

Direitos humanos

Arion Sayão Romita*

1. Generalidades

A expressão “direitos humanos” tem significado impreciso, o que de resto não constitui novidade, no campo dos escritos jurídicos. O direito se vale da linguagem comum para expressar seus conceitos e transmitir o conteúdo de suas normas aos destinatários. Não existe – salvo em casos específicos, quando necessário o emprego de termos técnicos – linguagem própria, exclusiva de direito.

A linguagem comum é constituída de um conjunto de símbolos necessários à comunicação dos homens entre si, sendo a comunicação uma interação simbólica, cujo significado é por eles previamente estabelecido e aceito.

A utilização, em temas jurídicos, de palavras correntes na linguagem comum exige uma cuidadosa aclaração de seu significado, sob pena de desentendimento, incompreensão ou perplexidade, já que, no plano semântico, surgem três problemas: 1º - a ambiguidade, também chamada de anfibologia ou sínquese, que consiste na possibilidade de mais de um sentido para a mesma frase ou período; 2º - a vagueza (ou vaguidade), que se revela quando se instaura uma zona de penumbra, caracterizada pela falta de precisão, entendida esta como o emprego da palavra ou da construção mais exata na expressão de uma ideia; 3º a aciologia, que resulta de improbidade da expressão: maneira de falar imprópria. Há que se praticar a acribologia, isto, é, propriedade, rigor e precisão no estilo¹.

2. Noção de direitos do homem

A noção de direitos do homem é ao mesmo tempo conotativa e reducionista.

* Da Academia Brasileira de Letras Jurídicas. Membro do Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro.

1 OITICICA, José. *Manual de estilo*, 5ª ed., Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1944, p. 53.

Conotativa, porque marcada por sua mais célebre manifestação, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, da França, que evocava os “direitos naturais, inalienáveis, e sagrados do homem”. Sua utilização por textos internacionais, como a Declaração Universal dos Direitos do Homem, adotada em 10 de dezembro de 1948 pela Organização das Nações Unidas, justifica-se pela necessidade de pôr em evidência o que há de comum na natureza humana. Nesta última declaração, a expressão é menos restritiva do que na outra. Em 1789, ela não abrange os direitos políticos, que são os direitos do cidadão, nem os direitos econômicos e sociais. O perímetro da expressão alargou-se no tempo, pois a declaração de 1948 compreende essas duas categorias.

Reducionista, porque ela não permite apreender os direitos reconhecidos aos grupos, personificados ou não.

A utilização dessa expressão é, por outro lado, contestada por algumas ONG, (Anistia Internacional, Human Rights Watch, entre outras), em nome da luta pela igualdade entre homens e mulheres. Ela incorreria numa dupla impropriedade: histórica e linguística. Em 1789, ela seguramente não alcançava as mulheres, então mantidas num estado de inferioridade (privação do direito de voto, incapacidade civil relativa, desigualdade de situações jurídicas e de remuneração). No plano semântico, o emprego da palavra *homem* para designar as pessoas dos dois sexos seria produto histórico de uma vontade de hierarquizar as formas masculina e feminina. Propõe-se então, substituir a expressão *direitos do homem* por outra, neutra no plano sexual, qual seja, direitos humanos².

3. Noção de direitos humanos

Em 1747, o publicista político Burlamaqui escrevia seus *Princípios de direito natural* que o direito natural procede da razão humana e reveste-se de uma antiguidade luminosa proveniente da natureza do homem: “A ideia do direito, e mais ainda do direito natural, são manifestamente ideias relativas à natureza do homem. É, portanto, da pró-

2 DUPRÉ DE BOULOIS, Xavier. *Droits et libertés fondamentaux*, Paris, PUF, 2010. p. 36.

pria natureza do homem, de sua constituição e de seu estado que se deduzem os princípios desta ciência”³.

A expressão *direitos humanos* é, sem dúvida, vaga. Essa vagueza deriva de sua função histórica, que informa um critério apto a aferir a legitimidade de um modelo político. Uma das mais difundidas versões dos direitos humanos é a da realização dos direitos naturais de cada pessoa pelo fato de ser pessoa. Eles devem ser entendidos como “aqueles que são fundamentais da pessoa em seu aspecto individual e comunitário. A ela assistem em razão de sua natureza e devem ser reconhecidos e respeitados por todo poder ou autoridade e toda norma jurídica positiva, sendo indispensáveis ao livre desenvolvimento da personalidade”⁴. São anteriores às normas jurídicas e, portanto, o direito positivo tem a missão de reconhecê-los e garanti-los.

Concebidos pela escola moderada do direito natural graças à herança filosófica do estoicismo e do cristianismo, os direitos humanos foram considerados naturais pela metafísica subjetivista do iluminismo e proclamados pela Declaração de 26 de agosto de 1789⁵.

4. Direitos humanos, direitos naturais, direitos fundamentais

As expressões *direitos humanos*, *direitos naturais* e *direitos fundamentais* têm uma raiz comum situada na Idade Moderna. Correspondem a uma corrente individualista e antropocêntrica, oposta à cultura objetivista e comunitária própria da Idade Média⁶. Alguns autores empregam esses termos como sinônimos. Assim é que, para John Finnis, *direitos humanos* é uma expressão contemporânea que se refere aos *direitos naturais*, razão pela qual ele usa esses termos

3 BURLAMAQUI. *Principes de droit naturel*, nova edição, Paris, Librairie Brajeux, 1850, 1ª parte, cap. 1º, § II. p. 2.

4 GARRIDO GÓMEZ, M^a Isabel. *Derechos fundamentales y estado social y democrático de derecho*, Madri, Editorial Dilex, 2007, p. 21.

5 VIALA, Alexandre. *Droits fondamentaux (notion)*. In: CHAGNOLLAUD, Dominique e DRAGO, Guillaume (sous la dir.). *Dictionnaire des droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, 2006. p. 304.

6 PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio (com a colaboração de Rafael de Asís Roig e María del Carmen Barranco Avilés). *Lecciones de derechos fundamentales*, Madri, Dykinson, 2004, p. 20.

como sinônimos⁷. Pérez Luño afirma que os termos *direitos humanos* e *direitos fundamentais* são utilizados, muitas vezes, como sinônimos⁸.

É certo, porém, que esses termos expressam realidades distintas.

Com o emprego da expressão *direitos humanos* alude-se a uma pretensão moral, que deve ser atendida para que seja possível uma vida humana digna. Mas as definições de direitos humanos, segundo a lição de Pérez Luño, são de três tipos: 1^a – tautológicas: não acrescentam qualquer elemento novo que permita caracterizar tais direitos (ex: “direitos do homem são os que cabem ao homem pelo fato de ser homem”); 2^o - formais: não especificam os conteúdos dos direitos, limitando-se a indicar seu estatuto desejado (ex: “direitos do homem são aqueles que assistem ou devem assistir a todos os homens e dos quais homem algum pode ser privado”); 3^o - teleológicas: aludem a certos valores últimos, suscetíveis de variadas interpretações (“direitos do homem são os imprescindíveis ao aperfeiçoamento da pessoa humana, ou para o progresso social”)⁹.

