivadas no ordenamento jurídico, outras não encontram o respaldo da legalidade, de modo que até podem existir, mas não persistem no ordenamento normativo. Os direitos humanos retratam situação semelhante, pois oscilam entre um sentido "forte" e um sentido "fraco"<sup>15</sup>.

As obrigações que constituem esses direitos são variáveis em grau, e umas são mais fortes do que as outras na medida em que estão previstas no ordenamento jurídico ou não.

---

seja baseada tanto no dever quanto no objetivo. Minha proposição é a de que entre os princípios fundamentais devem ser encontrados valores, direitos e deveres. Eu apresento considerações que tendem a enfraquecer a visão de direitos de moralidade e, em conjunto, a apoiar um entendimento pluralístico das bases da moralidade." [*My propose in this article is to suggest that morality is not right-based. I do not propose to urge the view that it is either duty-based or goal-based. My suggestion will be that among its fundamental precepts are to be found values, rights, and duties. I shall present considerations which tend to undermine the rights view of morality and, in combination, to support a pluralistic understanding of the foundation of morality.*] (RAZ, Joseph. Right-based moralities. In: WALDRON, Jeremy (ed.). **Theories of rights**. Oxford: Oxford University, 2004. cap. IX, p. 182, tradução nossa. (Oxford readings in philosophy, 25).). Para Raz, por trás destes fundamentos, encontra-se sempre um fundamento que podemos chamar de "razão".

<sup>14</sup> LAPORTA, Francisco. El concepto de derechos humanos. **Doxa** [Publicaciones periódicas], Alicante-Espanha, n. 4, p. 25, 1987.

<sup>15</sup> Conforme afirma Dworkin: "(...) os cidadãos têm **alguns** direitos morais contra seu Governo." [(...) *citizens have **some** moral rights against their Government.*] (DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1978. p. 178, tradução nossa, grifo do autor.)

## 2. A SOLIDARIEDADE E O PANO DE FUNDO MORAL

A nomeação dos direitos é uma tarefa que não diz respeito à perquirição moral sobre os direitos humanos, no sentido de que à investigação compete descrever e explicar o modo pelo qual as pessoas se referem aos direitos denominados humanos. Com base no procedimento descritivo, pode-se observar que não só as pessoas, mas, também suas teorias e visões de mundo, atribuem um sentido "absoluto" aos termos da linguagem que empregam para falar do fenômeno moral dos direitos que são tão especiais para os seres humanos. Afirmamos possuir direitos naturais ou mesmo direitos morais, que nos pertencem em razão de nossa natureza racional que nos constitui enquanto seres humanos. Os direitos, então, enquanto direitos naturais, passam a ser adjetivados com as palavras "absoluto", "universal" e "inalienável"<sup>16</sup> – e é justamente nesse ponto que aparece um dos equívocos das investigações sobre os direitos humanos e a moralidade.

Para atribuir direitos "absolutos" ao ser humano, a argumentação de cunho formalista terá de pressupor, como marco metodológico, uma posição inicial e hipotética ao indivíduo, anterior à vida social, uma posição atemporal e não histórica, inata ao homem e *a priori* a toda experiência possível. Ao imaginar essa situação natural do indivíduo, a investigação enreda-se em conflitos e ilusões, vindo a projetar o "direito que se gostaria de ter" sobre o "direito que se tem"<sup>17</sup>.

Os seres humanos estão tão arraigados à vida em sociedade que é impossível considerá-los seres solitários e alheios ao grupo, como se fossem seres livres e autônomos para decidir perante um dilema moral ou mesmo para exercer

---

<sup>16</sup> Laporta define os direitos humanos a partir de uma linguagem normativa, vindo a atribuir a esses direitos as seguintes características formais e abstratas: universalidade, absolutos e inalienáveis (LAPORTA, Francisco. El concepto de derechos humanos. **Doxa** [Publicaciones periódicas], p. 32 - 44).

