

# A CRÍTICA AOS DIREITOS DO HOMEM. NOTAS À LUZ DAS ANARCHICAL FALLACIES DE JEREMY BENTHAM

*Maria Clara Calheiros*

Prof. Associada da Escola de Direito  
da Universidade do Minho

## 1. A proclamação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e as críticas coetâneas

A bem conhecida e histórica *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* constitui um marco incontestado na construção do conceito moderno de direitos humanos. Foi o produto dos esforços dos franceses para sumariar, num texto único, os direitos de todas as pessoas.

Contudo, a revolucionária declaração de que todo o homem e mulher tinham de ver reconhecida a titularidade de um conjunto de direitos inatos e inalienáveis não gerou imediato e geral aplauso. Com efeito, seguiu-se-lhe um coro de críticas que podem ser melhor compreendidas quando as colocamos no contexto geral dos acontecimentos trágicos que tiveram lugar em França durante o período do *Térreur* jacobino.

Entre os críticos, Jeremy BENTHAM (Spitalfields, 1748-Londres, 1832) foi um dos mais veementes. Apesar de podermos encontrar as ideias de BENTHAM sobre os direitos naturais ao longo de árias das suas obras, o seu principal ataque àqueles está contido numa obra póstuma, publicada primeiro em francês e mais tarde em versão inglesa, com o título de *Anarchical Fallacies*<sup>1</sup>. O texto está redigido num tom vivo e

---

<sup>1</sup> O título completo é: “Non sense upon stilts or Pandora’s box opened or the French Declaration of Rigths prefixed to the Constitution of 1791 laid open and exposed – with a comparative sketch of what has been done on the same subject in the Constitution of 1795 and a sample of citizen Sieyès”. O texto foi editado pela primeira vez em francês com tradução de Dumont, um representante francês do utilitarismo, com o título “Sophismes anarchiques”, em 1816, num volume com o título genérico “tactique des Assemblées législatives, suivie d’un Traité des sofismes politiques. Ouvrage extrait des manuscrits de M. Jeremy

algo espontâneo e agrupa, no fundo, quatro documentos separados, compreendendo a crítica à Declaração de 1791, bem como da declaração revista de 1795 e ainda, por último, o comentário a observações do cidadão Sièyes a partes da Declaração.

Neste texto, o autor condena não só a ideia, em si mesma, da existência de quaisquer direitos inatos e imprescritíveis, mas também a consideração da liberdade, propriedade, segurança e resistência à opressão enquanto tais. É, pois, neste seu escrito que BENTHAM fará a famosa afirmação de que o conceito de direitos naturais consiste em “*nonsense upon stilts*”<sup>2</sup>.

O cepticismo de Jeremy BENTHAM sobre os direitos naturais<sup>3</sup> encontra-se enraizado na sua visão particular do mundo e do direito. Concordamos com a opinião de HART (Harrogate, 1907-Oxford, 1992) a este respeito, quando afirma que a visão de BENTHAM sobre os direitos naturais tem de ser compreendida em articulação com a sua formulação dos princípios do Utilitarismo. Na sua obra *A Fragment on Government*, o autor expressou a sua teoria justificando os limites do governo através do recurso à finalidade a alcançar da “*greatest happiness of the greatest number*”, em lugar de recorrer ao reconhecimento de direitos individuais.<sup>4</sup> Esta obra surgiu apenas alguns meses após da proclamação da Declaração da Independência Americana, e BENTHAM expressou a sua rejeição do conceito de direitos humanos num outro artigo publicado com o título sugestivo *Answer to the Declaration of the American Congress*.<sup>5</sup>

---

BENTHAM, jurisconsulte anglais, par E. Dumont, membre du Conseil représentatif du Canton de Genève”. A estabilização crítica da versão inglesa só veria luz em 2002, após várias traduções anteriores com divergências de conteúdo. Sobre a história do texto de BENTHAM, vd. BINHOCHÉ, Bertrand e CLÉRO, Pierre, *BENTHAM contre les droits de l’homme*, Paris: PUF, 2007, pp. 1,2. Aqui utilizamos para base das nossas citações a versão do texto que é citada pela maioria dos críticos (TWINING, HART, etc.) e que está contida em *Works of Jeremy Bentham* (John Bowring ed.), 1843. BENTHAM parece ter hesitado ao longo da sua vida acerca da oportunidade da publicação do seu escrito anti-Declaração, mas não parece poder extrair-se daí a conclusão de que tenha mudado de opinião sobre a mesma. A sua restante obra não nos autoriza a isso.

<sup>2</sup> A rejeição de BENTHAM dos direitos naturais não pode ser mais inequívoca: “That which has no eistence cannot be destroyed – that which cannot be destroyed cannot require anything to preserve it from destruction. *Natural rights* is simple nonsense: natural and imprescriptible rights, rhetorical nonsense, - nonsense upon stilts.” BENTHAM, *The works of Jeremy BENTHAM*, op. cit. p. 501.

<sup>3</sup> Embora estejamos conscientes da distinção existente entre direitos naturais e direitos humanos, vamos utilizar as duas expressões sem tomar em consideração as diferenças que se lhes podem apontar. Uma vez que o que se pretende é salientar a pertinência e actualidade das críticas de BENTHAM não nos apareceu útil entrar aqui no tratamento desta questão conceptual. Sobre a distinção entre direitos naturais e direitos humanos, veja-se GRIFFIN, James, *On Human Rights*, Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 1-6.

<sup>4</sup> HART, H., *The Shell Foudation Lectures, 1978-1979. Utilitarianism and Natural Rights*, “*Tulane Law Review*”, 53, ap. 1979, *passim*.

<sup>5</sup> HART, *ibidem*, p. 664.

Apesar de ser um crítico das concepções filosóficas que estão na base das Declarações americana e francesa, BENTHAM simpatiza com o espírito revolucionário republicano e democrático, que anima americanos e franceses. Aliás, as suas ideias exerceram influência considerável nestas paragens e particularmente em França, onde se traduziram obras suas. BENTHAM recebe, de resto, o título de cidadão da França, no ano de 1792<sup>6</sup>.

Iremos, pois, brevemente, rever aqui os vários argumentos que Jeremy BENTHAM alinha no seu ataque à declaração francesa dos Direitos do Homem. Tomaremos por principal objecto de análise o texto de BENTHAM com o título *Anarchical Fallacies*, ainda que possamos fazer pontuais menções de ideias e posições contidas em outras obras suas. A tese que procuramos sustentar é a de que o texto de BENTHAM continua hoje a manter toda a sua actualidade, uma vez que constitui um excelente mostruário de um conjunto de objecções aos direitos humanos que são ainda hoje esgrimidas pelos seus detractores. As opiniões dividem-se sobre se as mesmas críticas continuariam a ser válidas hoje, face às ulteriores Declarações de Direitos Humanos que foram surgindo, com destaque para a própria Declaração Universal<sup>7</sup>. Não vamos tratar aqui de analisar essa questão, mas antes procurar demonstrar que, no plano teórico, muitas das críticas que continuaram a ser dirigidas até hoje aos direitos naturais ou aos direitos humanos seguem, até certo ponto, a linha do pensamento de BENTHAM e que muitas das próprias teorias dos direitos humanos se movem dentro do padrão legalista que ele utilizou para analisar e criticar os direitos naturais. Claro que muitos dos críticos actuais dos direitos humanos possuem o benefício de poder ter em linha de conta a própria prática dos direitos humanos, com especial destaque para aquela que tem marcado as relações internacionais. Só por esse facto, haveria sempre lugar a diferenças de argumentação. O foco incidirá em particular na tradição anglo-saxónica de crítica às Declarações de Direitos, com notória influência da filosofia utilitarista. Mais tarde, terminaremos por fazer um comentário breve destas críticas.

Em benefício de uma maior clareza de exposição de ideias, preferimos reunir os principais argumentos usados pelo autor britânico sob três distintas secções, a que

---

<sup>6</sup> Cfr. GETTEL, Raymond, *História das Ideias Políticas*, trad. port., Lisboa: Ed. Inquérito, 1936, pp. 395-397.

<sup>7</sup> Estou aqui a tomar em consideração as análises, já clássicas, que foram levadas a cabo por TWINING e DALGARNO. Cfr. *The contemporary significance of Bentham's Anarchical Fallacies*, in "Jeremy BENTHAM. Critical Assessments", London/New York: Routledge, vol. III, 1993; DALGARNO, M. T., *The contemporary significance of Bentham's Anarchical Fallacies: a reply to William Twining*, *ibidem*.

demos as seguintes designações: objecções lógicas, objecções políticas, objecções legais. Trata-se de uma ordenação nossa e não reflecte qualquer divisão que o autor britânico tenha introduzido no seu texto original.