O uso da expressão *direitos naturais* se identifica como uma posição iusnaturalista. Desde os fins do século XVII, filósofos, juristas e teólogos formularam a ideia de direitos do homem como núcleo de um direito natural contemporâneo e as revoluções burguesas dos fins do século XVIII os proclamaram solenemente¹⁰. O Direito Natural, segundo a lição de Hermes Lima, compreende “os princípios que, atribuídos a Deus, à razão, ou havidos como decorrentes da natureza das coisas, independem de convenção ou legislação, e que seriam determinantes informativos ou condicionantes das leis positivas”¹¹. Direitos naturais do homem são aqueles que, anteriores ao Poder e ao

7 FINNIS, John. *Lei natural e direitos naturais*, trad, Leila Mendes, São Leopoldo, Unisinos, 2007, p.195.

8 PÉREZ LUÑO, Antonio E. *Los derechos fundamentales*, 10^a ed., Madri, Tecnos, 2011, p. 39.

9 PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, Estado de derecho y constitución*, 8^a ed., Madri, Tecnos, 2003. p.25.

10 MENKE, Christoph e POLLMANN, Arnd. *Filosofía de los derechos humanos*, trad, Remei Capdevilla Werning, Barcelona, Herder, 2010, p.14.

11 LIMA, Hermes. *Introdução à ciência do Direito*, 27^a ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1983, p. 201.

direito positivo, são descobertos pela razão na natureza humana e se impõem a todas as normas jurídicas criadas pelo Soberano, constituindo um limite a sua ação.

Como se percebe na utilização das impressões *direitos humanos* e *direitos naturais* revela-se a tomada de posições ideológicas que, no curso da história do pensamento jurídico, apresentam um antagonismo permanente, nomeadamente a iusnaturalista e a positivista.

Enquanto o uso da expressão *direitos humanos* denota os direitos que, no plano internacional, traduzem exigências morais ou naturais reclamadas como direitos básicos, os direitos fundamentais caracterizam-se como direitos humanos positivados no plano estatal, vale dizer, garantidos e reconhecidos pela constituição e pelas leis ordinárias. Os direitos humanos não se distinguem dos direitos fundamentais pela finalidade, já que tanto uns como os outros visam defender e promover a dignidade das pessoas, mas deles diferem pela circunstância de que os primeiros revelam uma vocação universalista (abrangem todos os ordenamentos em todos os tempos), enquanto os outros vigoram numa ordem jurídica concreta, situada no tempo e no espaço. O principal traço distintivo entre eles, contudo, é o já apontado fato de que, como asseverado de modo quase unânime pela doutrina especializada, os direitos humanos não são, de modo geral, positivados, ao passo que os direitos fundamentais são direitos regulados pelo ordenamento jurídico vigente ao dado momento histórico, em determinado Estado. Pode entender-se, de certa forma, que os direitos fundamentais resultam do processo jurídico de institucionalização dos direitos humanos¹².

5. A fundamentação ética dos direitos humanos

Em sua penetrante análise das relações entre justiça e moral, Herbert L. Hart destaca as características distintivas do direito, como meio de controle social. Surgem, nessa disceptação, componentes que não podem ser considerados a partir das ideias de ordem, cominação, obediência e generalidade. Afirmar ele que entre o direito e a moral existe

12 ALEXANDRINO, José de Melo. *Direitos fundamentais – introdução geral*, Estoril, Príncípia, 2007, p. 35.

uma vinculação necessária. É este veículo que deve ser levado em conta quando se procura clarificar a noção de direito¹³.

Discutível é – segundo sua lição – a legitimidade dos sistemas jurídicos nacionais apoiados no efetivo completo de polícia, legislador e juiz, porém infensos a certas exigências fundamentais de justiça e moralidade. Entre numerosas variantes da tese de que existe um vínculo necessário entre direito e moral, a formulação mais clara – talvez porque dela constitua a versão extrema – vincula-se à tradição tomista do direito natural. Comporta dupla afirmação: a primeira é da existência de certos princípios de moral e de justiça que, a despeito da ordem divina, são acessíveis à razão sem o auxílio da revelação; a segunda é que as leis positivas que entram em conflito com tais princípios não constituem direito válido: “*lex injusta non est lex*”¹⁴.

Lastreado na lição de Hart, Amartya Sen considera as proclamações de direitos humanos, como a declaração de independência americana, a declaração francesa sobre os direitos humanos no século XVIII e a declaração adotada pela ONU em 1948, são declarações éticas realmente fortes sobre o que deve ser feito e inspiram reconhecimento de algumas liberdades importantes, que exigem o respeito e a aceitação por parte da sociedade de apoiar e promover essas liberdades.

Responde ele a duas perguntas, uma sobre o conteúdo e outra sobre a viabilidade. Quanto à primeira, a resposta indica que a afirmação ética se refere à importância fundamental de certas liberdades (como estar livre da tortura ou não passar fome) e, por extensão, à necessidade de aceitar alguns deveres sociais de promover ou salvaguardar essas liberdades. No tocante à segunda, sustenta que, como em outras reivindicações éticas defendidas por seus proponentes, há o pressuposto implícito, ao se fazer um pronunciamento sobre os direitos humanos, de que as afirmações éticas subjacentes resistirão a um exame aberto e informado.

A seu ver, as manifestações públicas de direitos humanos são muitas vezes convites para criar uma nova legislação, em vez de se basear

13 Hart, H. L. A. *Le concept de droit*, trad. Michel van de Kerchove, Bruxelas, Facultés Universitaires Sant-Louis, 1976, p.189-191.

14 Finnis John. *Direito natural em Tomás de Aquino*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 2007, p. 109.

em algo já estabelecido por lei. Ao contrário da tese de Bentham, que via os direitos como “filhos da lei”, os direitos humanos não são, na verdade, *pais da lei*: eles motivam legislações específicas. Os direitos humanos são, em resumo, pretensões éticas constitutivamente associadas à importância da liberdade humana. A solidez de um argumento apresentando determinada pretensão como direito humano deve ser avaliada pelo exame da discussão racional pública, envolvendo imparcialidade aberta. Em suma: os direitos humanos podem servir de motivação para muitas atividades diversas, desde a aprovação de leis adequadas até a mobilização de pessoas e manifestações públicas contra violações de direitos¹⁵.

6. A negação dos direitos humanos

A incorporação dos direitos humanos à cultura política e jurídica do mundo ocidental contemporâneo suscita oposição e mesmo negação por parte de opções ideológicas às vezes contraditórias entre si, identificadas, contudo, pela comum desqualificação, total ou parcial, dos direitos humanos.