<sup>17</sup> Diz Bobbio: "O problema do fundamento de um direito apresenta-se diferentemente conforme se trate de buscar o fundamento de um **direito que se tem** ou de um **direito que se gostaria de ter**." (BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. p. 15).

livremente o seu direito. Não há um indivíduo em sua pureza, e os homens estão, desde o seu nascimento, inseridos em uma comunidade moral, obrigados a prestar contas junto aos seus semelhantes e a agir de acordo com os seus interesses. Em conjunto com os demais, os seres humanos enunciam juízos morais e formulam os seus próprios direitos, em especial os direitos classificados como morais. Igualmente a qualquer termo da linguagem, a expressão "direitos humanos" é também uma consequência da construção coletiva do significado das palavras, determinada mais pelo uso e pelas circunstâncias do grupo do que propriamente pela vontade do indivíduo. Aliás, a própria noção de indivíduo não passa de uma invenção a partir do meio ambiente no qual está agrupado e inserido o ser humano.

Os direitos do homem e do cidadão não podem ser explicitados a partir de uma moral individualista, pois são direitos que se explicam por causa das obrigações que animam os seres humanos a fixarem vínculos de reciprocidade entre si com fulcro naquilo que percebem e acreditam serem os valores morais de bem e mal. Por trás de direitos e deveres, há um pano de fundo que é estritamente moral, pelo qual os seres humanos se relacionam de modo fraterno e solidário, vindo a estruturar um ordenamento jurídico para proteger e garantir a articulação dos laços de reciprocidade mútua. Mais do que isso, as obrigações que constituem os direitos humanos estão estruturadas sob a mesma base afetiva e emanam da proposição "eu prometo", quando alguém se compromete, por meio de um ato linguístico, a realizar algo em um tempo futuro.

A promessa molda a obrigação moral e surge a partir de exigências mútuas e recíprocas estabelecidas entre os seres humanos, quando esses se relacionam e entram em contato entre si. Nesse sentido, a "moral" não pode ser entendida a partir de uma fundamentação racionalista, pois, do contrário, cairíamos na defesa metafísica das teorias modernas tradicionais. A "moral" possui uma base afetiva, vinculada à simpatia e à reciprocidade espontânea que nasce dos vínculos sociais e une os homens em torno de uma causa em comum. Resume-se a um sistema de exigências, conforme afirma Tugendhat: "Eu parto da suposição de que uma moral é um sistema de obrigações e que estas devem ser

entendidas como exigências mútuas<sup>18</sup>. Ou seja, nenhum indivíduo está à margem dos vínculos sociais e, como participante de um sistema de obrigações, todo o ser humano não só espera os resultados das ações dos outros como também exige para si mesmo o respeito e o cumprimento de determinadas atitudes.

As obrigações são promessas que um ser humano pode cobrar do outro, promessas que constituem as exigências por direitos que, por sua vez, irão alicerçar não apenas os sistemas legais e jurídicos, mas também qualquer sistema de moralidade que envolva juízos de valor moral, juízos enunciados pelo agente moral acerca do “correto” e do “errado”, juízos que definem e distinguem o que é o “bem” e o “mal”. Juízos que irão surgir justamente a partir das promessas, seja a partir de sua manutenção e fidelidade, que será considerada uma ação boa, seja em reação ao seu rompimento, que se considerará errada, má e injusta. A obrigação agrega valores comuns a determinados grupos e sociedades e, na medida em que são formuladas novas obrigações, as partes envolvidas constroem socialmente um conceito para aquilo que consideram justo ou injusto. Nesse ponto, reside o traço marcante e distintivo das obrigações morais, um traço que pode alavancar o afastamento dos direitos morais em relação ao terreno do direito natural.