## **2. Os argumentos de BENTHAM contra a Declaração dos Direitos do Homem**

### a) Objecções lógicas

No texto das *Anarchical Fallacies*, tal como em muitas outras obras suas, o autor britânico manifesta claramente o desprezo intelectual que sente pela “doutrina” dos direitos naturais. Esta é, na sua opinião, fruto de um conjunto de erros de raciocínio, que vai procurando desconstruir analiticamente. Estes erros de raciocínio são potenciados pela má qualidade da redacção do texto, aspecto no qual aqui também nos concentraremos, sendo certo que é difícil manter uma linha divisória entre os aspectos meramente formais e substanciais envolvidos no exercício crítico do autor britânico.<sup>8</sup>

BENTHAM divide a sua análise da Declaração em dois momentos: inicia com a pela análise do texto em si, para depois comentar as consequências nefastas que antevê que possam dele derivar. Por isso mesmo começa por identificar várias falhas, do ponto de vista lógico, na Declaração de Direitos. Um dos aspectos criticados diz respeito à utilização, no texto, de proposições com um elevado grau de abstracção. Na sua opinião, quanto mais abstracta uma proposição for, mais elevado será o grau de probabilidade de conter um sofisma<sup>9</sup>. Trata-se de uma falha no plano lógico de que, pelo contrário, a

---

<sup>8</sup> Aspecto em que concordamos com TWINING, op. cit. P. 713.

<sup>9</sup> “But the more ample the extent given to any proposition or sorting of propositions, the more difficult it is to keep the import of it confined without deviation, within the boundaries of truth and reason. [...] The more *abstract* – that is, the more *extensive* the proposition is, the more liable is it to involve a fallacy.” BENTHAM, *The works of Jeremy Bentham*, John Bowring ed., 1843, p. 496.

Câmara dos Comuns inglesa estaria livre, graças à conhecida aversão britânica em aprovar disposições de carácter abstracto<sup>10</sup>.

A redacção, em si mesma, do texto é alvo de críticas particularmente virulentas. O autor considera aquela particularmente má, acusando-a de ser vaga, imprecisa, incorrecta e repleta de truísmos. A dado passo, afirma mesmo que se trata de um fluxo perpétuo de absurdos derivando de um perpétuo abuso das palavras<sup>11</sup>. Efectivamente, a ambiguidade começaria com o próprio estatuto da Declaração, uma vez que aparecia separado da Constituição, mas precedendo-a. BENTHAM, como se sabe, considerava que o lugar apropriado para estabelecer mecanismos de controlo do poder executivo pelo legislativo era o *Constitutional Code*<sup>12</sup>.

O autor assinala em particular a contradição que resulta patente de uma tendência para afirmar a existência de direitos absolutos e a seguir admitir excepções e limitações àqueles, com carácter indefinido.<sup>13</sup> Isso é, para si, evidente logo na análise que efectua do artigo 1.º da Declaração: "Todos os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundar-se na utilidade comum." BENTHAM critica a falsidade das afirmações contidas na primeira frase e a ambiguidade da segunda.

A primeira frase é desdobrada analiticamente, pelo autor, em quatro proposições: que todos os homens nascem livres; que todos os homens permanecem livres; que todos os homens são iguais em direitos; que todos os homens permanecem

---

<sup>10</sup> BINOCHE e CLÉRO, op. cit., p. 24, 21. Diz BENTHAM: "In the British Houses of Parliament, more especially in the most efficient house for business, there prevails a well-known jealousy of, and a repugnance to, the voting of abstract propositions." BENTHAM, *The works of Jeremy Bentham*, op. cit., p. 497.

<sup>11</sup> O autor britânico reputa especialmente importante a escolha cuidadosa das palavras utilizadas na legislação, sob pena de a consequência poder ser a guerra civil. Ora, as expressões que a Declaração emprega parecem-lhe particularmente desadequadas e criticáveis: "The logic of it is of a piece with its [the incendiary of the Efesian Temple] morality: - a perpetual abuse of words, - words having a variety of meanings, where words with single meanings were equally at hand - the same words used in a variety of meanings in the same page, - words used in meanings not their own, where proper words were equally at hand, - words and propositions of the most unbounded signification turned loose without any of those exceptions or modifications which are so necessary on every occasion to reduce their import within the compass, not only of right reason, but even of the design in hand, of whatever nature it may be." BENTHAM, *The works of Jeremy BENTHAM*, op. cit., p. 497. O grande inspirador da filosofia utilitarista tinha, de resto, um particular cuidado com as questões terminológicas, tendo inclusivamente criado neologismos na língua inglesa a partir de matrizes gregas. Alguns tornaram-se mais tarde parte integrante desta língua: vg. *international, utilitarian, codification, minimize*. GETTEL, op. cit., p. 398.

<sup>12</sup> TWINING, op. cit., p. 705, 706, cuja opinião aqui seguimos de perto.

<sup>13</sup> Cfr. QUAH, *The continuing Relevance of Anarchical Fallacies to Modern Rights Discourse*, in "UCL Jurisprudence Review", 2002., p. 218.

iguais em direitos. O autor invoca as múltiplas sujeições e vínculos familiares, sociais e legais a que todos estão submetidos em sociedade<sup>14</sup>, bem como as diferenças de fortuna e de hierarquia existentes na sociedade (entre mestre e aprendiz de ofício, por exemplo) para sustentar esta acusação de falsidade<sup>15</sup>.

Prossegue, então, para o comentário da alegada ambiguidade presente na frase “as distinções sociais só podem fundar-se na utilidade comum.” Afirma existir aqui uma contradição com a anterior declaração da igualdade de direitos de todos. Na verdade, diz ele, não se compreende sequer que distinções sociais são estas, nem como se compatibilizam com a anteriormente proclamada igualdade. Na sua perspectiva, se são distinções que afectem a igualdade, anulam esta; se estão em respeito com a igualdade, não se vê como podem existir enquanto tais<sup>16</sup>.

Por outro lado, o autor britânico critica o elenco dos direitos naturais e imprescritíveis reconhecidos – liberdade, propriedade, segurança e resistência à opressão – considerando que o seu estabelecimento sem limites os torna incompatíveis entre si. Assim, por exemplo, salienta que a propriedade privada só pode estabelecer-se e conceber-se como limite ou restrição à liberdade dos outros<sup>17</sup>.

Tudo somado, no entanto, não são estas críticas mais formais que constituem a objecção de fundo às teorias dos direitos naturais. Como veremos, de seguida, aquelas articulam-se com as consequências profundamente nefastas, do ponto de vista político, que daí advêm, segundo o líder dos utilitaristas.

---

<sup>14</sup> Diz BENTHAM: “*All men are born free? All men remain free?* No, not a single man: not a single man that ever was, or is, or will be. All men, on the contrary, are born in subjection, and the most absolute subjection – the subjection of a helpless child to the parents on whom he depends every moment for his existence. In this subjection every man is born – in this subjection he continues for years – for a great number of years – and the existence of the individual and of the species depends on so doing.” *The works of Jeremy Bentham, op. cit.*, p. 498.

<sup>15</sup> Cfr. BENTHAM, *The works of Jeremy bentham, op. cit.*, p. 498. Entre as múltiplas diferenças que o autor britânico elenca, estão aquelas que são criadas pela diferença de fortuna, de privilégios hereditários, de género, nas relações de cunho hierárquico como são as de soberano e súbdito, de mestre e aprendiz, de médico e enfermeiro, entre outras. No caso particular das relações entre marido e mulher, BENTHAM não deixa lugar a dúvida quanto ao que pensa sobre o reconhecimento, nesse domínio, de uma igualdade de direitos: “Amongst the other abuses which the oracle was meant to put an end to, may, for aught I can pretend to say, have been the institution of marriage. For what is the subjection of a small and limited number of years, in comparison of the subjection of a whole life? Yet without subjection and inequality, no such institution can by any possibility take place; for of two contradictory wills, both cannot take effect at the same time.” *Ibidem*, p. 499.

<sup>16</sup> BENTHAM, *The works of Jeremy Bentham, op. cit.* p. 499.

<sup>17</sup> BENTHAM, *The works of Jeremy Bentham, op. cit.*, p. 503.