As principais correntes que negam a existência dos direitos humanos são: 1^a – a tradicionalista e conservadora; 2^a – o utilitarismo; 3^a – o totalitarismo; 4^a – o marxismo; 5^a – o relativismo.

6.1 A corrente tradicionalista e conservadora

Conceitua-se tradição como doutrina, práticas, crenças providas de uma autoridade atual e de uma legitimidade baseada na transmissão real ou pretensa do passado. A tradição se encontra onde uma coisa ou um conjunto de coisas – abrangendo crenças, práticas, cultura e outras formas e elementos de vida social, material ou não material – provêm de um passado real ou tido por tal e conservam autoridade na vida, no pensamento e nas práticas do momento presente dos contemporâneos que partilham dessa tradição¹⁶.

15 SEN, Amartya. *A idéia de justiça*, trad. Denise Bottman e Ricardo Dominelli Mendes, São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 392-401.

16 KRYGIER, Martin. Tradiction. In: ARNAUD, André-Jean *et al.* (sous la dir.). *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^a ed., Paris, LGDJ, 1993, p. 619.

Conservadorismo define-se como ideias e atitudes que visam à manutenção do sistema político existente e de seus modos de funcionamento, apresentando-se como contraparte das forças inovadoras¹⁷.

Edmund Burke, com sua obra “Reflexões sobre a Revolução Francesa”, publicada em 1790 (um ano após a Revolução), manifestou viva hostilidade aos filósofos franceses que defendiam os direitos do homem. Conservador, opôs-se às ideias revolucionárias, defendendo a tradição, que, segundo ele, constitui o maior sustentáculo de todo governo.

Os princípios abstratos e “metafísicos” proclamados pela Declaração de 1789 teriam alguma utilidade para a vida quotidiana dos franceses? Burke valorizava a história, a tradição do velho e bom direito dos ingleses, a proteção dos direitos sobre uma base pragmática e concreta para os cidadãos britânicos e repelia o sistema racional dos direitos humanos. Para ele, não é possível fundamentar direitos em um modelo abstrato; a concepção racionalista dos direitos é um idealismo metafísico. Os direitos são apenas direitos históricos e não podem ser conceituados como direitos naturais.

Também são tradicionalistas e conservadores Louis de Bonald e Joseph de Maistre, autores contrarrevolucionários, defensores da comunidade orgânica¹⁸. Essa corrente de pensamento vai inspirar os regimes de Vichy, na França; de Franco, na Espanha; e de Oliveira Salazar, em Portugal. Também nela pode ser incluído Charles Maurras, contrário à democracia e ao direitos do homem e defensor das hierarquias naturais e da subordinação dos indivíduos à comunidade¹⁹.

Com Gregorio Peces-Barba Martínez, convém insistir, contrariamente à tese conservadora e tradicionalista, em que os direitos humanos são uma realidade ética que necessita do direito positivo para sua

17 BONAZZI, Tiziano. *Conservadorismo*. In: BOBBIO, Norberto *et al.* Dicionário de política, 2ª ed., trad. Carmen C. Varrialle *et al.*, Brasília, Universidade de Brasília, 1986, p. 242.

18 MORANGE, Jean. *Droit de l'homme et libertés publiques*, 5ª ed., Paris, PUF, 2000, p. 63.

19 LOCHAK, Danièle. *Les droits de l'homme*, Paris, La Découverte, 2005, p. 30.

implementação ou uma realidade jurídica que necessita da ética da dignidade, da igualdade e da liberdade para sua plenitude²⁰.

6.2. O utilitarismo

O utilitarismo é a doutrina moral segundo a qual o maior bem reside na maximização de um agregado denominado *utilidade*. Definindo *utilidade*, Bentham sustenta que se trata da felicidade humana compreendida como aumento do prazer e diminuição do sofrimento. John Stuart Mill prefere defini-la como a realização da personalidade, termo que abrange um conjunto de traços morais, irredutíveis aos puros prazeres a que alude Bentham. As teses dos direitos do homem e do utilitarismo são incompatíveis: se se reconhecer a existência dos direitos humanos, não se pode deixar levar inteiramente pelo princípio da maximização da utilidade²¹.

Jeremy Bentham publicou em 1792 uma obra intitulada “Anarchical fallacies: being an examination of the Declaration of Rights issued during the French Revolution”, na qual se opõe aos direitos do homem proclamados pela Revolução Francesa, propondo que se rejeite qualquer pretensão do gênero. Segundo ele, “direitos naturais são simples absurdos: direitos naturais e imprescritíveis, absurdos retóricos, absurdos empolados”. Para ele, os direitos humanos são “contrassensos montados sobre pernas de pau”. Os direitos humanos criam expectativas que “pela natureza das coisas não podem ser satisfeitas”. A falácia mais comum na linguagem dos direitos humanos consiste na confusão entre os níveis descritivo e prescritivo: é evidente, segundo Bentham, a contradição existente entre a realidade prática e suas supostas faculdades de liberdade e igualdade que aparecem formuladas em termo descritivos, como um fato, quando só constituem objetivos situados no plano do “dever ser”. As declarações empregam de forma imprecisa a expressão “direitos humanos”, confundindo realidade e desejo. As boas razões para desejar “que existam os direitos do homem não são

20 PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio com a colaboração de Rafael de Asís Roig et al. *Curso de Derechos Fundamentales*, Madri, Universidad Carlos III de Madrid, 1999, p. 73.

21 BARANGER, Denis. *Utilitarisme et droits de l’homme*. In: ANDRIANTSIMBAZOVINA, Joel et al. (sous la dir.). *Dictionnaire des droits de l’homme*, Paris, PUF, 2012, p. 968.

direitos, as necessidades não são os remédios; a fome não é o pão”. Diz ele: “se todos os homens são iguais em direitos, não há mais direitos, pois se todos tiverem direito a uma coisa, não haverá direito para ninguém”. Em suma: Bentham substituiu a teoria dos direitos naturais pela teoria da utilidade. Ele define “princípios de utilidade” por “princípio que aprova ou desaprova qualquer ação, segundo a tendência que tem a aumentar ou a diminuir a felicidade da pessoa cujo interesse está em jogo ou, o que é a mesma coisa em outros termos, segundo a tendência a promover ou a comprometer a referida felicidade”²².

Outro autor inscrito na corrente do utilitarismo é John Stuart Mill, autor de “On Liberty” (1859) e “Utilitarismo” (1863). Em sua visão, o utilitarismo é uma doutrina ética de natureza especial, notadamente na relação entre governantes e governados, salientando-se o papel determinante na realização dos fins morais. O Estado deve ser o gerente consciencioso da utilidade coletiva, mas apenas quando a moralidade pode reivindicar um domínio legítimo sobre as ações humanas. Segundo ele, “o indivíduo não é responsável perante a sociedade por suas ações, enquanto estas não afetarem os interesses de nenhum outro além dele mesmo”²³. A concepção de Stuart Mill vincula a felicidade humana à satisfação das capacidades particulares da espécie humana: “as ações são corretas na medida em que tendem a promover a felicidade e erradas conforme tendam a produzir o contrário da felicidade”²⁴.