As obrigações morais são trocas que emanam dos vínculos sociais de solidariedade, trocas espontâneas que podem conduzir a direitos e deveres entre os membros da comunidade. No entanto, a recusa de uma posição inicial e original do estado de natureza pode conduzir a investigação dos direitos humanos para uma versão contratualista da moral – e aqui se encontra um novo engodo, talvez o maior de todos. Talvez, a natureza dos direitos humanos esteja fadada a ser explicada estritamente pelo pacto social, pois os vínculos morais da promessa são fixados a partir da confiança que um indivíduo tem em relação à outra pessoa, quando um homem, por exemplo, dá a sua palavra ao outro e se

---

<sup>18</sup> TUGENDHAT, Ernst. O contratualismo na moral. In: BRITO, Adriano Naves de (Org.). **Ética:** questões de fundamentação. Brasília: Universidade de Brasília, 2007. p. 37.

obriga a realizar (ou a não realizar, como no caso de uma obrigação negativa, de não fazer) algo em momento subsequente.

Uma pessoa se obriga à outra na medida em que quer algo com ela, sendo instigada, a fim de saciar o seu próprio querer, a prometer alguma coisa em troca, dada em contrapartida. Ao prometer, o indivíduo fica obrigado, de modo que o polo oposto da relação obrigacional passa a esperar determinados comportamentos dele. Passa a antever e esperar a conduta alheia, acreditando que o promitente agirá de acordo com a palavra empenhada.

No ato de prometer, o indivíduo outorga, objetivamente, um direito<sup>19</sup> ao outro (um direito denominado subjetivo) e a ele fica enlaçado e amarrado, sendo necessário ao promitente, para desenlaçar o nó que une as partes, satisfazer o que restou prometido. Trata-se de um jogo, conforme afirmou Hare<sup>20</sup>, “o jogo da promessa”<sup>21</sup>, conforme disse Tugendhat, “um jogo de conceder e assumir um direito”<sup>22</sup>, pelo qual uma das partes promete “algo”, gerando uma expectativa (que se tornará um “direito a algo”) na outra parte. Esta outra parte, ao assumir o direito como “algo” seu, pode exigir o cumprimento do que foi prometido. As crianças, por exemplo, aprendem rapidamente a jogar a promessa, compreendendo não só como se exige o direito, mas também como se renuncia a ele. Diz Tugendhat:

---

<sup>19</sup> Deixando à parte os deveres, é notável o paralelo entre as obrigações morais e os direitos, de modo que a todas as obrigações correspondem algum ou alguns direitos (não se trata de uma correspondência um por um, como se a uma obrigação correspondesse exatamente um direito), conforme afirma Tugendhat: “(...) isto significa que às obrigações que temos em relação ao outro correspondem por sua vez direitos.” (TUGENDHAT, Ernst. Direitos humanos. In: \_\_\_\_\_. **Lições sobre ética**. 5. ed. Tradução de Aloísio Ruedell. Petrópolis: Vozes, 2003. Décima sétima lição. p. 336). Nesse sentido, compreende-se porque os direitos humanos são considerados direitos morais, pois a significação do termo “direito” (humano) corresponde às obrigações de cunho estritamente moral, que se traduzem na promessa. Afirma Bobbio: “Não há direito sem obrigação; e não há nem direito nem obrigação sem uma norma de conduta. A não usual expressão “direitos morais” torna-se menos estranha quando é relacionada com a usadíssima expressão “obrigações morais”. (...) mas, quando se introduz a noção de “direito moral”, introduz também, necessariamente, a correspondente “obrigação moral”. Ter direito moral em face de alguém significa que há um outro indivíduo que tem obrigação moral para comigo.” (BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. p. 8).

<sup>20</sup> Ver HARE, Richard. The promising game. In: FOOT, Philippa (ed.). **Theories of ethics**. London: Oxford University Press, 1967. Cap. VIII. p. 115.

<sup>21</sup> TUGENDHAT, Ernst. **Lições sobre ética**. p. 340.

<sup>22</sup> TUGENDHAT, Ernst. **Lições sobre ética**. p. 337.