## b) Objecções políticas

Uma das razões fundamentais para a oposição que BENTHAM oferece à ideia de imprescritibilidade dos direitos naturais é de natureza política. A seus olhos, existe uma inconsistência manifesta em estabelecer direitos naturais concebidos como limites negativos à acção do governo e, ao mesmo tempo, em admitir que seja permitido a esse mesmo governo estabelecer excepções e limitações àqueles.<sup>18</sup> O mesmo é dizer que o seu papel (dos direitos naturais) enquanto pretendido travão às arbitrariedades dos detentores do poder ficava muito aquém do que seria necessariamente a intenção daqueles que conceberam as doutrinas dos direitos naturais.

Todavia, se esta é ainda uma objecção de carácter lógico-político, a verdade é que a crítica de BENTHAM não se fica por aqui. Não é por acaso que o texto a partir do qual temos realizado a nossa análise, tem justamente por título “*Anarchical Fallacies*”. Assim, a questão está em que as falácias contidas na Declaração dos Direitos do Homem (ou mais correctamente, na teoria dos direitos naturais que lhe subjaz e que é verdadeiramente o alvo do ataque de BENTHAM) são susceptíveis de conduzir à anarquia. Dito de outro modo - tomando de empréstimo as próprias palavras do autor -, são uma ameaça para todo o governo e para a própria estabilidade da sociedade<sup>19</sup>.

Parecem-nos existir duas razões principais para que BENTHAM visse aí a existência de uma ameaça. Em primeiro lugar, considerava o autor que a Declaração constituía um convite permanente à insurreição, uma vez que tornava quase um dever que o povo se insurgisse contra qualquer violação dos seus direitos naturais<sup>20</sup>. Não esqueçamos que um dos direitos consagrados era o da resistência à opressão, tendo-o BENTHAM interpretado nos mais latos e radicais termos. É verdade que, ainda que não se faça qualquer alusão aos terríveis acontecimentos que caracterizaram a época em França, eles não seriam alheios a esta interpretação que é feita da Declaração. Como bem lembram alguns dos críticos do pensamento de BENTHAM, este viveu um momento histórico conturbado, em que o receio da “*mob*” era preocupação constante

---

<sup>18</sup> Cfr. QUAH, op. cit., p. 218.

<sup>19</sup> Também neste sentido, HART, H. op. cit., p. 79.

<sup>20</sup> Isso é claro nesta passagem: “*People, behold your rights! If a single article of them be violated, insurrection is not your right only, but the most sacred of your duties.*” Such is the constant language, for such is the professed object of this source and model of all laws – this self-consecrated oracle of all nations.” BENTHAM, *The works of Jeremy BENTHAM*, John Bowring ed., 1843, p. 496.

das classes altas da Inglaterra<sup>21</sup>. Daí talvez algum exagero na interpretação muito radical que leva a cabo das intenções por detrás da Declaração e dos seus efeitos.

De outro modo não se poderia compreender, por exemplo, a analogia utilizada pelo autor inglês para ilustrar o efeito nocivo da Declaração: esta assemelhar-se-ia à lendária segundo a qual o assassinato do príncipe no seu trono dava ao assassino o direito de lhe suceder<sup>22</sup>. Trata-se, no fundo, de argumentar com a tese de que ou se “cumpre sempre, ou nunca se cumprirá”, acusando os revolucionários de, para justificar a destruição da ordem e autoridades anteriormente existentes, enfraquecerem irremediavelmente as autoridades do presente e do futuro.

Obviamente, BENTHAM estava plenamente consciente de que nem sempre as leis são boas e de que haveria, por isso mesmo, casos em que a desobediência poderia parecer justificada<sup>23</sup>. Mas, o que lhe repugnava era a ideia de que qualquer lei pudesse ser desobedecida, sem mais, sem que se sopesassem as consequências, também nefastas para a ordem e paz pública, dessa desobediência. Daí que se enfatize a crítica da expressão “*cannot*” referida aos limites da acção do legislador, em vista da tutela dos direitos naturais<sup>24</sup>.

A segunda razão que o introdutor do utilitarismo teria para identificar uma ameaça “anárquica” na Declaração, tem a ver justamente com o reconhecimento do carácter imprescritível dos direitos naturais e, por isso, absolutamente vinculativo do governo. Na sua opinião, todo o governo ficaria assim, para todo o sempre, gravemente manietado na sua capacidade de acção.

---

<sup>21</sup> Cfr. BEDAU, Hugo Adam, *Anarchical Fallacies: BENTHAM's attack on Human Rights*, in “Human Rights Quarterly”, 22, 2000, p. 268 Também HART salienta a influência destes acontecimentos em França e os receios que inspiravam quanto ao alastramento das convulsões sociais, por efeito de “contágio”, à própria Inglaterra, como justificação para o tom particularmente veemente das críticas.

<sup>22</sup> BINOCHE e CLÉRO, op. cit., p. 20, 21.

<sup>23</sup> BENTHAM realiza, a este propósito, uma distinção entre a atitude “racional” ou “anárquica” que se poderiam adoptar perante uma lei injusta: “The rational censor, acknowledging the existence of the law he disapproves, proposes the repeal of it: the anarchist, setting up his will and fancy for a law before which all mankind are called upon to bow down at the first word – the anarchist, trampling on truth and decency, denies the validity of the law in question, - denies the existence of it in the character of a law, and calls upon all mankind to rise up in a mass, and resist the execution of it.” BENTHAM, *The works of Jeremy BENTHAM*, op. cit., p. 498.

<sup>24</sup> Neste sentido, HART, op. cit., p.p. 81, 82. Diz BENTHAM: “For such is the venom that lurks under such words as can and can not, when set up as a check upon the law”. *The works of Jeremy BENTHAM*, op. cit., p. 499.



Compreende-se melhor a objecção de BENTHAM, a este respeito, lendo uma outra obra sua ulterior<sup>25</sup>, o *Book of Fallacies*, em que se pretende levar a cabo a análise das falácias a que o discurso político estava particularmente exposto. Ora, ainda que não encontremos aí nenhuma referência às *anarchical fallacies*, existe uma menção expressa da falácia que consistiria no reconhecimento de leis irrevogáveis. BENTHAM rejeita com veemência a possibilidade de defesa e consagração destas, afirmando de modo muito eloquente e significativo, que tal seria pior do que o próprio despotismo de Calígula e Nero, que a história regista.<sup>26</sup> Ora, a falácia por detrás da Declaração francesa era justamente, como se disse, a que induzia à anarquia:

“What then was their object in declaring the existence of imprescriptible rights, and without specifying a single one by any such mark as it could be known by? This and no other – to excite and keep up a spirit of resistance to all laws – a spirit of insurrection against all governments – against the governments of all other nations instantly, - against the government of their own nation - against the government they themselves were pretending to establish – even that, as soon as their own reign should be at an end.”<sup>27</sup>

Convém não esquecer que BENTHAM introduz, com a publicação do seu *Fragment on Government*, a filosofia utilitarista que recusa o reconhecimento da existência de direitos naturais, substituindo-os por um princípio utilitarista da *greatest happiness of the greatest number*. Assim, ainda que não tenha enunciado propriamente uma teoria dos direitos, pode-se considerar que o conceito de utilidade colectiva<sup>28</sup> haverá de funcionar como filtro para os direitos individuais a manter e a criar. Esta ideia está contida no seguinte trecho:

What is the language of reason and plain sense upon this same subject? That in proportion as it is right or proper, i.e. advantageous to the society in question, that this or that right – a right to this or that effect – should be established and maintained, in that same proportion it is wrong that it should be abrogated [...] there is no right, which ought

---

<sup>25</sup> Ulterior na escrita, não na publicação, claro.

<sup>26</sup> Afirma BENTHAM: “Suppose this irrevocable law, whether good or bad at the moment of its enactment, is found at some succeeding time to be productive of mischief – uncompensated mischief – to any amount. Now of this mischief, what possibility has the country of being rid? A despotism, though it were that of a Caligula or a Nero, would be less intolerable than any such immutable law. By benevolence (for even a tyrant has his moments of benevolence), by prudence, in a word, by caprice, the living tyrant might be induced to revoke his law, and release the country from its consequences. But the dead tyrant! Who shall make *him* feel? Who shall make *him* hear?” BENTHAM, *BENTHAM’S Handbook of Political Fallacies*, Harold Atkins Larrabee, ed rev., 1952, p. 56.

