

As Crises e os Direitos Humanos*

Daniel Vianna Vargas

Juiz de Direito TJRJ. Titular da 2ª Vara Criminal de Campos dos Goytacazes. Mestre em Direito Penal e Ciências Criminais, Universidade de Barcelona, Espanha.

Com o presente trabalho, buscaremos um exercício paradigmático e histórico entre duas fases, em sociedades distintas, que culminaram na necessidade de valorização dos direitos humanos.

Faremos uma análise comparativa entre a Grécia do século V, a.C., com a transição entre o período cosmológico e o período antropológico, surgimento de um esboço do que seriam os primeiros direitos humanos reconhecidos na sociedade em contraponto aos anos da Alemanha entre guerras, particularmente durante o Nacional-Socialismo, com uma abordagem do direito penal e processual penal durante o regime autoritário e suas influências hodiernas. Veremos que as consequências, principalmente, da Política Criminal da época levaram à criação de um organismo supranacional para positivação, garantia e defesa dos direitos humanos.

Conceitualmente, são direitos humanos aqueles fundados no reconhecimento de um conjunto de valores aceitos como justos e legítimos, além de pretensamente universais. São direitos que têm origem na própria natureza humana, além de encontrar sua positivação na ordem universal.

GRÉCIA, SÉCULO V A.C.

No período anterior à chamada democracia ateniense, fase chamada cosmológica, o que importava era a Polis grega. Nessa fase, os direitos

* Trabalho apresentado no curso "Processo Penal e Direitos Humanos: Homenagem aos 20 Anos da Incorporação da CADH e do PIDCP", realizado em 18 e 19 de outubro de 2012, como parte do Programa de Atualização de Magistrados e Inserção Social da EMERJ.

não eram dos homens, mas sim dos próprios entes estatais. Em tais sociedades, o poder emanava dos deuses ou da própria natureza, sendo de singela constatação a supremacia da Polis sobre o elemento humano em tal contexto. A Polis figurava como uma realidade superior a todas as pessoas que nela habitavam, os súditos. As cidades e suas próprias instituições possuíam realidades ética e ontologicamente superiores aos cidadãos que não eram reconhecidos como sujeitos de direitos.

No direito da Polis, no período cosmológico, um cidadão poderia até pleitear o reconhecimento de um direito individual que estivesse sendo negado pelo ente estatal. Entretanto, este direito era da Polis e somente nesse sentido admitir-se-ia seu reconhecimento. Ainda que o indivíduo tivesse sua pretensão satisfeita, na realidade, o que acontecia era a reafirmação da vontade da Polis, que era a fonte de todos os direitos.

Como ilustração, nos ensina a doutrina:

No ano 306 antes de nossa era, o discípulo de Aristóteles de nome Filon, estudioso das leis atenienses, apelou ao Tribunal de Atenas contra a decisão do governante Diógenes Poliocertes, que havia decretado o fechamento do Liceu, então dirigido por Teofrasto, por evidentes conotações políticas e ideológicas. É que Teofrasto era o maior discípulo de Aristóteles e como o seu mestre, mantinha ligações com a Macedônia de Alexandre o Grande, e com os círculos aristocráticos inimigos do governo democrata ateniense. Mas Filon alegou que o fechamento de uma Escola de Filosofia era uma afronta às tradições da cidade, que sempre proclamara a liberdade de ensino e de opinião. Assim, esclarece o comentarista da obra em menção, a ordem legal de Poliocertes foi invalidada pelo Tribunal, mas não considerando um direito subjetivo individual de Teofrasto, e sim, precisamente, a defesa de uma tradição cultural da Polis ateniense. Por isso Teofrasto foi autorizado a reabrir a sua Escola (Liceu) e viver nas mesmas condições de ensino e de liberdade de pesquisa que anteriormente desfrutara.¹

¹ SOUZA FILHO, Oscar d'Alva e. **Tetralogia do direito natural**: ensaios de filosofia acerca das principais justificações ideológicas do direito positivo ocidental. Fortaleza: ABC Editora, 2008, p. 95.

Ensinam os historiadores que essa fase político-social de meados do século V, a.C. entra em decadência, e um grupo de jovens pensadores, os sofistas, confronta-se com a democracia pericliniana e passa a preconizar que o homem, por ser o criador das cidades, deveria ser reconhecido como superior à Polis. Chega-se, portanto, ao que se conhece por antropocentrismo.