Como a criança aprende aquilo que se quer dizer com a expressão “eu prometo”? A mãe tentaria explicar para a criança que quando ela emprega este termo, ela dá à criança a autorização de exigir o cumprimento da promessa. E a criança pode aprender a fazer o mesmo. A mãe – falando em linguagem figurada – dá à criança uma rédea na mão, na qual ela se amarrou; e a criança agora aprende que pode puxar a rédea conforme deseja, mas que também pode soltá-la. Esta última possibilidade designamos como renúncia ao cumprimento da exigência do direito (no inglês existe para isto uma palavra própria: *to waive one’s right*).<sup>23</sup>

O exemplo da criança com as rédeas na mão é análogo à relação credor e devedor, relação contratual pela qual a parte que possui um direito a algo (isto é, o credor) “pode” puxar as rédeas e exigir o cumprimento do seu direito. Disso, conclui-se que a promessa dá a uma das partes não só a capacidade para tomar o direito como seu, mas dá também o poder de exigir a execução daquilo que restou prometido. A promessa não pressupõe a ideia de um estado de individualidade no qual se verificam direitos absolutos e inatos ao homem, nem um estado no qual o direito existe sem um sistema de sanção para a ocasião de seu desrespeito. A promessa é consequência de um acordo coletivo, gerada pelo consenso entre os seres humanos, de modo que é muito difícil evitar uma versão contratualista para explicar a base moral dos direitos humanos.

### **3. UM SENTIDO “FRACO” PARA OS DIREITOS HUMANOS**

No processo de fundamentação dos direitos humanos, um dos maiores descuidos da investigação é tomar um estado natural de individualidade como o ponto de partida para a atribuição de direitos absolutos e inatos ao ser humano. Com efeito, uma perspectiva contratualista para explicar a origem do direito é praticamente inevitável, pois o “direito” surge, ao final das contas, por meio de um acordo consensual entre as partes.

---

<sup>23</sup> TUGENDHAT, Ernst. **Lições sobre ética**. p. 337.

A perspectiva contratualista é evidente na análise dos direitos humanos principalmente quando se observa a reação das pessoas perante o rompimento da promessa, visto que esse ato constitui, em geral, uma prática repreensiva, para a qual se atribui os adjetivos de "mau", "errado" e "injusto". As pessoas acreditam que não honrar com a palavra empenhada é um ato que merece sofrer a punição não apenas dos indivíduos envolvidos, mas também de terceiros ou mesmo, em alguns casos, de um órgão estatal. Inclusive, a comunidade moral costuma aplicar sanções a todo aquele que quebra uma promessa, porém, nem sempre se trata de sanções jurídicas, baseadas no contrato e na legitimidade da força física. Além das obrigações legais e jurídicas, as pessoas se obrigam moralmente, sendo que essas obrigações, no caso dos direitos humanos, quando quebradas, se desdobram em sanções enfraquecidas, que nem sempre se concretizam, que nem sempre podem ser cobradas.

Por isso, dizer que os direitos são direitos morais (como, por exemplo, os direitos humanos) significa também dizer que as promessas nem sempre serão cumpridas e que esses direitos não passam, em muitos casos, de meras promessas inadimplidas. Esses direitos podem até se transformar em direitos positivos e nutrir em suas raízes não só obrigações morais, mas também obrigações jurídicas – ao menos, todos os seres humanos têm a esperança de poder dizer que a palavra "direito" está intimamente vinculada às obrigações morais, políticas e, em especial, jurídicas. Mas, ao contrário dessas últimas obrigações, as morais são enfraquecidas porque os seus jogadores não possuem garantias jurídicas e legais quanto ao seu real cumprimento no tempo. Não que às obrigações morais deixe de corresponder algum tipo de sanção, porém, o que distingue uma da outra – a sanção jurídica da sanção moral – é justamente o fato de a obrigação estar ou não sujeita a uma esfera de cobrança pela qual se possa garantir, efetivamente, a realização das obrigações prometidas.

No caso do fenômeno moral, não há uma instância superior de cobrança para a ocasião de inadimplemento das exigências mútuas, ao contrário do direito positivo, que, por meio da norma jurídica, estabelece um ordenamento normativo habilitado a impor, à base de coação, o cumprimento das exigências



prometidas no pacto social. De qualquer sorte, a quebra da promessa não deixa de ocasionar uma sanção, como a culpa, a vergonha ou a indignação – sentimentos básicos a todo ser humano.

