

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 17/11/2011

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/32639-fundamentos-teol-gicos-e-jusfilos-ficos-dos-direitos-humanos-no-contexto-da-biopol-tica-e-seus-impactos-nos-casos-amistad-e-eichmann-theological-and-jusphiiosophical-basis-of-human-rights-in-the>

Autore: Jorge Luís Mialhe

**Fundamentos teológicos e jusfilosóficos dos direitos humanos no contexto da biopolítica e seus impactos nos casos amistad e eichmann. Theological and jusphiiosophical basis of human rights in the context of biopolitics and its impact on the amistad and e**

**FUNDAMENTOS TEOLÓGICOS E JUSFILOSÓFICOS DOS DIREITOS  
HUMANOS NO CONTEXTO DA BIOPOLÍTICA E SEUS IMPACTOS NOS  
CASOS AMISTAD E EICHMANN**

**THEOLOGICAL AND JUSPHILOSOPHICAL BASIS OF HUMAN RIGHTS IN  
THE CONTEXT OF BIOPOLITICS AND ITS IMPACT ON  
THE AMISTAD AND EICHMANN CASES**

Jorge Luís Mialhe<sup>1</sup>

**SUMÁRIO:** 1. Introdução: alguns fundamentos teológicos e jusfilosóficos dos Direitos Humanos. 2. O caso “Amistad (1839-1841). 3. O Genocídio como crime contra a humanidade: a análise do caso Eichmann por Hannah Arendt (1961-1963). 4. Considerações finais. 5. Referências bibliográficas.

**Resumo:** Este artigo pretende, sucintamente, resgatar e discutir os alicerces dos Direitos Humanos e, ao mesmo tempo, conectá-los aos casos “Amistad”, bastante conhecido após a produção do filme homônimo de Steven Spielberg, em 1997, e “Eichmann”, analisado por Hannah Arendt no seu clássico livro *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*.

**Palavras-chave:** Direitos Humanos – Filosofia do Direito – Biopolítica - Amistad – Eichmann – Hannah Arendt

**Abstract:** This article seeks briefly retrieve and discuss the foundations of Human Rights and at the same time, connect them to cases "Amistad", well known after the film's namesake production of Steven Spielberg in 1997, and "Eichmann", reviewed by Hannah Arendt in her classic book *Eichmann in Jerusalem: a report on the banality of evil*.

**Keywords:** Human Rights - Philosophy of Law - Biopolitics - Amistad - Eichmann - Hannah Arendt

**1. Introdução: alguns fundamentos teológicos e jusfilosóficos dos  
Direitos Humanos**

As bases teológicas dos Direitos Humanos estão no Gênesis: Deus criou o homem à sua imagem e semelhança. Portanto, as fontes judaicas, a Bíblia e o Talmude<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Doutor, mestre e bacharel pela Universidade de São Paulo (USP, Brasil). Pós-doutorado nas universidades de Paris e de Limoges (França). Docente do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba (UNIMEP, Brasil) e dos cursos de graduação da Universidade Estadual Paulista (UNESP, Rio Claro). Membro do Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional (Madri, Espanha) e membro do ramo brasileiro da International Law Association (ILA, Londres). E-mail: profmialhe@hotmail.com

<sup>2</sup> Conforme o Dicionário Houaiss, essa palavra de origem hebraica significa estudo, ensino, doutrina. “Contém a lei oral, a doutrina, a moral e as tradições dos judeus”.

são as primeiras a manifestarem-se claramente sobre a inexistência de raças superiores, a igualdade entre os homens e o sagrado direito de todos à vida e à liberdade.

Quando esses direitos eram ameaçados, os profetas manifestavam-se denunciando a opressão e conclamando o povo a lutar pela igualdade dos homens criados à imagem de Deus. Daí a importância da garantia da liberdade religiosa, de culto, como direito fundamental e fonte de libertação.

O cristianismo, originalmente uma seita judaica, por meio de Jesus sintetizou esses ensinamentos num único mandamento: “Ama a teu próximo como a ti mesmo”<sup>3</sup> que, na expressão de Thomas Merton (2003:16), “não se trata puramente de uma sugestão benéfica: é a lei fundamental da existência humana”.

A partir daí, lembra Fábio Konder Comparato (199:17):

“Paulo de Tarso levou o universalismo evangélico às últimas conseqüências, ao afirmar que, diante da comum filiação divina, *já não há judeu nem grego, nem escravo nem livre, nem homem nem mulher*”<sup>4</sup>. Mas, essa igualdade universal dos filhos de Deus só valia, efetivamente, no plano sobrenatural, pois o cristianismo continuou admitindo, durante muitos séculos, a legitimidade da escravidão, a submissão doméstica da mulher ao homem e a inferioridade natural dos indígenas americanos”.

Assim, lamentavelmente, esse ignóbil paradoxo permaneceu no Brasil durante o longo período da escravidão indígena e africana.