<sup>27</sup> BENTHAM, *The works of Jeremy BENTHAM*, op. cit. p. 501.

<sup>28</sup> Cfr. BINOCHÉ e CLÉRO, *BENTHAM contre les droits de l’Homme*, Paris:PUF; 2007, p. 2, 3.

not to be maintained, so there is no right which, when the abolition of it is advantageous to society, should not be abolished.”<sup>29</sup>

O mesmo é dizer que os nossos direitos devem ou não ser reconhecidos de acordo com a vantagem que daí resultar, na perspectiva do governo, para o todo social, ou melhor dito, a maioria<sup>30</sup>. Com efeito, é preciso lembrar que BENTHAM possui uma visão pragmaticamente pessimista da natureza humana, considerando que há dois inimigos da paz pública: as paixões hostis e as paixões egoístas. Neste contexto, o papel do governo seria o de conseguir os sacrifícios necessários à coesão social e garantir a segurança<sup>31</sup>. Ora, do seu ponto de vista, a Declaração francesa acentuava ambas as paixões ameaçando assim a paz social<sup>32</sup>.

Acresce ainda que o autor britânico não acredita que algum governo alguma vez existente – do passado, presente ou futuro - , tenha a capacidade de realizar tais direitos e expectativas. Há, pois, também aqui um problema de efectividade que acentua a necessidade da sua rejeição<sup>33</sup>.

### c) Objecções legais

Para Jeremy BENTHAM não existem outros direitos além daqueles que o direito objectivo positivo confere aos cidadãos, em cada momento. Deve dizer-se que para compreender a noção de direito de BENTHAM é necessário manter em mente a sua Teoria das Ficções<sup>34</sup>. Segundo esta, o “direito” e a “obrigação” são duas entidades

---

<sup>29</sup> BENTHAM, *The works of Jeremy BENTHAM*, op. cit. p. 501.

<sup>30</sup> Também neste sentido, BEDAU, op. cit., p. 272.

<sup>31</sup> Também neste sentido, TWINING, op. cit., p. 703.

<sup>32</sup> Cfr. BINOCHE e CLÉRO, op. cit., p. 22.

<sup>33</sup> “A government which should fulfil the expectations here held out, would be a government of absolute perfection. The instance of a government fulfilling these expectations, never has taken place, nor till men are angels ever can take place.” BENTHAM, *The works of Jeremy BENTHAM*, op. cit., p. 506.

<sup>34</sup> BENTHAM sustenta que a palavra direito é uma entidade fictícia que se emprega para fins de discurso e a ele indispensável. Afirma também que o direito depende, para a sua compreensão, da ideia de obrigação, já que as causas eficientes do direito subjectivo são duas: em primeiro lugar, a ausência de uma obrigação que recaia sobre o titular do direito e seja de sinal contrário a este último (i.e. cada um tem direito a fazer aquilo que não está obrigado a não fazer); em segundo lugar, a presença de uma obrigação correlativa, imposta a outra(s) pessoa(s) de abster-se de perturbar o exercício do direito. BENTHAM, *Teoría de las Ficciones*, trad. espanhola, Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2005, pp. 165 e ss.

fictícias, sendo que a primeira é consequência da segunda. Isto é, eu só posso afirmar ter o direito X, quando a lei impõe uma obrigação correlativa Y. Esta traduz-se no facto de o obrigado estar sujeito a sofrer uma pena imposta pela lei, caso não adopte o comportamento que esta lhe impõe e exige. O raciocínio subjacente é este: todos os direitos resultam da lei, esta resulta do governo, por isso não há direitos além dos direitos positivos.<sup>35</sup>

O mesmo é dizer que, em sua opinião, “*there are no rights without law-no rights contrary to law – no rights anterior to law.*”<sup>36</sup>. O autor britânico concebia o direito apenas como direito positivo, ou seja como comando de um soberano determinado. Nesse sentido, e tomando aqui de empréstimo outra das suas expressões, o direito subjectivo é o *filho da lei*<sup>37</sup>. Ainda que a filosofia hobbesiana não fosse alheio ao seu pensamento, BENTHAM rejeita que pudesse conceber-se a existência de um direito natural de auto-preservação no “Estado de natureza” (que HOBBS, todavia, admitia). Há duas razões para isso: primeiro, tal direito, a existir, conduziria à guerra de todos contra todos (*what is every man’s right is no man’s right*<sup>38</sup>); e, em segundo lugar, não estar cumprido aí um requisito essencial, a seu ver, a todos os direitos, que era o nexo de correspondência com a obrigação correlativa. Quem era o obrigado deste direito? BENTHAM negava que aí se conseguisse identificar a correspondente obrigação e o seu titular inequívoco<sup>39</sup>.

Com efeito, na sua teoria dos direitos, a conexão existente entre direitos e obrigações coercivamente exigíveis, pela ameaça de uma sanção, desempenha, pois, um

---

<sup>35</sup> Neste sentido vai também a análise e opinião, que aqui seguimos, oferecida por TWINING, W., *op. cit.*, p. 703.

<sup>36</sup> Também com sentido idêntico, afirma BENTHAM: “there are no such things as natural rights – no such things as rights anterior to the establishment of government – no such things as natural rights opposed to, in contradistinction to, legal: that the expression is merely figurative; that when used, in the moment you attempt to give it a literal meaning it leads to error, and to the sort of error that leads to mischief – to the extremity of mischief.” BENTHAM, *The works of Jeremy BENTHAM, op. cit.* p. 500.

<sup>37</sup> “*Right*, the substantial *right* is the child of law: from *real* laws come *real* rights; but from *imaginary* laws, from laws of nature, fancied and invented by poets, rhetoricians, and dealers in moral and intellectual poisons, come *imaginary* rights, a bastard brood of monsters, “gorgons and chimaeras dire”. BENTHAM, *The works of Jeremy BENTHAM, op. cit.* p. 523.

<sup>38</sup> BENTHAM não possui uma visão contratualista da origem do governo (considera que a força dos contratos provém do governo e não o contrário) e não subscreve uma visão de um Estado de natureza em que todos teriam direito a tudo: “Nature, say some of the interpreters of the pretended law of nature – nature gave to each man a right to everything; which is, in effect, but another way of saying – nature has given no such right to anybody; for in regard to most rights, it is as true that what is every man’s right is no man’s right.” BENTHAM, *The works of Jeremy BENTHAM, op. cit.* p. 502.

<sup>39</sup> Seguimos aqui de perto as observações de BEDAU, *op. cit.*, p. 271.

papel central<sup>40</sup>. Este é um aspecto que está associado também à sua preocupação com a efectividade dos direitos. Para BENTHAM o reconhecimento de um qualquer sistema de regras não pode dar-se sem estarem reunidas as condições da sua existência. Ora, os direitos naturais e imprescritíveis de que falava a Declaração não pareciam, de todo, cumprir tais requisitos. Na verdade, os direitos declarados eram-no independentemente da sua aceitação, ou cumprimento, pelo que não era possível equipará-los a “verdadeiros direitos” cuja força normativa provinha do mandato da lei e garantia do cumprimento forçoso das correspondentes obrigações de que dependia a sua efectividade. De que autoridade provinham os direitos do homem? A única justificação conduzia a teorias que o autor britânico rejeita: as jusnaturalistas<sup>41</sup>.

Na opinião de HART, que seguimos aqui de perto, a sua rejeição da “doutrina” do direito natural encontra-se baseada naquilo que ele chama “*the criterionless character of alleged natural rights*”. Esta falta de critério era expressão da assumida separação entre direitos (subjectivos) e direito (objectivo) e teria a terrível consequência de permitir que qualquer capricho político fosse confundido com um direito<sup>42</sup>.

Até certo ponto, BENTHAM não é insensível à ideia de que todos os homens deveriam ter alguns e determinados direitos, mas acredita que o discurso de defesa dos direitos naturais inatos, enquanto forma de reivindicação daqueles direitos para todos (com carácter universal, portanto), é enganador. Diz o autor: “*But reasons for wishing there were such things as rights are not rights: a reason for wishing that a certain right were established is not that right – want is not supply, hunger is not bread*”.<sup>43</sup> Percebe-se por isso que empregue o termo “falácia” para classificar as proposições contidas na Declaração, já que BENTHAM iria justamente definir o conceito desta, em outra obra sua, como argumento empregue com a intenção de enganar (o que é, de resto, uma definição questionável)<sup>44</sup>.

---

<sup>40</sup> HART, *Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Theory*, Oxford: Clarendon Press, 1982, p. 86.