Como os direitos humanos estão fundados na moralidade e são considerados direitos morais, esses direitos nem sempre recebem o respaldo do ordenamento legal e se manifestam simplesmente à base de sentimentos morais. Em razão disso, são também tomados como direitos em um sentido “fraco”, isto é, direitos fracos, pois nem sempre estão amparados no aparato burocrático da lei. Bobbio propõe uma distinção entre um sentido fraco e um sentido forte para o termo “direitos humanos”, tendo em vista que o primeiro sentido é considerado sem a eficácia das pretensões prometidas. Diz Bobbio:

Partilho a preocupação dos que pensam que chamar de “direitos” exigências (na melhor das hipóteses) de direitos futuros significa criar expectativas, que podem ser jamais satisfeitas, em todos os que usam a palavra “direito” segundo a linguagem corrente, ou seja, no significado de expectativas que podem ser satisfeitas porque são protegidas. (...) Pode-se sugerir, aos que não querem renunciar ao uso da palavra “direito” mesmo no caso de exigências naturalmente motivadas de uma proteção futura, que distingam entre um direito em sentido fraco e um direito em sentido forte, sempre que não quiserem atribuir a palavra “direito” somente às exigências ou pretensões efetivamente protegidas.<sup>24</sup>

Esses “direitos” se constituem em obrigações morais<sup>25</sup> e existem – ou são tomados como tal – mesmo quando não há previsão legal estabelecendo determinado direito humano como um direito positivo. Costuma-se, então, chamá-los de direitos pré-legais, e, por não existir coação para assegurá-los, são

---

<sup>24</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** p. 73 – 74.

<sup>25</sup> Azevedo se mostra cético quanto às obrigações morais: “Não pretendo com minha tese afirmar que não existam deveres e obrigações exceto as jurídicas. Há deveres ou obrigações morais, ou, em sentido talvez mais preciso, compromissos e responsabilidades que não assumem necessariamente a forma de obrigações jurídicas. Há compromissos que nos vinculam aos interesses de outras pessoas, mas que, com respeito aos quais, não estamos propriamente obrigados juridicamente.” (AZEVEDO, Marco Antônio Oliveira de. Há obrigações fora do Direito? **Bioética**, v. 8, n. 2, p. 279, 2000.)

tomados em um sentido “fraco”, conforme afirma Tugendhat ao defendê-los como direitos morais:

A primeira questão é se afinal existem direitos morais. E para isto basta compreender o discurso num sentido fraco. Como fraco agora podemos designar aquele conceito de um direito subjetivo universal, segundo o qual este não pode ser cobrado.<sup>26</sup>

No campo da moral, embora as obrigações persistam mediando relações entre seres humanos, não há uma alçada onde se possa exigir a realização do direito prometido que não foi executado. Dadas as devidas proporções, este é o caso, ao menos em parte, do direito internacional, no qual os textos positivados são meramente declaratórios e não impõem maiores penalidades aos países que desrespeitam os direitos humanos. Bobbio ressalta que o direito internacional – direito adotado, em tese, pela maioria dos países do mundo – é um direito no sentido fraco:

Esse discurso adquire um interesse particular quando se pensa nos direitos do homem que experimentaram historicamente a passagem de um sistema em sentido fraco, na medida em que estavam inseridos em códigos de normas naturais ou morais, para um sistema de direitos em sentido forte, como o são os sistemas jurídicos dos Estados nacionais. E hoje, através das várias cartas de direitos promulgadas em fóruns internacionais, ocorreu a passagem inversa, ou seja, de um sistema forte, como o nacional não despótico, para um sistema mais fraco, como o internacional, onde os direitos proclamados são sustentados, quase que exclusivamente, pela pressão social, como ocorre habitualmente no caso dos códigos morais, e são repetidamente violados, sem que as violações sejam, na maioria dos casos, punidas, sofrendo outra sanção que não a condenação moral.<sup>27</sup>

O sentido “moral” dos direitos humanos é considerado um sentido fraco porque não há uma instância de cobrança para a quebra da promessa, como ressalta Bobbio:

---

<sup>26</sup> TUGENDHAT, Ernst. **Lições sobre ética.** p. 348.