O chamado movimento sofista, que ao longo das eras adquiriu conotação pejorativa, provocou uma relevante mudança nos costumes sociais, bem como nos moldes políticos de Atenas. O homem passa a ser o principal sujeito e objeto da verdade, objeto de conhecimento. As questões físico-naturalistas, antes predominantes, cederam lugar às problematizações humanas: morais, psicológicas e políticas. A opinião do homem sobre o mundo e a respeito da cidade, suas concepções e convenções, sua liberdade de consciência, tudo isso era mais importante que qualquer outra questão. O movimento sofista desenvolveu o individualismo e o relativismo quer no campo moral, quer político ou gnosiológico².

A tradição grega ensinava que a Polis era superior ao indivíduo. Os jovens sofistas negaram essa superioridade. Situaram o homem como elemento principal. Antropocentrismo. O homem é o criador, a cidade é a coisa criada. No que interessa à filosofia do direito, a contribuição dos sofistas foi questionar os valores éticos e jurídicos da Polis ateniense, pon-do em causa a forma de governo, combatendo a injustiça da economia escravista, embasando o direito natural a partir da ordem humana e não divina. Forneceram os argumentos contra as distorções do direito positivo vigente nas diversas Polis gregas. O indivíduo é o criador da cidade e vale sempre mais que a coisa criada: sua consciência, sua lei interior é mais valiosa que o decreto do democrata Péricles ou do tirano de Tebas. Afir-mavam: os deuses nos fizeram livres e a ninguém fez escravo. Podemos identificar, portanto, um esboço do que viria a ser chamado muito depois de Direitos Humanos.

Que são os Direitos Humanos senão a proteção dos homens contra os abusos, o arbítrio do Estado? Para os jovens sofistas não havia dúvida. Os indivíduos eram superiores ao Estado. De acordo com a professora Luciana Bruno, os jovens sofistas “defendiam de um modo geral que todos os homens são naturalmente iguais e por isso devem ser tratados com o mesmo valor e dignidade, independentemente de origem social ou estirpe.”³

² FACUNDO, Francisco Targino, “Origem Grega dos Direitos Humanos”. Trabalho Acadêmico MPCE, 2001.

³ BRUNO, Luciana Fernandes, “Aspectos Psico-Antropológicos da Filosofia do Direito dos Sofistas”. Trabalho Acadêmico, MPCE, 2007.

Saliente-se, por oportuno, que o artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos diz que: “todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos...”

Mire-se, agora, nas palavras de Alquidam (sofista do séc. V a. C. na Grécia): Deus criou livres a todos os homens, e a natureza não converteu ninguém em escravo. (...) A escravidão não nasceu da natureza, e sim da lei civil, da maldade e do egoísmo dos homens. (...) A natureza fez a todos os homens iguais em dignidade e em direitos, foi a lei da cidade quem transformou a uns em senhores e a outros em escravos.

Em paralelo, muitos séculos após, o artigo 4º da Declaração Universal dos Direitos Humanos: “Ninguém será mantido em escravidão ou servidão. A escravidão e o tráfico de escravos estão proibidos em todas as suas formas.”

Ao elevar o homem à condição de sujeito do conhecimento, passando o homem a ser um fim em si mesmo, surge com os sofistas uma estrutura do conceito de “dignidade da pessoa humana”.

Visualiza-se, portanto, que após uma crise tirânica em Atenas surge uma mudança de parâmetros, na forma de se entender o Homem em relação ao Estado, fomentando uma gênese dos direitos humanos.

A REPÚBLICA DE WEIMAR

Alemanha. Período entre o final da Primeira Guerra Mundial e a ascensão de Adolf Hitler ao poder em 1933.

A Constituição de Weimar nasceu num período de profundas perturbações sociais e veio a ser a origem do constitucionalismo social, juntamente com a Constituição mexicana de 1917.