Pouco tempo depois da Declaração dos direitos do homem e do cidadão de 1789, Thomas Paine publicou “The Rights of Man”, em 1791, vigorosa defesa dos direitos humanos, baseado no valor da liberdade humana. Opondo-se aos tradicionalistas e aos utilitaristas, Paine entende que os direitos humanos constituem a conjunção dos direitos naturais, “aqueles que cabem ao homem pelo simples fato de existir”, sendo os direitos civis “aqueles que cabem ao homem pelo fato de ser membro da sociedade”. Em outra obra, “Common sense” (1776), mostra-se estrênuo defensor dos genuínos direitos do homem, a começar

22 BENTHAM, Jeremy. *Uma introdução aos princípios da moral e da legislação*, trad. Luiz João Baraúna, São Paulo, Abril Cultural (Col. Os Pensadores), 1974, p. 10.

23 MILL, John Stuart. *A liberdade Utilitarismo*, trad. Eunice Ostrensky, São Paulo, Martins Fontes, 2000, p. 143.

24 MILL, John Stuart. *A liberdade Utilitarismo*, cit., p. 187.

pela liberdade: “garanta-se a liberdade bem como a propriedade a todos os homens, e acima de tudo o livre exercício da religião, de acordo com os ditames da consciência, com as demais matérias que os estatutos devam necessariamente conter”. O bom cidadão seria um “vitorioso defensor dos direitos da humanidade”²⁵.

6.3. Totalitarismo

Assim como a Declaração dos direitos do homem e do cidadão, de 1789 volta-se contra o odioso *ancien régime*, a Declaração universal dos direitos do homem, adotada pela Organização das Nações Unidas, em 1948, bate-se contra os horrores cometidos pelos regimes políticos totalitários durante a Segunda Guerra Mundial²⁶. O preâmbulo da Declaração deixa claro que os adversários dos direitos do homem são aqueles cujo “desconhecimento e menosprezo dos direitos humanos provocaram atos de barbárie que revoltam a consciência da humanidade”. Os adversários dos direitos humanos são, em consequência, os defensores de uma política barbaresca de extermínio. Os inimigos da afirmação fundamental dos direitos humanos são os que negam a igualdade entre todos os homens, os que fundamentam a ordem política em uma desigualdade radical, na exclusão de grupos inteiros de pessoas, até sua eliminação total²⁷.

O totalitarismo não é uma doutrina, mas uma prática. É uma forma de ditadura que utiliza a força para impor sua vontade e procura absorver a sociedade civil na moldura de uma organização política para realizar os objetivos fixados pelo Estado. Quanto ao indivíduo, busca um novo homem, moldado segundo o plano da ideologia totalitária, função confiada a um partido único, porta-voz da doutrina e que dispõe dos meios oferecidos pelo aparelho do Estado para enquadrar os indivíduos. Os regimes totalitários apresentam algumas características comuns: partido único, ideologia oficial, supressão das liberdades indi-

25 PAINE, Thomas. *Senso comum*, trad. A. Della Nina, São Paulo, Abril Cultural (Col. Os Pensadores), 1973, p. 71 e 89.

26 WACHSMANN, Patrick. *Droits de l'homme* (protection internationale). In: ALLAND, Denis e RIALS, Stéphane (sous la dir.). *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 540.

27 MENKE, Christoph. E POLLMANN, Arnd. *Filosofia de los derechos humanos*, cit., p. 47.

viduais e políticas. Por vezes, o partido único é substituído pela vontade do ditador, fonte única do exercício do poder público, como é o caso do Estado Novo brasileiro (1937-1945).

O totalitarismo constitui umas das especificidades da história do século XX, que assistiu ao nascimento, desenvolvimento, mas também fracasso de regimes políticos que pretenderam submeter o homem e a sociedade a uma ideologia englobante e exclusivista, que não tolerava desvio algum em relação aos princípios e aos objetivos fixados. Estavam a serviço dessa ideologia os meios de ação do Estado. Negava-se radicalmente a noção de direitos humanos.

Os principais regimes totalitários, infensos aos direitos humanos, são três: 1º – fascismo; 2º – nazismo; 3º – stalinismo.

6.3.1. Fascismo

O fascismo se caracteriza por uma radical rejeição do liberalismo em todos seus aspectos: pluralismo, tolerância, individualismo, gradualismo, pacifismo, democracia, separação dos poderes, igualitarismo, sociedade aberta, corporativismo e – *last but not least* – doutrina dos limites dos direitos do homem²⁸.

A principal aspiração do Estado corporativo, ou seja, o Estado fascista italiano, era estabelecer o equilíbrio entre as classes sociais, colocando-se acima delas, como moderador, regulador e sobretudo organizador. O Estado se atribui o papel de absorver por completo toda atividade, seja de quem for: indivíduo ou ente coletivo. É o estado onipresente, tirânico, ditatorial. Nada pode ser organizado no plano da iniciativa privada, nada escapa à vigilância, nem ao poder estatal. O próprio cidadão é responsável perante o Estado²⁹. O poder de controle do Estado fascista adquiriu expressão ilimitada, justificando o “totalitarismo”, assim enunciado por Mussolini: “Tudo no Estado, tudo pelo Estado, nada fora do Estado, nada contra o Estado”³⁰.

28 GRIFFIN, Roger. *Fascism*, Oxford, University Press, 1995, p. 4.

29 ROMITA, Arion Sayão. *O fascismo no Direito do Trabalho brasileiro*, São Paulo, LTr, 2001, p. 27.

30 MUSSOLINI, Benito. *El fascismo expuesto por Mussolini*, cit. por HERNÁNDEZ SANDOICA, Elena. Los fascismos europeos, Madri, Istmo, 1992, p.127.

6.3.2 Nazismo

Uma das primeiras medidas adotadas pelo regime instaurado em 30 de janeiro de 1933 na Alemanha foi suspender os direitos e as liberdades públicas, isto é, os direitos fundamentais. Impôs-se por via legislativa total restrição à liberdade individual, à liberdade de expressão, à liberdade de imprensa, às liberdades de associação e de reunião, à inviolabilidade do domicílio e ao sigilo de correspondência.

O regime nacional-socialista promoveu um rápido processo de supressão e coordenação de todas as forças e instituições políticas, sociais e culturais. Pretendeu realizar um projeto utópico que tinha por finalidade a instauração de uma sociedade ideal, de uma ordem perfeita e necessária, com vistas a implantar a lei da natureza baseada na pureza da raça. Nas palavras de Adolf Hitler, “o Estado é um organismo racial e não uma organização econômica”. Afirmava ele a superioridade da raça ariana. Em seu entender, “a condição prévia imposta à existência durável de uma humanidade superior não é o Estado, mas a raça que possuir as faculdades exigidas”³¹. O Estado nazista deve conceder à raça o principal papel na vida geral da nação, e deve velar por sua pureza. Daí o antissemitismo e o tratamento como “inimigos internos” da nação dispensado aos ciganos, homossexuais e negros.