<sup>27</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** p. 76.

Uma coisa é um direito; outra, a promessa de um direito futuro. Uma coisa é um direito atual; outra, um direito potencial. Uma coisa é ter um direito que é, enquanto reconhecido e protegido; outra é ter um direito que deve ser, mas que, para ser, ou para que passe do dever ser ao ser, precisa transformar-se, de objeto de discussão de uma assembléia de especialistas, em objeto de decisão de um órgão legislativo dotado de poder de coerção.<sup>28</sup>

Declaram-se os direitos denominados humanos, mas não se arranjam meios para proteger e garantir a sua eficácia. No cenário mundial contemporâneo, esses direitos constituem não mais do que promessas formuladas ao longo da modernidade pela maioria dos países que compõem a comunidade internacional – embora o cumprimento dessas promessas e a consequente aplicação de sanção às violações obrigacionais estejam longe de ocorrer na vida prática e na esfera da efetividade.

O “direito” no sentido “moral” é entendido como um direito “fraco” e tomado como um objeto de análise no interior de um conjunto de obrigações ou exigências mútuas que os seres humanos compartilham entre si, porém, um conjunto que, independente do que restou prometido, nem sempre tem suas obrigações cumpridas no caso de inadimplência. No caso das obrigações morais e dos direitos humanos, não se sabe a quem recorrer quando as exigências prometidas não são realizadas. Para fortalecê-los, é preciso, conforme aduz Bobbio, mergulhar na positivação de normas que protejam e assegurem os direitos morais: “Para dar sentido a termos como obrigação e direito, é preciso inseri-los num contexto de normas, independentemente de qual seja a natureza desse contexto.”<sup>29</sup>. Por certo, a versão de Bobbio é fortemente contratualista ao destacar a positivação dos direitos morais, evidenciada ao longo dos consensos que a evolução histórica dos direitos humanos nos apresenta, de sorte que o direito só pode ser tomado em um sentido “forte” se, e somente se, estiver positivado no ordenamento legal.

---

<sup>28</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** p. 77.

<sup>29</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** p. 74.

Além disso, uma versão contratualista não restringe o significado dos direitos a um contrato explícito e protegido legalmente por uma instância estatal de cobrança, como também não impede que o direito seja considerado no seu sentido “forte” independentemente dos códigos de direitos ou de deveres que o regulam. Os direitos humanos não existem somente porque a norma jurídica diz que eles devem existir, mas porque constituem obrigações oriundas de acordos morais implícitos, obrigações que manifestam, na forma de reivindicação *erga omnes*, os mais intensos sentimentos que os seres humanos nutrem uns em relação aos outros.

Por outro lado, dizer que os direitos morais podem ser considerados “fortes”, inclusive fora da ordem legal e alheios à previsão expressa de sanções jurídicas, significa dizer que o jogo da moralidade (entendido aqui como um sistema de exigências mútuas) também imputa sanções aos seus jogadores em detrimento da quebra da promessa. Sanções que nem sempre são consideradas jurídicas, mas que, mesmo assim, servem, em alguns casos, para garantir o cumprimento das promessas.

Pode-se dizer que o importante não é o **conceito** dos direitos, mas que os oprimidos estejam ressentidos e dispostos a protestar, e assim fazê-lo sem qualquer sentimento de vergonha – ou mesmo desaprovação daqueles entre os oprimidos que não falam.<sup>30</sup>

Os sentimentos são tão importantes para a análise dos direitos porque garantem a sua eficácia e preservam o cumprimento das promessas, mesmo quando eles não são considerados jurídicos. As exigências morais por direitos, ou mesmo os direitos morais, são manipulados por culpa, vergonha e indignação; são manipulados por sentimentos morais, que, independentemente do ordenamento legal, estipulam, com certa preponderância, o sistema de obrigações mútuas ao qual estão sujeitos os seres humanos e os povos da comunidade internacional.