<sup>41</sup> Vd. QUAH, *op. cit.*, p. 216.

<sup>42</sup> Cfr. HART, *Essays...*, p. 82.

<sup>43</sup> Cfr. HART, *Essays*, pp. 88, 89.

<sup>44</sup> Vd. BEDAU, *op. cit.*, p. 265. Uma falácia pode ser algo de que um discurso enferma involuntariamente.

A alternativa, de que BENTHAM nos dá um certo vislumbre, é uma teoria dos direitos construída sobre o princípio da utilidade, a qual pode entender-se aludida na passagem do texto a que fizemos referência acima<sup>45</sup>.

Na interpretação que HART faz do pensamento do autor britânico, era compatível com a sua filosofia utilitarista a aceitação da existência de direitos morais (ao lado dos verdadeiros direitos – os positivos), que adviessem da moral positiva criada por cada sociedade e, portanto, da conduta humana. Assim, continuando a seguir esta linha de análise, o que BENTHAM negava não era que não existissem apenas direitos positivos, mas antes que pudessem existir direitos detidos universalmente por todos, num triplo sentido: não serem produto do Homem ou de Deus; a sua existência não depender da convenção social ou reconhecimento; constituírem o reflexo de certas características da natureza humana<sup>46</sup>.

### **3. A actualidade e contínua relevância das críticas de Bentham aos direitos do homem**

As “*Anarchical Fallacies*” inauguraram, em certo sentido<sup>47</sup>, um debate em torno dos direitos humanos que continua até aos dias de hoje. No entanto, a sua relevância vai muito para além disso. Um dos aspectos centrais às suas críticas tem a ver com a sua concepção dos direitos e da sua relação com a lei e com a sua teoria do governo.

---

<sup>45</sup> HART rejeita que BENTHAM tenha enunciado, de alguma forma, uma teoria dos direitos não legais utilitarista que utilizasse o princípio da utilidade como critério de estabelecimento e identificação dos direitos que o Homem deveria ter além dos positivos. Segundo o seu ponto de vista, o autor britânico limitou-se a identificar dois tipos de direitos positivos: os direitos de liberdade e os direitos a serviços. As razões para esta opção são, a seu ver, de dupla ordem: por um lado, o princípio de utilidade não seria também imune às variações e cambiantes sociais, não oferecendo um ponto de apoio mais estável para a fundamentação de uma teoria dos direitos do que a criticada “natureza humana”; por outro lado, porque tal teoria de direitos não positivos contenderia com a sua caracterização dos direitos positivos, em particular a sua necessária correspondência a obrigações que pudessem ser exigíveis e fossem cumpridas por temor a sofrer uma pena. *Essays...*, *op. cit.*, p. 85.

<sup>46</sup> Cfr. HART, *op. cit.*, pp. 83, 84, 85.

<sup>47</sup> Na verdade, o início do debate pode situar-se até um pouco antes, no momento da Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, que considerara já ser “self-evident” que todos os seres humanos são “endowed by their Creator with certain inalienable rights”. Muitos dos argumentos presentes nas *Anarchical Fallacies* tinham já sido empregues na sua oposição à Declaração Americana e foram utilizados pelo seu amigo John Lind. Cfr. HART, *op. cit.*, p. 80.

A sua visão dos direitos naturais e imprescritíveis está construída a partir do modelo legalista que adopta para a compreensão, em geral, dos direitos subjectivos positivos.

Na verdade, pensamos que AMARTYA SEN<sup>48</sup> tem razão ao afirmar que a partir dela se foram desenvolvendo várias teorias dos direitos humanos que possuem o traço comum de partirem sempre do paradigma do direito positivo, da lei, para a análise e enquadramento daqueles últimos. Esta seria, a seu ver, a razão pela qual não ofereciam uma explicação plenamente satisfatória sobre os direitos humanos.

Este autor classifica aquelas teorias em três categorias: as teorias de direitos pós-legais, as teorias de direitos proto-legais e as teorias de direitos ideais-legais. A teoria de BENTHAM pertenceria justamente à primeira delas, uma vez que, como atrás se disse, os únicos direitos existentes são aqueles que a lei cria em cada momento.

Mas se AMARTYA SEN rejeita esta visão redutora de BENTHAM - e de todas as teorias que possuem a mesma visão dos direitos como pós-legais (como consequência do Direito objectivo positivo) -, também recusa a visão daqueles que, como HART, transformam os direitos em “pais da lei” (num jogo de palavras e de ideias com a expressão bentamiana do direito subjectivo como “filho da lei”), ou numa espécie de “*laws in waiting*”, convertendo os direitos em mera fonte inspiradora de leis, que seriam a sua única via possível de realização<sup>49</sup>. Como bem lembra o autor indiano, a efectivação dos direitos humanos tem dependido frequentemente de muitos meios que não se reconduzem à esfera legal, mas a extravasam, precisamente. Veja-se o papel de monitorização do seu respeito, levado a cabo pelas mais variadas Organizações Não Governamentais (ONG), em distintos pontos do globo, onde aqueles direitos não gozam muitas vezes de qualquer estatuto legal sequer.

Na mesma direcção parecem ir as teorias de direitos ideais-legais, que vêem nos direitos um sentido meramente aspiracional, indicando o caminho ideal que deveria ser prosseguido pela actividade do legislador. Mais uma vez se labora no mesmo erro de considerar que os direitos só se podem efectivar através da legislação<sup>50</sup>.

---

<sup>48</sup> AMARTYA SEN, *Human rights and the limits of law*, in “Cardozo Law Review”, 2005-2006, 27.

<sup>49</sup> Cfr. AMARTYA SEN, op. cit., pp. 2917-2918.

<sup>50</sup> Cfr. AMARTYA SEN, op. cit., p. 2920. O autor dá como exemplo a posição da mulher dentro do casamento em muitos países com sociedades tradicionais. Salienta que a opinião da mulher no âmbito da

Fora da classificação proposta por AMARTYA SEN, atrás vista, mas ainda com alguns ecos da visão de BENTHAM, estão as posições mais cépticas sobre os direitos humanos, como a que é subscrita por Joseph RAZ<sup>51</sup>. Tomemos agora algum tempo para passar em revista, com indispensável brevidade, algumas das suas considerações a este respeito.

A partir de uma análise centrada mais na prática dos direitos humanos do que na teoria, RAZ critica – tal como BENTHAM – a falta de efectividade dos direitos humanos, pela incapacidade dos governos de os cumprirem ou de actuarem em conformidade com eles<sup>52</sup>. Claro que RAZ fala num momento histórico distinto, e por isso pode bem avaliar o resultado da implementação das várias Declarações de direitos, bem como da sua própria evolução. O autor parte da constatação da quantidade e diversidade muito significativa de direitos humanos actualmente consagrados, ou reivindicados enquanto tais, para colocar justamente o problema do critério da sua escolha. É neste ponto que falham, em sua opinião, a maioria das teorias dos direitos...

Ressalvadas as diferenças existentes entre o pensamento de BENTHAM e de RAZ, a verdade é que parece-nos encontrar aqui ainda alguns pontos de contacto, sobretudo no modo crítico como analisa as teorias dos direitos humanos que se desenvolvem a partir de premissas substantivas. Aquele último, tendo em consideração, em particular, as propostas de GRIFFIN, NICKEL e GEWIRTH<sup>53</sup>, retoma, a nosso ver, alguns temas das críticas das *Anarchical Fallacies* nossas conhecidas. Questiona, pois, as teorias que partem da tese do valor de certas características inerentes a todo o ser humano (à sua natureza), por operarem, de certo modo, o que eu chamaria um “salto

---

tomada de decisões familiares é aí frequentemente ignorada, referindo ser esta uma situação que não se pode mudar através da lei, mas que é contrária aos direitos humanos.

<sup>51</sup> Referimo-nos aqui ao texto de Joseph RAZ, *Human Rights without Foundation*, disponível em <http://www.ucl.ac.uk/laws/jurisprudence/index.shtml?forum>

<sup>52</sup> Com efeito, RAZ afirma, com ironia: "This is a good time for human rights. Not that they are respected more than in the past. The flagrant resort to kidnapping, arbitrary arrests and torture by the US, and the unprecedented restriction of individual freedom in the US, and in GB, cast doubt about that. It is a good time for human in that claims about such rights are used more widely in the conduct of the world affairs than before. There are declarations of and treaties about human rights, international courts and tribunals with jurisdiction over various human rights violations. [...] As John Tasioulas notes: "discourse of human rights [has acquired] in recent times...the status of an ethical *lingua franca*"." Op. cit., p. 1.