Em suas reflexões sobre a essência do político, Carl Schmitt afirma que “a característica específica do político, à qual podem reduzir-se os atos e os móveis políticos, é a distinção entre amigo e inimigo”³². Fácil é perceber que na categoria dos “amigos” estamos “nós” e, na classe dos “inimigos”, situam-se os demais, aos quais nenhum direito é reconhecido. Inviável, portanto, é a existência de direitos humanos no regime nazista.

Para o nacional-socialismo, o indivíduo subordina-se ao grupo racial a que pertence, como se deduz da divisa do regime: “Du bist nichts dein Volk ist alles” (“tu não és nada, teu povo é tudo”).

31 HITLER, Adolf. *Mon combat* (Mein Kampf), trad. J. Gaudefroy-Demombynes, Paris, Nouvelles Editions Latines, s/ data. p. 152, 390, 402.

32 SCHMITT, Carl. *La notion de politique*, trad. Marie-Louise Steinhausen, Paris, Flammarion, 1992, p. 64.

6.3.3. Stalinismo

O stalinismo não é uma doutrina política, mas a denominação atribuída ao período em que o poder comunista se consolida na União Soviética sob o domínio do partido comunista, a cuja frente se encontrava, como secretário, Josef Stalin.

Considerado por alguns autores uma degeneração do marxismo-leninismo, o stalinismo se caracteriza sobretudo pelos seguintes aspectos: luta sem trégua contra os reais ou supostos inimigos do socialismo, culto da personalidade, emprego do terror, partido único, ideologia oficial (ditadura do proletariado), supressão das liberdades individuais e políticas.

Assim como para o nacional-socialismo o regime deve realizar a lei da natureza, que é a pureza da raça, o stalinismo procura instaurar uma sociedade ideal, uma ordem perfeita e ideal sob égide de uma ideologia, a hegemonia do proletariado. O papel central atribuído à ideologia, neste caso, não tem apenas a finalidade de atenuar ou ocultar as contradições sociais, mas exerce uma função dinâmica de mobilização: a ideologia projeta a imagem de uma ordem ideal para a qual todas as energias devem convergir, como verdade oficial à qual todos devem aderir³³. Escreve João de Scantimburgo: “Segundo Stalin, a revolução proletária não deve seguir um movimento espontâneo de reivindicação, deve, antes, ser conduzida por um movimento de vanguarda, cuja carga provoque a explosão das contradições dialéticas para a transformação da sociedade”³⁴.

Com razão, pois, o stalinismo é arrolado pelos autores como inimigo dos direitos do homem.

Os regimes políticos totalitários menosprezam os direitos humanos. Nesses regimes, o ser humano só tem um direito: o de cumprir os deveres que a ditadura lhe impõe. Mas, como escreve Hannah Arendt, mesmo que o homem perca todos os chamados direitos do homem, ele não perde a sua qualidade essencial de homem, sua dignidade humana. Com o de-

33 LOCHAK, Danièle. *Totalitaire*. In: ARNAUD, André-Jean *et al.* (sous la dir.). *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, cit., p. 617-618.

34 SCANTIMBURGO, João de. *O mal na história*, São Paulo, LTr, 1999, p.118.

saparecimento do totalitarismo, a humanidade percebeu a existência de um direito de ter direitos³⁵.

6.4. O marxismo

Não há uma teoria marxista do direito. Marx jamais tomou especialmente o direito como objeto de investigação teórica. Entretanto, ele escreveu bastante sobre temas que dizem respeito, direta ou indiretamente, à teoria do direito. Desses escritos deduz-se que Marx situa o direito como elemento da superestrutura cuja característica é o produto da estrutura do modo de produção.

Segundo Marx, o direito real, vigente, é uma forma de alienação que abstrai o sujeito jurídico dos seres humanos concretos, proclamando uma igualdade jurídica e política formal. O direito é uma forma de dominação de classe e exprime a vontade da classe dominante; na verdade, constitui instrumento do Estado, em seu aspecto coercitivo e repressivo, e o próprio Estado não passa de instrumento da classe dominante³⁶.

Marx critica os direitos humanos por intermédio da “questão judaica”. Os judeus, na Prússia, eram excluídos das funções públicas e relegados a um estatuto subalterno. Marx enfrenta essa questão e condena vigorosamente o modo pelo qual os liberais viam a condição jurídica da liberdade humana: “observa-se que os chamados direitos humanos, os *droits de l’homme*, ao contrário dos *droits du citoyen*, nada mais são do que os direitos do membro da sociedade burguesa, isto é, do homem egoísta, do homem separado do homem e da comunidade”³⁷.

A definição da liberdade é egoísta, porque “o direito do homem à liberdade não se baseia na união do homem com o homem, mas, pelo contrário, na separação do homem em relação a seu semelhante. A liberdade é o direito a esta dissociação, o direito do indivíduo delimitado, limitado a sim mesmo”³⁸.

35 ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*, trad. Roberto Raposo, São Paulo, Companhia das Letras, 2012, p. 330 e 331.

36 KAMENKA, Eugene. *Direito*. In: BOTTOMORE, Tom (ed.). *Dicionário do pensamento marxista*, Rio de Janeiro, Zahar, 1988, p. 109.

37 MARX, Karl. *A questão judaica*, 2ª ed., São Paulo, Moraes, 1991, p. 41.

38 MARX, Karl. *A questão judaica*, cit., p. 42.

A liberdade individual constitui o fundamento da sociedade burguesa, “sociedade que faz com que todo homem encontre noutros homens não a realização de sua liberdade, mas pelo contrário, a limitação desta”. Adiante, Marx escreve: “nenhum dos chamados direitos humanos ultrapassa o egoísmo do homem, do homem como membro da sociedade burguesa, isto é, do indivíduo voltado para si mesmo, para seu interesse particular, em seu arbítrio privado e dissociado da comunidade. Longe de conceber o homem como um ser genérico, estes direitos, pelo contrário, fazem da própria vida genérica, da sociedade, um marco exterior aos indivíduos, uma limitação de sua independência primitiva. O único vínculo que os mantém em coesão é a necessidade natural, a necessidade e o interesse particular, a conservação de suas propriedades e de sua individualidade egoísta”³⁹.

A mesma negação dos direitos humanos da sociedade burguesa é encontrada em seguidores de Marx. Diz Lênin: “Tomai as leis fundamentais dos Estados contemporâneos, tomai a sua administração, tomai a liberdade de reunião ou de imprensa, tomai a igualdade dos cidadãos perante a lei e vereis a cada passo a hipocrisia da sociedade burguesa, bem conhecida de qualquer operário honesto e consciente”. Antes, escrevera Lênin: “A democracia burguesa, sendo um grande progresso histórico em comparação com a Idade Média, continua a ser sempre – e não pode deixar de continuar a ser sob o capitalismo – estreita, amputada, falsa, hipócrita, paraíso para o ricos, uma armadilha e um engano para os exploradores, para os pobres”⁴⁰.