---

<sup>30</sup> "One may say that what is important is not the **concept** of rights, but that the oppressed are resentful and willing to protest, and do so without any feeling of shame – or even disapprove of those among the oppressed who do not speak out." (BRANDT, Richard B. The concept of a moral right and its function. **The Journal of Philosophy**, v. 80, n. 1, p. 45, jan. 1983, grifo do autor, tradução nossa.)

Ao considerar os direitos humanos em um sentido fraco, autores como Tugendhat tentam romper a lógica do contratualismo, segundo a qual os indivíduos devem dar seu consentimento e aderir ao pacto social para estarem autorizados a viver em sociedade. Para ele, o contrato, mediante o consentimento explícito, não é tão decisivo assim para o fortalecimento dos direitos humanos, de sorte que o direito pode ser considerado em sentido “forte” mesmo no caso das obrigações de cunho estritamente morais – embora isso seja algo raro. Um direito moral pode ser tomado no sentido “forte” sem estar previsto no direito positivo, desde que se refira a todos os membros da comunidade, desde que se incorpore às práticas morais. Para tanto, o ser humano é considerado um membro da comunidade e, por já estar inserido em um sistema de obrigações mútuas e recíprocas, exige de si mesmo e de seus companheiros a criação de uma instância superior de cobrança, uma instância que possa garantir a eficácia dos seus próprios direitos, os direitos humanos. Diz Tugendhat:

Pode-se agora dizer: a partir do meu direito, por exemplo, à integridade física (ou corporal), resulta, além da exigência que eu tenho em relação a *todos individualmente*, uma exigência para *todos comunitariamente*, a saber, de me proteger e conjuntamente criar uma instância onde eu possa cobrar meu direito e onde este recebe a sua força. Haveria portanto uma obrigação *moral* para a criação de uma instância *legal* como representação unitária de todos e isto significa: resultaria (a ser definido a partir daí em suas tarefas) uma exigência moral para a criação de um Estado. (...) Segue, portanto, que de fato também existe nesta ordem moral o direito moral forte, que implica em um correspondente direito legal.<sup>31</sup>

Na verdade, fica claro que não é uma simples tarefa descartar e rejeitar a perspectiva contratualista na moral, de sorte que Tugendhat não consegue livrar-se tão facilmente do contrato. Com isso, o projeto fundacionalista, que pretende encontrar fundamento para os direitos humanos no contrato – quando o ser humano abandona o seu estado primitivo, mas preserva direitos naturais – é posto em dúvida, mas não é completamente recusado por uma série de autores

---

<sup>31</sup> TUGENDHAT, Ernst. **Lições sobre ética**. p. 350, grifos do autor.

que intentam uma espécie de desfundamentação para os direitos humanos, tirando-lhes o caráter absoluto, universalista e, sobretudo, metafísico desses direitos.

A tentativa de se explicar a moralidade a partir de uma base não-racional (como o faz a referência a um sistema de exigências) é pertinente à investigação dos direitos humanos, sobretudo quando se pretende ressaltar as dificuldades que rondam as teorias kantianas do valor absoluto e as teorias dos direitos naturais. Porém, tomar os direitos humanos em um sentido “fraco” não os liberta de uma versão contratualista, embora seja já um excelente alvitre para esclarecer que é no bojo das obrigações específicas que o ser humano faz exigências por direitos absolutos, como se fossem universais e *a priori*. Esses direitos reivindicados a partir do plano da moralidade não estão completamente protegidos pelo ordenamento normativo de um Estado ou mesmo da comunidade internacional, de modo que são denominados como direitos morais fracos porque a sua esfera de sanção não é constituída do mesmo modo que a sanção das obrigações jurídicas. É nesse ponto que reside o último traço distintivo dos direitos humanos. São direitos que não passam da indignação de alguém ou de um grupo de pessoas que foi lesado e, em razão disso, atribui-se culpa a quem ocasionou o dano, responsabilizando-o pelo ocorrido, no anseio, inclusive, de que quem rompeu a promessa sinta-se não só culpado, mas, sobretudo, envergonhado pela prática de sua ação.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O enfraquecimento do contrato na justificação moral dos direitos humanos depende de uma investigação sobre os direitos dentro dos limites da experiência, o que significa dizer que a teoria deve se limitar à observação da maneira pela qual os jogadores da moralidade acreditam nos valores de “justo” e “injusto” e elaboram os seus juízos morais. Desse modo, é mais relevante justificar os direitos, ressaltando, ao mesmo tempo, as dificuldades de se apresentar fundamento aos direitos humanos. Não cabe à teoria o papel de normatizar o