A entrada da Alemanha na Primeira Guerra sem o devido preparo trouxe consequências internas desastrosas, seja pelo enorme número de mortos e feridos, seja pela grave crise econômica que caiu sobre o país, agravada pelo bloqueio naval inglês, trazendo escassez de alimentos e inflação. Some-se a tal quadro o que acontecia simultaneamente na União Soviética. Diversos levantes por toda a Alemanha culminaram numa verdadeira revolução bolchevista, chegando às raias de uma guerra civil em 1918. A reforma constitucional de novembro de 1918 não foi suficiente

para conter o grito das ruas, sendo que uma semana após a dita reforma constitucional, proclamava-se na Baviera uma República Democrata e Socialista, com a convocação para mais alguns dias de uma greve geral.

Nesse contexto, o príncipe Marx anuncia a abdicação do Imperador e a convocação de uma Assembleia Nacional Constituinte, em 20/01/1919, sendo Weimar o local escolhido para sediá-la.

A grande inovação da Constituição de Weimar foi seu Livro II, que estabelecia os direitos e os deveres fundamentais do cidadão alemão, trazendo, em seu bojo, liberdades públicas e prerrogativas de índole social – direitos humanos. Estão elencados direitos de primeira, segunda e terceira geração, sendo – no que importa no campo de estudo do presente trabalho – os mais importantes: direito à igualdade (art. 109); igualdade cívica entre homens e mulheres (art. 109, § 1º); direito de circulação no território e para fora dele (arts. 111 e 112); direito das minorias de língua estrangeira (art. 113); inviolabilidade de domicílio (art. 115); irretroatividade da lei penal (art. 116); sigilo de correspondência e de dados telegráficos ou telefônicos (art. 117); liberdade de manifestação de pensamento (art. 118); vedação à censura (art. 118, § 1º); liberdade de reunião (art. 123); direito de petição ao Poder Público (art. 126); liberdade de consciência e crença religiosa (art. 135)⁴.

Com o ordenamento jurídico assentado em tais bases constitucionais, foi necessária uma reforma total do direito penal anterior à Primeira Guerra. O projeto de Código Penal do então ministro da Justiça, Gustav Radbruch, baseado nos postulados da Escola Moderna de Von Liszt, embora não tenha sido positivado, veio a constituir as bases dos movimentos progressistas da reforma penal, concretizada no Projeto Alternativo de 1966.

O DIREITO PENAL NO REGIME NACIONAL-SOCIALISTA

A grave crise serviu de mote para a chegada ao poder do partido nacional-socialista em 1933. Edmund Mezger, um dos maiores penalistas daquela época, foi nomeado membro da Comissão de Reforma do Código Penal, tendo como missão adaptar o Direito Penal aos postulados políticos do novo regime.

⁴ PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. "A Constituição de Weimar e os direitos fundamentais sociais". *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1192, 6 out. 2006.

Segundo Muñoz Conde, Mezger “no que foi necessário, tratou de adaptar sua teoria às idéias que caracterizavam o Direito Penal do nacional-socialismo, grosso modo, a vontade do Führer como fonte do Direito Penal; a analogia na criação de tipos penais; a substituição do Direito Penal de resultado por um Direito Penal de perigo e do conceito de bem jurídico pelo de violação de um dever; e a idéia de pena como meio para a eliminação dos elementos daninhos ao povo e à raça”. Mezger ainda teve participação na redação do Projeto de Lei sobre o Tratamento dos Estranhos à Comunidade e aos seus estudos na área da criminologia, em que desenvolveram suas ideias biologicistas como causa de condutas antissociais, utilizadas para justificar as propostas de medidas de higiene racial⁵.

O crime passa a ser interpretado como simples violação do dever de observar uma determinada norma, concentrando-se muito mais no desvalor da ação que viola a norma do que no desvalor do resultado da conduta. Tais ações não são mais incriminadas somente quando representem um potencial perigo a um bem jurídico, mas são enumeradas no tipo penal apenas para descrever a forma de vida de algumas classes de pessoas que se quer atingir. O Direito penal tem por finalidade proteger o *são sentimento do povo alemão*.

Conforme disse o prof. Christiano Fragoso, em palestra no Seminário de Processo Penal e Direitos Humanos na EMERJ, em outubro de 2012, na Política Criminal nazista o que importava era a fidelidade ao Estado, era a Comunidade do Povo. Positivização de condutas com base na violação de deveres morais, sendo mais relevante a vontade do que o resultado, antecipando-se o *iter criminis*. No Processo Penal, tivemos o total alijamento do princípio do Juiz Natural, com a criação de diversos tribunais e câmaras especializadas dentro dos tribunais, com o objetivo de julgar os inimigos da comunidade do povo.