Segundo a orientação marxiana, Pasukanis reiteradamente afirma que “o aparelho do poder do Estado foi criado pela classe dominante”. O estado constitui uma “organização real da dominação da classe”. A organização da classe encontra “sua mais alta expressão no Estado”. Os direitos individuais, na sociedade burguesa, engendram relações entre sujeitos de maneira puramente formal e negativa⁴¹.

39 MARX, Karl. Id., p. 44-45.

40 LÊNIN, V. J. *A revolução proletária e o renegado* Kautsky. In: Obras escolhidas, t. 3, trad. Instituto de Marxismo-Leninismo, São Paulo, Alfa-Ômega, 1980, p. 15 e 16.

41 PASUKANIS, Eugeny B. *La théorie générale du droit et le marxisme*, trad. Jean-Marie Brohm, Paris, Études et Documentation Internationales, 1976, p. 67, 108, 126.

Stucka não discrepa da tese marxiana do Estado como instrumento de exploração da classe burguesa. Para ele, o direito reflete o interesse da classe dominante. Assim é que define *direito* como “um sistema (ou ordenamento) de relações sociais correspondente aos interesses da classe dominante e tutelado pela força organizada dessa classe”⁴².

Segundo Sergej A. Golunskij, “a teoria dos direitos naturais, inferidos dedutivamente da razão e não das relações sociais, é completamente idealista e construída sobre fundamentos metodologicamente equivocados. A sua ideia básica, de que – ao lado do direito atualmente em vigor – existe também um direito especial, proveniente de princípios eternos e imutáveis, como a razão, a natureza, os imperativos morais, etc., é artificial e não encontra apoio na ciência”⁴³.

A crítica marxista dos direitos humanos merece repúdio de Manuel Atienza e Juan Ruiz Manero, que em resumo, consideram excessivamente restritiva a interpretação dada à liberdade negativa e à igualdade como igualdade perante a lei, por não levar em conta outras acepções de liberdade e de igualdade (em sentido político ou material) que já estavam nas declarações de direitos, pelo menos em germe⁴⁴.

6.5. O relativismo

Entre os numerosos significados do vocábulo *relativo*, do qual deriva relativismo, encontram-se os seguintes: 1º - que admite certas derrogações; 2º - limitado a certos casos⁴⁵; 3º - que implica uma relação ou é constituído de relações; 4º - que depende de um parâmetro mais ou menos convencional⁴⁶.

42 STUCKA, P. J. *La función revolucionaria del derecho y del Estado*, 2ª ed., trad. Juan-Ramón Capella, Barcelona, Península, 1974, p. 34.

43 GOLUNSKIJ, Sergej. *Sul giunaturalismo*. In: GUASTINI, Ricardo (a cura di). *Marxismo e teoria del diritto*, Bolonia, Il Mulino, 1980, p. 258.

44 ATIENZA, Manuel e RUIZ MANERO, Juan. *Marxismo y filosofía del derecho*, 2ª ed., México, Fontamara, 1998, p. 40.

45 CORNU, Gérard. *Relatif*. In: *Vocabulaire juridique*, 8ª ed., Paris, PUF, 200, p. 794.

46 CUVILLIER, Armand. *Relativo*. In: *Pequeno vocabulário da língua filosófica*, trad. Lólio Lourenço de Oliveira e J. B. Damasco Penna, São Paulo, Companhia Editora Nacional, 1961, p. 137.

Em suas reflexões sobre o relativismo na filosofia do direito, Gustav Radbruch, contrariando o princípio metodológico do direito natural, logra fundamentar suas exigências objetivas: direitos humanos, Estado de direito, divisão de poder, soberania popular, liberdade e igualdade, fundamento indestrutível, do qual é possível afastar-se, mas ao qual sempre se tem que retornar. O relativismo pode tolerar todas as opiniões, menos a opinião que se considera a si própria absoluta. Permite toda opinião que esteja disposta a competir com as outras opiniões na luta ideológica e as reconhece como de igual valor a ela própria. Mas quando uma opinião se considera absolutamente válida e, por esse motivo, imagina-se autorizada a tomar ou conservar o poder de forma antidemocrática, torna-se necessário combatê-la com seus próprios meios, não somente com ideias e a discussão, mas com o poder do Estado. O relativismo é tolerância geral: só não é tolerante com a intolerância⁴⁷.

Sem unidade de pensamento, podem ser consideradas relativistas, em face da questão dos direitos humanos, as lições de Neil MacCormick, F. A. Hayek e Michel Villey.

Segundo Neil MacCormick, o conceito de direitos humanos pode ser definido mediante referência a uma classe específica de princípio moral. Os princípios desse tipo identificam bens suscetíveis de ser desfrutados pelas pessoas individualmente e que deveriam ser garantidos a cada indivíduo de determinada classe. Os princípios de direitos humanos ou direitos naturais especificam bens que deveriam ser garantidos a cada ser humano como tal. O fato de que constitua uma controvérsia de solução impossível que direitos têm as pessoas e quais deveriam ser concedidos é uma consequência lógica do caráter polêmico dos princípios morais substantivos e dos princípios políticos. Para ilustrar sua assertiva, o autor lembra a teoria dos direitos das crianças, pois o conceito de direito das crianças é difícil de se enquadrar entre as teorias construídas em face da questão do que é ter um direito⁴⁸.

O ponto central da tese de F. A. Hayek a respeito dos direitos humanos está na afirmação de que no Estado de direito é impossível al-

47 RADBRUCH, Gustav. *Relativismo y derecho*, trad. Luis Villar Borda, Santa Fe de Bogotá, Temis, 1992, p. 8-10.

48 MACCORMICK, Neil. *Derecho legal y socialdemocracia*, trad. M^a Lola González Soler, Madrid: Tecnos, 1990, p. 72 e 129.

cançar a justiça distributiva enquanto oposta à comutativa. Esta ideia é amplamente exposta em sua obra “Direito, legislação e liberdade”, cujo segundo volume leva o significativo título de “A miragem da justiça social”. Nesta obra, Hayek afirma que “enquanto a igualdade de direitos em um governo limitado é certamente possível e constitui condição essencial da liberdade individual, a pretensão de uma igualdade material só pode ser alcançada em um sistema político com poderes totalitários”. Em outra passagem, sustenta que “os velhos direitos civis e os novos direitos sociais e econômicos não podem ser assegurados simultaneamente e são incompatíveis: os novos direitos não poderiam ser instituídos por leis coercitivas sem ao mesmo tempo destruírem a ordem liberal que os tradicionais direitos civis propiciam”⁴⁹.