SILVA, André Luiz Olivier da. Os direitos humanos e a confusa relação entre direitos naturais e direitos morais. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.3, 3º quadrimestre de 2013. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

comportamento do agente moral, nem o de nomear os direitos ditos humanos. Resta descrever e observar que o agente moral, ao perceber a quebra da promessa como uma atitude errada, esforça-se, na prática de sua ação, para não cortar os laços que lhe ligam aos seus semelhantes.

Embora a abordagem do fenômeno moral dos direitos humanos seja tradicionalmente uma análise deontológica ou, por outro lado, uma análise fundada no direito natural, só faz sentido falar em "direitos humanos" quando eles são tomados definitivamente sob o contexto moral das promessas. É necessário dispensar, ou melhor, enfraquecer e flexibilizar, a linguagem normativa dos direitos humanos e explicar esses direitos a partir da ação moral, como um conjunto de exigências ou pretensões que um indivíduo espera do outro, como um jogo de crenças e expectativas. A promessa une os indivíduos e possibilita ao ser humano, quando presente em um ambiente público e aos olhos de seus semelhantes, escolher e definir quais são os direitos denominados humanos. Assim, a justificação desses direitos poderá aplacar uma justificação recíproca, pela qual todos os membros da comunidade enunciam, em conjunto e espontaneamente, os juízos morais, dizendo quais são os direitos humanos e o modo como ocorre a sua aplicação no mundo.

## REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

AZEVEDO, Marco Antônio Oliveira de. Há obrigações fora do Direito? **Bioética**, v. 8, n. 2, p. 265–286, 2000. Disponível em: <[http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista\\_bioetica/article/view/280/279](http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/280/279)>. Acesso em: 22 jan. 2012.

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

BRANDT, Richard B. The concept of a moral right and its function. **The Journal of Philosophy**, v. 80, n. 1, p. 29–45, jan. 1983. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/2026285>>. Acesso em: 18 maio 2012.

SILVA, André Luiz Olivier da. Os direitos humanos e a confusa relação entre direitos naturais e direitos morais. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.3, 3º quadrimestre de 2013. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

BULYGIN, Eugenio. Sobre el status ontológico de los derechos humanos. **Doxa** [Publicaciones periódicas], Alicante-Espanha, n. 4, p. 79 – 84, 1987.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1978. 371p.

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

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 1974. (Os Pensadores)

LAPORTA, Francisco. El concepto de derechos humanos. **Doxa** [Publicaciones periódicas], Alicante-Espanha, n. 4, p. 23 – 46, 1987.

MACKIE, J.L. Can there be a right-based moral theory? In: WALDRON, Jeremy (ed.). **Theories of rights**. Oxford: Oxford University, 2004. cap. VIII, p. 168 – 181. (Oxford readings in philosophy, 25).

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

TUGENDHAT, Ernst. Direitos humanos. In:\_\_\_\_\_. **Lições sobre ética**. 5. ed. Tradução de Aloísio Ruedell. Petrópolis: Vozes, 2003. Décima sétima lição. p. 336 – 363.

TUGENDHAT, Ernst. O contratualismo na moral. In: BRITO, Adriano Naves de (Org.). **Ética: questões de fundamentação**. Brasília: Universidade de Brasília, 2007. p. 37 – 46.

RAZ, Joseph. Right-based moralities. In: WALDRON, Jeremy (ed.). **Theories of rights**. Oxford: Oxford University, 2004. cap. IX, p. 182 – 200. (Oxford readings in philosophy, 25).