Basicamente, uma negação de todo e qualquer reconhecimento aos direitos humanos, com restrição absoluta do direito de defesa, extinção da proibição de *reformatio in pejus* e da coisa julgada.

Por fim, chegamos à chamada Biologia Criminal, com origem na tese do “criminoso nato” de Lombroso, que considerava a criminalidade e

5 CONDE, Francisco Muñoz, **Edmundo Mezger e o Direito Penal de seu Tempo**, Lumen Juris, 4ª edição, 2005.

a associalidade (característica daquele que não pertence à sociedade) em geral como uma espécie de anomalia que se transmitia entre gerações. Difundia-se no povo a ideia, inclusive nas escolas, de que o aumento das famílias de associais era uma real ameaça frente à contínua diminuição das famílias alemãs normais, juntamente com o enorme gasto social em ajudas às pessoas de menor valor⁶.

A solução final consistia em prevenir esta ameaça através da biologia, com medidas esterilizadoras que pudessem evitar a procriação e reprodução dessas pessoas. Confinavam-se esses grupos em campos de trabalho e concentração, provocando, ao final, seu extermínio.

Temos um sistema puramente inquisitivo, nas palavras de Zaffaroni, uma estrutura do poder punitivo para administração da morte⁷. Total abstração do réu, que é encarado como um ente a ser investigado. Completa desqualificação do acusado, com a supressão de todos os seus direitos, logo, passível de sofrer a intervenção estatal. Matizes autoritários e violadores das garantias fundamentais.

A CRIAÇÃO DA ONU

Com o fim da Segunda Guerra, ainda com o mundo sob os efeitos do nazismo, surgem grandes questionamentos sobre o Direito Humanitário. Nasce a Organização das Nações Unidas, em 18/04/1946, no lugar da antiga Liga das Nações. Seus principais objetivos seriam a manutenção da paz, a defesa dos Direitos Humanos e as liberdades fundamentais. Tais ideais são positivados em 1947 na Declaração dos Direitos Humanos, de âmbito internacional, assumindo compromisso todos os signatários, de direitos básicos para a sobrevivência da pessoa humana, garantia dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais.

Trata-se de uma perspectiva muito positiva do ponto de vista da rejeição de tudo aquilo que se viu na Segunda Guerra. A Declaração teve grande importância na adoção de uma postura decisiva de um grande número de Estados que viria a influenciar o constitucionalismo global, alcançando eco em várias Constituições.

⁶ LOMBROSO, Cesare, *L'uomo Delinquente*, 1876.

⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Em busca das penas perdidas*, Ed. Revan, 1989.

Primeira expressão de que a liberdade e a autonomia dos Estados encontram limites, ainda que na hipótese de guerra, em prol dos direitos humanos. Os indivíduos tornam-se foco de atenção internacional. A estrutura do contemporâneo Direito Internacional dos Direitos Humanos começa a se consolidar. Não mais poder-se-ia afirmar que o Estado pode tratar seus cidadãos da forma que quiser, não sofrendo qualquer responsabilização na arena internacional.

Anos depois, a Convenção Americana de Direitos Humanos, também chamada de Pacto de San José da Costa Rica, foi assinada em 22 de novembro de 1969, na cidade de San José, na Costa Rica, e ratificada pelo Brasil em setembro de 1992. A convenção internacional procura consolidar entre os países americanos um regime de liberdade pessoal e de justiça social, fundado no respeito aos direitos humanos essenciais, independentemente de sua origem.

O Pacto baseia-se na Declaração Universal dos Direitos Humanos, que compreende o ideal do ser humano livre, isento do temor e da miséria e sob condições que lhe permitam gozar dos seus direitos econômicos, sociais e culturais, bem como dos seus direitos civis e políticos.