Michel Villey parte da ideia que Cícero tinha da finalidade do direito: *Sit ergo in iure civile finis hic: legitimae atque usitatae in rebus causisque civium aequabilitatis conservatio*, ou, em vernáculo, a finalidade do direito civil é a seguinte: manter, com apoio nas leis e nos costumes, a justa proporção na repartição dos bens e nos processos dos cidadãos⁵⁰.

Segundo a concepção geral do Direito como *ius*, afim de ideia de *iustitia*, tem ele por finalidade buscar o que é justo no caso concreto, diferentemente da definição contemporânea, que assimila o direito à lei. O Direito é uma proporção, igualdade ou harmonia na repartição dos bens⁵¹. O fim do direito é realizar a justiça. Daí se segue, como consequência inevitável, a negação geral dos direitos humanos.

No artigo IV do capítulo II, da 2ª seção de sua “Filosofia do Direito”, cujo título é “Crítica dos direitos do homem”, Villey observa que a maior parte dos nossos contemporâneos estão comprometidos com a religião dos direitos do homem, mas se permite observar, desde logo, que esses pretensos direitos, seja qual for o conteúdo que se lhes atribua, são irrealizáveis. Acrescenta que esses direitos são contraditórios e que, imensamente ambiciosos porém indefinidos, têm um ca-

49 HAYEK, F. A. *Droit, législation et liberté*, 2º vol., trad. Raoul Audoin, Paris, PUF, 1981, p. 100 e 124.

50 CÍCERO. *De oratore*, I, 188.

51 VILLEY, Michel. *Le droit et les droits de l'homme*, Paris, PUF, 1983, p. 39 e segs.

ráter ilusório. A superabundância serve sobretudo para suscitar uma onda de reivindicações impossíveis de satisfazer que, quando se recai no real, deixa as pessoas decepcionadas e amarguradas.

Villey ressalva não ter a menor intenção de negar a dignidade do homem e está pronto a respeitar a pessoa humana, convencido da fundamental igualdados de todos os seres humanos, mas relativamente a certos bens espirituais, que não podem ser repartidos, e que não constituem objeto de conhecimento por parte do direito⁵².

Contrariando a exposição de Michel Villey, Gregorio Peces-Barba considera seus argumentos coerentes e convincentes para a pré-modernidade, mas apresentam o inconveniente de que, então, não existiam direitos humanos. Esses argumentos são incompatíveis com a cultura jurídica contemporânea. Villey situa sua crítica em dois planos temporais que não se conjuminam e, em consequência, não podem ser comparados⁵³.

7. O direito humanitário

Baseado na distinção entre combatentes e não-combatentes, o direito humanitário nasceu no século XIX por iniciativa de cinco cidadãos genebrinos, entre os quais Henry Dunant e Gustave Moynier. Eles também fundaram o Comitê Internacional da Cruz Vermelha. Em 1863 e 1864, promoveram em Genebra duas conferências internacionais, das quais a primeira adotou dez resoluções que previram a criação e o papel das sociedades hoje denominadas Cruz Vermelha e Crescente Vermelho, e a segunda aprovou a Convenção de 22 de agosto de 1864, que constitui o primeiro Tratado de direito humanitário.

Inicialmente projetado para organizar a proteção dos feridos e doentes dos exércitos terrestres, o direito de Genebra cresceu continuamente, a ponto de estender sua proteção a todas as vítimas da guerra. Este movimento internacional se orienta por sete princípios: humanidade,

52 VILLEY, Michel. *Philosophie du droit*, vol. I, 2ª ed., Paris, Dalloz, 1978, p. 161-167.

53 PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio (com a colaboração de Rafael de Asís Roig e María del Carmen Barranco Avilés). *Lecciones de Derechos Fundamentales*, Madri, Dykinson, 2004, p. 67.

imparcialidade, neutralidade, independência, voluntariado, unidade e universalidade.

Adotada em 1899 por iniciativa da Rússia, a Convenção sobre as leis e os costumes da guerra foi firmada em Haia e dispõe sobre o tratamento a ser dispensado aos prisioneiros de guerra e aos civis que habitam territórios sob ocupação do inimigo.

O direito internacional humanitário atualmente em vigor compreende as quatro Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949 e os dois Protocolos adicionais de 8 de junho de 1977. Esses textos internacionais protegem os feridos e doentes dos exércitos terrestres, os da marinha, os prisioneiros de guerra e os civis, e foram ratificados pelo conjunto dos Estados membros da ONU.

São notórias as relações entre o direito humanitário e os direitos humanos. Em 1945, a Carta das Nações Unidas não tratou do direito humanitário; limitou-se a contemplar os direitos humanos. Foi necessário aguardar a Conferência sobre os direitos humanos de Teerã, de 1968, para encorajar o desenvolvimento do direito humanitário. O “direito dos direitos humanos” influenciou certas disposições dos Protocolos de 1977. Surgida no direito humanitário, a proibição da tortura tornou-se logo um princípio geral dos direitos humanos.

Merecem referência especial os aspectos penais do tema. O acordo de Londres de 8 de agosto de 1945 criou o Tribunal militar internacional de Nuremberg e consagrou pela primeira vez a noção de crime contra a humanidade. São crimes contra a humanidade o homicídio, o extermínio, a redução à escravidão, a deportação e qualquer ato desumano praticado contra a população civil, antes da guerra ou durante ela, além da perseguição por motivos políticos, raciais, ou religiosos, quer constitua quer não violação do direito interno do país em que praticada. O genocídio constitui a mais grave forma de crime contra a humanidade na medida em que a discriminação imposta a um segmento da população vise à sua destruição.

A repressão internacional dos crimes contra a humanidade começou com o Tribunal de Nuremberg, mas não teve prosseguimento após o fim daquele julgamento. A União Soviética opôs-se vigorosamente a qualquer tentativa nesse sentido. Somente após o término da Guerra

Fria reiniciou-se o movimento, com a criação de tribunais *ad hoc* instituídos para processar e julgar crimes particularmente odiosos cometidos durante conflitos armados, e bem assim com a criação da Corte Penal Internacional.

O primeiro tribunal *ad hoc* foi o Tribunal penal internacional para a ex-Iugoslávia, criado por uma resolução do Conselho de Segurança da ONU, em 1993. O segundo foi o Tribunal penal internacional para Ruanda, igualmente criado por uma resolução do Conselho de Segurança da ONU, em 1994. Esses tribunais apresentam uma característica de reação contra massacres ocorridos nos países considerados, e foram criados depois da prática dos crimes. Levam em conta circunstâncias excepcionais, e seu objeto é sobretudo o restabelecimento da paz civil.