<sup>53</sup> Entre as obras dos autores tomadas em consideração encontram-se as seguintes: GEWIRTH, Alan, *Human rights. Essays on Justification and Applications*, Chicago: The University of Chicago Press, 1982; GRIFFIN, James, *On Human Rights*, Oxford: Oxford University Press, 2008; NICKEL, *Human Rights in* "Stanford Encyclopedia of Philosophy Edward N. Zalta Ed., Summer 2007 edition, disponível em <http://plato.stanford.edu/archives/sum2007/entries/rights-human/>

lógico”, não justificando por que é que o facto de algo ser valioso para alguém pode fundamentar a exigência de que lhe seja reconhecido um direito correspondente.

Por outro lado, RAZ volta a pôr em causa o realismo com que certas afirmações podem, de facto, ser produzidas, de que é exemplo a visão do homem como ser livre. E, neste caso, reedita-se o exemplo da sujeição do indivíduo a seus pais para impugnar a ideia de que quem quer que seja possa reclamar-se verdadeiramente livre<sup>54</sup>. Também a derivação, a partir da partir da ideia de liberdade enquanto capacidade para agir autonomamente, de direitos de informação e educação é posta em causa, quer pela falta de determinabilidade do padrão mínimo a observar para o estabelecimento daqueles, quer pelo facto de se considerar que “o simples estar vivo num estado não comatoso” já garante um certo grau de informação e educação, mesmo a quem esteja reduzido à escravidão<sup>55</sup>.

As acusações de BENTHAM sobre a ambiguidade, a imprecisão, a indeterminação e o sem-sentido das alegações de que todos os seres humanos têm certos direitos (ainda que considerando os que constavam da Declaração francesa e não os das actuais Declarações, bastante mais generosas), bem como o modo como se (não) caracterizam estes, não andam muito distantes do tom das críticas de RAZ... Para este último não está demonstrado que os direitos humanos tenham de ser universais, fundacionais, ou concebidos como limitação da autoridade legítima em cada sociedade<sup>56</sup>. Com efeito, a sua adesão às observações críticas daqueles que objectam à universalidade de certos direitos (vg. a um processo equitativo ou a direitos sociais e económicos) por não serem realizáveis em países pobres, sublinha a associação entre o reconhecimento dos direitos e a noção de contingência e de exercício concreto de escolhas em cada momento histórico.

---

<sup>54</sup> O exemplo é, mais precisamente, relativo à sujeição à influência de uma mãe particularmente dominadora. Op. cit., p. 7.

<sup>55</sup> RAZ, op. cit., p. 8,9.

<sup>56</sup> RAZ, op. cit., pp. 14-18. Em dado momento, o autor admite que possam existir direitos universais, baseados na simples humanidade dos seus titulares, mas sublinha que as teorias tradicionais não oferecem suficiente e convincente fundamentação a este respeito, nem são aptas a explicar a própria prática estabelecida internacionalmente a respeito dos direitos humanos, a qual, na sua opinião, os tem vindo a conceber como limites à soberania dos Estados. A conclusão que retira daqui é também de ressonância Bentamiana: “Human rights are moral rights held by individuals. But individuals have them only when the conditions are appropriate for governments to have the duties to protect the interests which the right protect.” *Ibidem*, p. 23.



Os críticos do pensamento de BENTHAM coincidem em considerar que existe na sua rejeição violenta das teorias dos direitos naturais um receio não expresso, no caso o receio de teorias que pudessem inspirar convulsões sociais que alastrassem à própria Inglaterra. Hoje, esse receio não existe, mas o debate teórico em volta dos direitos humanos continua a fazer-se com muitos dos argumentos que encontramos nas *Anarchical Fallacies*. De seguida, concentrar-nos-emos na análise do modo como eles nos surgem contextualizados na nossa actualidade, muito para além do campo das discussões teóricas, no próprio plano da prática desses direitos. Comentaremos também sumariamente a sua pertinência e as razões da sua longevidade.

#### **4. Algumas controvérsias na prática actual dos direitos humanos**

De um modo geral, uma parte das críticas dirigidas aos direitos humanos têm a ver justamente com a ambiguidade, vaguidade, imprecisão do próprio texto das várias Declarações de direitos<sup>57</sup>. BENTHAM teria alguma razão a este respeito, claro. Tomemos por exemplo, o direito de resistência à opressão consagrado na Declaração francesa. Esta não continha qualquer especificação do modo e das circunstâncias em que se poderia fazer uso desse direito. O autor britânico parece tê-lo entendido de modo radical, no entanto podemos antever uma pluralidade de meios pelos quais esta pode ter lugar. Efectivamente, a história haveria até de demonstrar mais tarde, nos casos da luta pelos “*civil rights*” nos Estados unidos, mas sobretudo com Gandhi na Índia, que esta resistência pode assumir um carácter pacífico e possuir ainda assim um impacto avassalador sobre um governo desrespeitoso dos direitos humanos<sup>58</sup>.

Creemos poder ver-se no desconforto com que muitos juristas olham para a ambiguidade, a vaguidade, a imprecisão no discurso jurídico em geral, a herança da jurisprudência dos conceitos e das várias teorias dos conceitos fundamentais. Aquelas são toleradas no limite do possível, quando se torna incontornável a necessidade de maiores margens de flexibilidade na acomodação da lei positiva à realidade a que se aplica, como no caso dos conceitos indeterminados, das cláusulas gerais ou do recurso à

---

<sup>57</sup> Sobre o alcance do problema da indeterminação do conceito de direitos humanos, vd. GRIFFIN, op. cit., pp. 14 e ss.

<sup>58</sup> Seguimos aqui a opinião também de BEDAU, op. cit., p. 268.

equidade. Mas, claro, em qualquer caso trata-se sempre de exceções ao rigor, à precisão à determinabilidade absoluta que deveriam alegadamente caracterizar os conceitos jurídicos. E dizemos “deveriam”, porque cremos que a evolução do pensamento metodológico-jurídico, em especial, durante o século XX, veio demonstrar que existe uma grande distância entre este desejo de rigor e precisão da linguagem jurídica e a realidade da *praxis* jurídica. Neste contexto, os direitos humanos não podem deixar de ser olhados com suspeição, rejeitados simplesmente, ou na procura de torná-los forçosamente compatíveis com uma visão formalista e conceptualista do direito<sup>59</sup>.

Note-se que não se recusa aqui o valor e relevância de ter em devida consideração a necessidade de certeza e segurança jurídica, que é certamente o que também está aqui em causa, mas antes se tenta simplesmente demonstrar que o problema da ambiguidade, da vaguidade não é um exclusivo de conceitos como o de direito natural ou dos direitos humanos, afectando também a construção dos próprios direitos positivos.

Por outro lado, este mesmo carácter vago dos direitos humanos, a falta de uma relação clara de correspondência a uma obrigação correlativa, tornam particularmente evidente o problema da sua efectividade. Este era também um problema inultrapassável para BENTHAM, como vimos atrás. Poderemos apenas imaginar o que diria hoje o autor britânico se confrontado com a lista crescente de direitos (quase interminável!), muito mais difíceis de garantir, que integram as várias declarações de direitos existentes. A questão coloca-se com particular acuidade no que toca aos direitos económicos e sociais, como se sabe<sup>60</sup>. Não falta quem veja na sua consagração um maximalismo contraproducente e impraticável, desde logo porque dependem da prosperidade económica e nunca poderiam converter-se em realidade nos países pobres.

É óbvio que todos desejam que os direitos consagrados sejam efectivos e que a sua violação seja reprimida e sancionada, se preciso for. No entanto, reconhecer isto

---

<sup>59</sup> Seria de todo impossível pretender aqui fazer algo mais do que dar exemplos que ilustrem o nosso ponto de vista (a utilização contínua dos argumentos que BENTHAM tinha já esgrimido contra a Declaração). Foi o que pretendemos fazer ao falar das teorias de RAZ, por exemplo. GRIFFIN oferece uma classificação das teorias dos direitos humanos (incluindo as de DWORKIN, FEINBERG, NOZICK e RAWLS) em teorias substantivas e estruturais, salientando que estas últimas têm sido, precisamente, as predominantes. Op. cit., p. 20-22.