Apesar de já existir uma enunciação formal, muitos desses direitos não alcançaram um grau de efetividade, um grau de “realizabilidade” em termos práticos. A Constituição de 1988 representa uma conquista relevante, sem dúvida, mas muito ainda há por fazer especificamente no que se refere aos chamados direitos sociais, aos direitos individuais. Necessário reconhecer que setores bastante significativos do próprio Estado são incompatíveis com os Direitos Humanos. Para Norberto Bobbio, o problema no que tange aos direitos humanos “não é mais o de fundamentá-los, e sim o de protegê-los”⁸.

Em apertada síntese, Flávia Piovesan conclui: *“A responsabilização do Estado na consolidação da cidadania está condicionada ao fortalecimento de estratégias que sejam capazes de implementar os três elementos essenciais à cidadania plena, quais sejam, a indivisibilidade e universalidade dos direitos humanos e o processo de especificação do sujeito de direito”*⁹.

8 BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

9 PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. Max Limonad, 2000, p. 146.

CONCLUSÃO

Constata-se, portanto, que após o acontecimento de grandes crises humanitárias, a sociedade – em micro ou macrocosmos – põe-se em marcha, quase imperativa, na tentativa de soerguimento dos direitos humanos. Vimos que na Grécia, após o Estado (Polis) ser a fonte e instrumento de todo o poder e do Direito, não se reconhecendo o súdito como sujeito de direitos, uma virada antropológica eleva o Homem à condição de protagonista, com uma primeira formalização dos direitos humanos.

Na Alemanha, no início do século passado, e mais particularmente durante o regime autoritário, de igual sorte, o que importava era a fidelidade ao Estado, à “comunidade do povo”, relegando os “associais” a planos inferiores e excluindo todos aqueles que não seguiam a ideologia estatal. Diante das consequências da aplicação prática de tais ideais, o mundo viu-se muito perto do ocaso. Das cinzas, surge o reconhecimento supranacional dos Direitos Humanos como necessários à sobrevivência da própria espécie.

Embora o estudo seja histórico, as preocupações são hodiernas. Inúmeras são as pressões atuais para a recorrente expansão e antecipação da intervenção penal. Diante de tais pressões, surge a necessidade de luta pela defesa das garantias e dos direitos humanos. O direito penal na Europa continental marcha a passos largos para a adoção de uma dicotomia entre o chamado direito penal dos cidadãos e o Direito penal do inimigo – não mais considerado humano, inclusive com uma nova visão dualista: sistema de penas para os cidadãos em confronto com as leis – com sede na culpabilidade – e um sistema de medidas de segurança – embasado na periculosidade – para os inimigos (inocuidade dos delinquentes perigosos) (teorias já positivadas na Espanha e na Alemanha). Realidades que, antes de exorcizadas de plano, devem ser entendidas e pesquisadas, ainda que com o propósito, ao menos, de crítica construtiva. Temas, entretanto, para outro estudo. ❖

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. PERRONE-MOISÈIS, Cláudia (org). **O cinquentário da Declaração dos Direitos do Homem**. São Paulo. Editora da Universidade e São Paulo, 1999 - Biblioteca Edusp de Direito, 6.

ARENDT, Hannah. Trad. Roberto Raposo. **Origens do Totalitarismo: Anti-semitismo, Imperialismo e Totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras. 4ª ed. 2000.

CONDE, Francisco Muñoz, **Edmundo Mezger e o Direito Penal de seu Tempo**, Lumen Juris, 2005.

CORREA, Teresa Aguado. **El Principio da Proporcionalidad en Derecho Penal**. Madrid: Edersa, 1999.

DELGADO, José Augusto. "A Supremacia dos Princípios nas Garantias Processuais do Cidadão". *In: As Garantias do Cidadão na Justiça*. Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.). São Paulo: Saraiva, 1993.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

LAFER, Celso. **Resistência e realizabilidade de tutela dos Direitos Humanos no plano internacional no limiar do Século XXI**, p. 442-452.

MIRANDA, Jorge. **Textos Históricos do Direito Constitucional**. 2. ed. Lisboa: Imprensa Casa da Moeda, 1990.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. edição especial - *svm fellowship in human rights boletim ndh* 02 jan/dez 2006.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios Constitucionais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

SILVA, Marco Antonio Marques da. **Acesso à Justiça Penal e Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

VARGAS, José Cirilo de. **Processo Penal e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

ZAFFARONI, Eugenio Raul, **Em busca das penas perdidas**, Ed. Revan, 1989.