A Corte Penal Internacional, contrariamente ao que sucede com os tribunais *ad hoc*, tem origem em um tratado internacional. A Convenção de Roma, adotada em 17 de julho de 1998, em vigor a partir de 2002, criou uma jurisdição permanente dotada de personalidade jurídica própria. A competência da Corte se estende aos Estados partes da Convenção, sempre que o crime ocorrer em seu território, ou se o acusado for nacional desse Estado. A eficácia da atuação dessa jurisdição é, contudo, limitada. Por um lado, sua natureza convencional tem a evidente consequência de não vincular os Estados que nela não são partes. A abstenção de certos Estados importantes, entre os quais os Estados Unidos, por outro lado, compromete a atuação da Corte. Os Estados Unidos se recusam terminantemente a permitir que seus nacionais sejam submetidos à jurisdição da Corte. Acresce que, contrariamente ao que ocorre com os tribunais *ad hoc*, a Corte Penal Internacional não conta com o apoio e a autoridade do Conselho de Segurança da ONU⁵⁴.

8. A difícil observância dos direitos humanos

Não obstante bem intencionada, a exposição teórica sobre a natureza e a extinção dos direitos humanos encontra dificuldades para ser efetivamente posta em prática. Existe, em numerosas situações encontradas no mundo atual, um fosso entre a teoria e a prática.

54 COLLIARD, Claude-Albert e LETTERON, Roseline. *Libertés publiques*, 8ª ed., Paris, Dalloz, 2005, p. 294-310.

A doutrina especializada aponta, entre os obstáculos à observância prática dos direitos humanos, sete que podem ser considerados os mais graves: 1º - oposição entre universalismo e relativismo cultural; 2ª - colisão entre laicidade estatal e fundamentalismos religiosos; 3º - contraste entre direito ao desenvolvimento e assimetrias globais; 4º - embate entre proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais e os desafios da globalização econômica; 5º - choque entre o respeito à diversidade e a intolerância; 6º - dificuldades práticas decorrentes do combate ao terrorismo em confronto com a preservação dos direitos e das liberdades públicas; 7º - consequências da oposição entre unilateralismo e multilateralismo⁵⁵.

9. Direito dos animais

Tem cabimento, numa obra dedicada aos direitos do homem, tratar dos direitos do animal? Sim, ainda que a finalidade do estudo se limite a assegurar-lhe o direito de não ser submetido a maus tratos, tratamento cruel ou degradante, por aplicação analógica do art. 5º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada em 1948 pela Organização das Nações Unidas.

O homem só tem deveres e direitos para com outros homens. Perante os animais, ele só tem deveres indiretos. Por não serem sujeitos de direito, os animais não podem ter direitos equivalentes aos direitos humanos. Os maus tratos que podem ser infligidos aos animais irradiariam efeitos nefastos sobre as relações com outros homens. A crueldade contra os animais é uma ofensa contra a humanidade.

Os animais não podem ter direitos nem deveres, por serem desprovidos de personalidade como os seres humanos. A tradicional divisão jurídica entre pessoas e coisas inclui os animais na segunda categoria. Ora, coisa não tem direito. Por serem considerados juridicamente coisas, os animais não gozam de direitos. Entretanto, estão credenciados à proteção contra o sofrimento. Há, em toda parte, leis que os protegem contra os maus tratos, a crueldade, a extinção, a manipulação, as experiências, o transporte, etc.

55 LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Direitos humanos*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011, p. 73-85.

Robert Nozick fala dos direitos dos animais e, embora considere que eles têm o estatuto moral de simples objetos, não lhe parece justo que sejam infligidos grandes sacrifícios aos animais. Tais atos tornam os homens brutais e podem ensejar a prática de equivalentes sobre outros homens⁵⁶. John Rawls, igualmente, sustenta que, embora o *status* do animal não seja o do ser humano (o que o exclui do gozo dos direitos básicos iguais), ele tem o direito de ser protegido. É errado ser cruel para com os animais, e a destruição de uma inteira espécie pode ser um grande mal⁵⁷.

A noção de direitos dos animais baseia-se nos deveres e obrigações que o homem tem para com eles. O animal tem direito de não ser maltratado. Certos direitos “naturais” do homem, como o direito de viver, o direito à liberdade, o direito ao amor e à compaixão e o direito ao respeito são extensíveis aos animais⁵⁸.

A concepção antropomórfica dos direitos dos animais, que preconiza a pura e simples aplicação dos direitos do homem ao animal, encontra sua mais acabada expressão na Declaração Universal dos Direitos do Animal, elaborada pela Liga Internacional dos Direitos do Animal e proclamada em Paris, em 15 de outubro de 1978, diante da Unesco. Essa declaração fixa os seguintes direitos fundamentais: direito à vida e a não ser maltratado; se necessária, eliminação sem dor nem angústia; direito das espécies selvagens à liberdade e a uma vida conforme seu modelo natural; direito para as bestas de carga à alimentação e ao repouso adequados. Condena as experiências científicas praticadas em animais e bem assim o seu emprego para fins de diversão. O alcance jurídico desse texto é inexistente, mas seu significado simbólico não deve ser desprezado. Fala-se numa concepção animalitária dos direitos do homem⁵⁹.

56 NOZICK, Robert. *Anarchie, État et utopie*, trad. Évelyne d'Auzac de Lamartine, Paris, PUF, 1988, p. 55-56.

57 RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*, trad. Vamireh Chacon, Brasília, Universidade de Brasília, 1981, p. 369 e 374.

58 RIBORDY, François-Xavier. *Animaux (Droits des-)*. In: ARNAUD, André-Jean *et al.* (sous la dir.). *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, cit., p. 29-30.

59 MARGUENAUD, Jean-Pierre. *Animal (droits de l'-)*. In: ANDRIANTSIMBAZOVINA, Joel *et al.* *Dictionnaire des Droits de l'homme*, cit., p. 43.

O Conselho da Europa, cuja missão prioritária consiste na defesa dos direitos do homem, provocou a assinatura e após a ratificação de cinco convenções internacionais que visam a proteger os animais contra o sofrimento inerente a certas utilizações particulares: transporte internacional (1968, revista em 2003); criação (1976); abate (1979); experiência para fins científicos (1986); e sofrimentos aos quais estão expostos os animais de companhia (1987).

O direito positivo, em numerosos ordenamentos jurídicos, sanciona as violações dos direitos dos animais.

O Código Penal Francês, no art. 521-1 (Lei nº 94-653, de 29 de julho de 1994), comina pena de prisão e multa ao fato de, sem necessidade, publicamente ou não, praticar sevícias graves ou de cometer um ato de crueldade contra um animal doméstico ou mantido em cativeiro. A prática de experiências ou pesquisas científicas em animais, em desconformidade com as normas administrativas, também é incriminada (art. 521-2).

No Brasil, constitui contravenção punida com pena de prisão e multa, tratar animal com crueldade ou submetê-lo a trabalho excessivo (Lei de Contravenções Penais, art. 64). A Constituição da República, de 1988, declara que incumbe ao poder público, para assegurar a efetividade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade (art. 225, § 1º, VII).