<sup>60</sup> Obviamente, todos os direitos “custam dinheiro”, mesmo os mais “insuspeitos”, e não só os direitos económicos e culturais. Tal é o caso, por exemplo, dos direitos de participação política.

mesmo – que é desejável que os direitos sejam efectivos – é algo muito distinto de tomar a sua efectividade concreta por critério de validade e existência.

Há boas razões para fazermos esta distinção. Em primeiro lugar, a efectividade dos direitos não depende exclusivamente dos mecanismos sancionatórios postos à disposição por uma qualquer autoridade para a sua garantia. Voltemos ao exemplo da acção monitorizadora das ONG: não possui ela, acaso, uma força dissuasora de potenciais violações aos direitos, ao fazer pairar sobre os governos uma ameaça de “má publicidade”? Por outro lado, o próprio facto de se reunir num texto, com carácter solene, um conjunto de direitos que são proclamados, não pode deixar de se reconhecer que terá um efeito pedagógico e de sedimentação de uma consciência colectiva da necessidade de respeitar – a vários níveis – a dignidade do ser humano como pessoa. Tive já ocasião, em outra sede<sup>61</sup>, de me referir (na esteira de Paulo FERREIRA DA CUNHA<sup>62</sup>) ao carácter apelativo da própria linguagem dos direitos humanos. É hoje comumente admitido, mesmo pelos seus detractores, que a expressão “direitos humanos” goza de um amplo reconhecimento público à escala planetária, ainda que dificilmente exista um correlativo conhecimento concreto dos textos das Declarações que os consagram. Subscrevemos a opinião de Francisco PUY, de que a expressão “direitos humanos” é hoje invocada com a mesma função retórica com que anteriormente, em outras épocas históricas, se fazia uso da expressão “direito natural”. E trata-se, a todas as luzes, de uma expressão poderosa...<sup>63</sup>

Mas esta ambiguidade e imprecisão presente no discurso dos direitos humanos tem também uma conexão relevante com uma outra objecção importante e persistente aos direitos humanos. Na opinião de HART, tratar-se-ia até da mais importante e que está já presente no pensamento de BENTHAM<sup>64</sup>. Falo da já atrás mencionada ausência

---

<sup>61</sup> CALHEIROS, Clara, *Direitos Humanos e outras formas de protecção jurídica da pessoa*, in “Cultura jurídica” Consejo de la Judicatura del Estado de Mexico, jul-dec 2005, p. 245 e ss.

<sup>62</sup> Cfr. *O ponto de Arquimedes*, Coimbra: Almedina, 2001, pp. 167, 168. O autor refere aí que os direitos humanos devem, em parte, o seu bom acolhimento generalizado (até superior ao Direito tradicional) ao modo cativante como se apresentaram enquanto ideologia de consenso, associando-se pela positiva a causas inequivocamente relevantes e explicando-se com uma linguagem simples (ou até simplista, como afirma o autor).

<sup>63</sup> É interessante notar que mesmo entre o sector mais céptico, de recorte positivista, não deixa de haver o reconhecimento de que o efeito da existência de Declarações de direitos (mesmo daquelas que são meramente aspiracionais e não se fazem acompanhar de um aparelho garantístico) tem sido útil. A este propósito afirma TWINING: “It is widely assumed, at least in the Anglo-American literature, that in so far as these documents have been influential their general tendency has been to increase rather than decrease human happiness.” Op. cit., p. 711.

<sup>64</sup> HART, *Essays...*, op. cit., p. 89.

de critério (*the criterionless*) que permita identificar claramente e legitimamente os direitos humanos. O qual é indissociável do problema do fundamento, a que Paulo FERREIRA DA CUNHA, entre nós, designa pela saborosa expressão de “ponto de Arquimedes”<sup>65</sup>.

Até certo ponto, a positivação dos direitos humanos, operada pelas várias Declarações e muitas vezes expressamente recebida nos direitos internos de cada país (como é o caso de Portugal, através do art.º 16.º da Constituição da República Portuguesa) parece ter retirado relevância à questão ao converter os direitos originariamente “naturais”, em direitos positivos (em filhos da lei, se quisermos parafrasear aqui BENTHAM). A pergunta pelo fundamento dos direitos humanos parecia ter, pois, perdido relevância e interesse prático. Por outro lado, os direitos humanos existentes eram aqueles que as Declarações estabeleciam enquanto tais: o elenco poderia ainda ser acrescentado, pela descoberta de “novos” direitos, encontrando-se os demais plenamente adquiridos.

A crise financeira global veio alterar este estado de coisas, parece-nos, trazendo para o discurso político actual sobre os direitos, e em particular os direitos sociais e económicos, uma argumentação com ecos bentamianos. Do que se trata agora é do problema da manutenção e extensão do reconhecimento de direitos que pareciam inquestionavelmente enraizados na nossa experiência jurídica positiva. Em países mais duramente atingidos pela crise, como Portugal, assistimos, a cada dia, a um confronto público entre aqueles que recusam o retrocesso social, esgrimindo com o texto da Constituição, e aqueles que invocam o interesse público geral - uma outra forma de expressar o princípio de utilidade.

O sacrifício e limitação dos direitos económicos e sociais, em vista da sobrevivência financeira do Estado, é ponto central desta discórdia, tendo trazido, no caso português, um inusitado protagonismo e exposição mediática do até então discreto Tribunal Constitucional português. Obviamente, o debate não se faz, as mais das vezes, com a evocação expressa de argumentos filosóficos, mas não deixa de ser permeável (às vezes involuntariamente, cremos bem) a eles. A pergunta que o assistir a tudo isto nos suscita, é se veremos um ressurgimento do utilitarismo e se este poderia constituir-se como teoria dos direitos alternativa.

---

<sup>65</sup> FERREIRA DA CUNHA, Paulo, *O ponto de Arquimedes*, Coimbra: Almedina, 2001.

Na busca de uma resposta regressamos a BENTHAM e à leitura que dele nos oferece HART. O utilitarismo tem uma faceta igualitária, que o tornaria aparentemente apto a sustentar uma teoria dos direitos, uma vez que parte da ponderação do sofrimento e prazer, independentemente de raça, género, religião, segundo o princípio “*everybody is to count for one*”. Todavia, o próprio HART<sup>66</sup> reconhece que este igualitarismo não é susceptível de sustentar uma teoria dos direitos, na medida em que se admite o sacrifício de uns quantos, em homenagem a um bem maior: o bem colectivo. Afinal, recorde-se, a discordância manifestada por BENTHAM a propósito da escravatura não tinha por base o acreditar que todos os homens nascem livres e iguais, mas antes o reconhecimento pragmático das consequências nefastas da escravatura em massa, cujo trabalho seria inevitavelmente menos produtivo do que o que seria levado a cabo por mão de obra livre.

Como atrás se disse, BENTHAM defendia que os direitos deveriam ser reconhecidos e mantidos conforme tal fosse vantajoso para o conjunto da sociedade, na perspectiva do legislador. Ora, seguindo aqui a opinião de BEDAU<sup>67</sup>, parece-nos que a vantagem de uma teoria dos direitos humanos é livrar-nos (proteger-nos) justamente do cálculo de utilidades... Até porque nada há de objectivo na medida do que é útil em cada momento.

Um outro argumento que integra a crítica dos direitos humanos tem a ver com o seu carácter culturalmente situado, como produto do Ocidente. Quando na Declaração francesa se fazia menção ao facto de que se tratava de direitos de que *todos* gozavam, BENTHAM apressou-se a impugnar a afirmação aduzindo os mais variados exemplos de diferenças que dividem os homens, em todas as partes. Quase se poderia dizer que a regra, entre os homens, é a diferença, não a igualdade. Este contra-argumento ganha força se recordarmos a própria história do desenvolvimento dos Direitos Humanos, tanto no plano estritamente jurídico, quanto no que respeita à sua vertente de movimento (activismo, até) social. Esta história apresenta-nos este conceito, inequivocamente, como um produto da cultura ocidental, onde nasceu e prosperou nos últimos séculos, e de onde irradiou para outros locais do mundo.

---

<sup>66</sup> Op. cit. pp. 97-99.

<sup>67</sup> Op. cit. p. 278.

Haverá mesmo direitos que se possam reclamar universais? Existe uma corrente de crítica contemporânea que acentua justamente essa recusa de universalidade. No entanto, permito-me acompanhar a este respeito a opinião de AMARTYA SEN<sup>68</sup>, uma voz particularmente autorizada e insuspeita já que provém justamente de um país e uma cultura não-ocidentais (ainda que não imunes à influência do ocidente, claro). O autor indiano, porque concebe o papel dos direitos humanos situado no plano da razão prática, acredita que a possibilidade de estabelecimento de um debate público contínuo, livre e racional é absolutamente essencial à compreensão daqueles. Neste sentido, objecta às críticas ao universalismo dos direitos humanos centradas nas diferenças culturais, afirmando que estas mesmas diferenças são ampla e frequentemente exageradas, não sendo tão significativas quanto se poderia supor, em muitos casos. Acresce que a invocação dessas diferenças com o intuito de suprimir ou limitar o debate em torno dos direitos humanos, impede a interacção necessária e frutífera entre as perspectivas internas ou “domésticas” e as perspectivas externas. Perde-se, assim, o benefício do contributo, tantas vezes esclarecedor, do olhar “da distância”, para usar aqui a expressão de AMARTYA SEN<sup>69</sup>.

Esta visão é também corroborada, a nosso ver, no texto de uma recente e iluminadora comunicação que abriu a XXVI edição do Congresso Mundial da Filosofia do Direito e Filosofia Social, no ano de 2013, no Brasil. A autora sul-africana Sindiso MNISI WEEKS<sup>70</sup> expôs claramente como a população rural, pobre e indígena da África do Sul continua a ver negado o acesso a uma cidadania plena e a uma igualdade de oportunidades, apesar de já não ter - como outrora - a sua liberdade de movimentos coarctada. O problema agora é o papel desempenhado pelos líderes tradicionais, que exercem uma autoridade relativamente pouco controlada nas suas comunidades. Isto mesmo deriva, na sua opinião, do reconhecimento do direito costumeiro tradicional como fonte de direito e do dilema que este constitui na interacção com o *Rule of law*, numa sociedade pluralista como é aquela.

---

<sup>68</sup> Op. cit., pp. 2926, 2927.

<sup>69</sup> AMARTYA SEN, op. cit., pp. 295, 296, 297. Diz o autor, a dado passo: “Indeed, public discussion is centrally important both for the recognition of human rights, and for their realization and advancement. That understanding is also an invitation to look beyond the rigid box of currently legislated rights. There is a huge world of legitimate human rights beyond the limits of law.

<sup>70</sup> *Contested democracy and rule of law(s) in pluralistic societies: the example of South Africa*, XXVI world Congress of Philosophy of Law and Social Philosophy; Belo Horizonte: Editora Forum, 2013, p. 127.

## 5. Notas finais

As *Anarchical Fallacies* são certamente um documento que só pode compreender-se no tempo e nas circunstâncias históricas de que é fruto. Não procuramos aqui escamotear essa realidade, nem presumir que Jeremy BENTHAM antecipou ou previu todo impacto futuro que teriam as teorias dos direitos inatos e imprescritíveis, ou do próprio movimento dos direitos humanos. Apesar disso, parecem-nos que continua a ser um texto que deve ser lido atentamente e nos coloca um conjunto de problemas merecedores de reflexão. De resto, acreditamos (com DALGARNO) que muitas das críticas poderiam hoje ser dirigidas pelo autor inglês às Declarações de direitos ulteriores, se ele tivesse oportunidade de sobre elas se pronunciar. É a própria concepção que lhes está na base que ele coloca em causa, como fica patente pela expressão que emprega na oferta a COBBETT das *Anarchical Fallacies*, manifestando o repúdio por “*all other Declarations, actual and possible, of pretended Natural Rights in opposition to legal ones*”<sup>71</sup>.

As críticas de BENTHAM estão redigidas num tom que nos pode surpreender pela acutilância (quase truculência), e com certa repetição de ideias e argumentos. No entanto, o texto contém um conjunto de objecções, de ordem lógica, política e jurídica que no seu conjunto vão directos a aspectos essenciais e polémicos da concepção dos direitos naturais.

As críticas relativas à ambiguidade, indeterminação e imprecisão contidas na Declaração, numa redacção que continha proposições com elevado grau de abstracção e generalidade podem ter-se por exageradas no tom, mas não pode deixar de se lhes reconhecer certo grau de fundamento. Assim como a identificação da possibilidade de existência de alguma incompatibilidade entre os vários direitos naturais, ou da necessidade de se estabelecer, com mais precisão, quais as excepções que podem ser consagradas, e em que termos.

De todas as objecções apresentadas por BENTHAM porventura aquela que está mais datada historicamente é a que está relacionada com a acusação de incitação à

---

<sup>71</sup> DALGARNO, op. cit., p. 730.

anarquia que é dirigida contra as teorias dos direitos naturais. Apesar da existência actual de críticas em relação aos direitos humanos, estas não se fazem acompanhar de acusações deste teor, a não ser talvez em países com regimes não democráticos. Contudo, se olharmos para a articulação existente entre a condenação do incitamento à insurreição e a defesa da ideia de uma obediência sem excepções à lei e da discricionariedade do legislador para, em cada momento, adoptar as leis que melhor servirem “*the greatest happiness of the greatest number*”, mesmo que isso implique o sacrifício de minorias, então há que reconhecer que também as objecções políticas formuladas pelo filósofo utilitarista se mantêm bem presentes nos debates actuais. Os argumentos que têm sido apresentados por aqueles que defendem o “*downsizing*” do Estado de bem estar, não estão muito distantes dos que, em seu dia, utilizou Jeremy BENTHAM nas suas obras, em particular nas “*Anarchical Fallacies*”. Será uma proximidade inconsciente e involuntária, mas está aí, na mesma adesão ao pragmatismo, na preferência da utilidade como princípio- guia das acções e escolhas colectivas.

Na recente polémica gerada em torno das revelações de Snowden, a linha de argumentação que o governo dos EUA tem desenvolvido assenta justamente em defender a ideia de que a invasão da privacidade indiscriminada que tem sido levada a cabo pelos serviços da NSA em relação a cidadãos de todo o mundo (mesmo os que ocupam posições de chefe de Estado em países “amigos”) se justificava por um bem maior: a protecção da segurança face a eventuais ataques terroristas.

Porém BENTHAM opôs-se à ideia da existência de direitos naturais com base ainda em outros argumentos, designadamente aqueles que são tributários da sua concepção positivista do direito. A sua visão do direito como produto da lei positiva e a sua insistência em aferir a validade da existência daqueles direitos naturais através do paradigma do direito positivo haveriam de frutificar na sua posteridade. Como AMARTYA SEN demonstra, muitas das teorias dos direitos continuam a ser construídos segundo um paradigma legalista que é insuficiente para explicar satisfatoriamente o que são e como se aplicam os direitos humanos. Do mesmo modo se pode dizer que posições reconhecidamente cépticas a propósito dos direitos humanos continuam a criticar as teorias mais substanciais ou fundacionais dos direitos com argumentos de ressonância bentamiana. É o que, a nosso ver, acontece no caso de Joseph RAZ. E nesse sentido, o texto das *Anarchical Fallacies* continua a ser actual.



O debate em torno dos direitos humanos mantém-se nos nossos dias. É certo que há hoje mais declarações de direitos, uma lista de direitos humanos bastante mais alargada do que aquela que nos apresentaram as Declarações americana e francesa, mecanismos de aplicação dos direitos que incluem a via judicial em alguns casos, uma difusão do discurso dos direitos humanos à escala global, incluindo países não ocidentais. No entanto, a receptividade da opinião pública ao conceito de direitos humanos não tem equivalente no plano da discussão teórica, jurídica e política, sobre esses mesmos direitos. Mais, a repetição pelas hodiernas declarações de direitos de alguns dos “erros” cometidos e diagnosticados por BENTHAM na Declaração francesa, bem como os problemas de indeterminação do próprio conceito de direitos humanos, as questões relacionadas com a sua real efectividade – bem vistas as contínuas violações de que os direitos humanos são alvo por toda a parte -, tudo isso tem levado à permanência da polémica.

Em jeito de comentário final, parece-nos que revisitar o pensamento de BENTHAM nos esclarece um pouco mais sobre a origem e as conexões de algumas posições mais cépticas sobre os direitos. No entanto, apesar de podermos com alguma facilidade contrapor alguns argumentos face às críticas de inspiração bentamiana, continuamos a não poder afastá-las, sem mais. A sua actualidade deve também dizer-nos alguma coisa sobre o conceito de direitos humanos e a sua capacidade para se constituir como meio de resistência à injustiça, ao abuso de poder e de garantia efectiva da vida humana digna.