Contemporaneamente, os cristãos - mais especificamente a Igreja Católica - têm procurado salvaguardar esses princípios, notadamente após a promulgação por Leão XIII da Encíclica *Rerum Novarum* (1891) e, de forma mais acentuada, após o Concílio Vaticano II (1962-1965). Os vários ocupantes do trono de Pedro editam Encíclicas demonstrando a preocupação dos católicos com o desrespeito dos Direitos Humanos e estimulando seus fiéis no engajamento na defesa dos mesmos.

No tocante aos fundamentos jurídicos, Michel Villey (2007:81) reserva o sétimo capítulo de sua obra *O Direito e os Direitos Humanos* para demonstrar a inexistência dos Direitos Humanos na Antiguidade. Cita a *Política*, de Aristóteles, para nos lembrar que era considerado natural existirem senhores e servidores (*doûloi, servi*). Entretanto, os senhores não deveriam tratar um escravo como um animal. Villey (2007:91) constata, ainda, a inexistência dos direitos humanos no *Corpus Juris Civile*: “os direitos

---

<sup>3</sup> Conforme Hannah Arendt (2004:181) “essa expressão dos Evangelhos é na verdade uma citação do Antigo Testamento; a sua origem é hebraica, e não cristã”.

<sup>4</sup> Epístola aos Gálatas 3, 28.

humanos nele não encontram lugar nenhum; falar de um direito humano seria contraditório”. Por exemplo, ao destacar a escravidão, Villey (2007:92) nos lembra que “a palavra *res* (coisa) não tinha em Roma o sentido que ela deveria receber no uso moderno, sob a dominação da ontologia dualista herdada de Descartes, de coisa puramente material”. Prossegue o mesmo autor, afirmando que “a linguagem romana não opera essa oposição radical que a *Doutrina do direito* de Kant, a *Rechtsphilosophie* de Hegel fazem entre coisa e sujeito humano”.

Os fundamentos filosóficos dos direitos humanos podem ser encontrados no primeiro parágrafo do capítulo XIV do *Leviatã*, de Thomas Hobbes, publicado em 1651:

“The right of nature wick writers commonly call Jus naturale, is the Liberty each man hath to use of his own power, as he will himself, for the preservation of his own Nature, that is to say of his own Life, and consequently of doing anything which in his own Judegment and Reason he shall conceive to be the aptest means thereunto”.<sup>5</sup> (grifo nosso)

Na análise de Villey (2007:142), esse trecho é o pioneiro na definição de “direito do homem”. Porém, prossegue o autor, “o direito do homem produz a anarquia”, pois “as ações de uns e outros colidem no mesmo objeto”(…), gerando “a guerra perpétua de todos contra todos, a insegurança, o medo, a miséria, aí está o primeiro fruto do direito do homem”. Para minimizar tal situação, “o direito humano traz em si um remédio a esses males: a Razão” que, essencialmente, busca superar o estado de guerra, de insegurança e a formulação da “primeira lei natural”: a manutenção da paz com seus semelhantes.

Nesse sentido, Kant reforçou as bases da escola idealista ao escrever, entre 1795 e 1796, um opúsculo fundamental: “À Paz Perpétua.”<sup>6</sup> Nesta obra, defende certas interdições na atuação internacional dos Estados e advoga “a eliminação da cláusula *rebus sic stantibus*, a proibição de aquisições territoriais dinásticas, a abolição dos exércitos permanentes, a proscrição das intervenções militares, a condenação das

---

<sup>5</sup> “O direito de natureza, a que os escritores geralmente chamam *jus naturale*, é a liberdade que cada homem possui de usar seu próprio poder, da maneira que quiser, para a preservação de sua própria natureza, ou seja, de sua vida; e conseqüentemente de fazer tudo aquilo que seu próprio julgamento e razão lhe indiquem como meios adequados a esse fim”.

<sup>6</sup> *Zum ewigen Frieden*. Existe uma tradução brasileira, de Marco Zingano, publicada em formato de bolso pela Editora L&PM, de Porto Alegre, em 2008.

guerras punitivas”<sup>7</sup>. No que se refere às proposições, apregoa “a obrigatoriedade da constituição republicana e o projeto de um federalismo de Estados livres que, mantendo firme a sua individualidade, assegurasse-lhes a coexistência pacífica graças ao direito internacional”.

Nas palavras de Comparato (2006:699), os homens não são apenas iguais em direitos; eles o são, sobretudo, em dignidade. *Dignitas non moritur*, “a dignidade humana é imperecível”. Foi nesse sentido que

[...] “Kant, grande admirador de Rousseau, enfatizou que o ser humano distingue-se das coisas materiais porque tem dignidade e não um preço, e nenhum homem deve, jamais, submeter-se á vontade de outro para servir de meio à consecução de sua finalidade, qualquer que ela seja, dado que a pessoa humana é, sempre e em todo lugar, uma finalidade em si mesma. Ecoando esse ensinamento luminoso de Kant, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 proclamou o princípio de que todo homem tem direito de ser, em todos os lugares, reconhecido como pessoa perante a lei (artigo VI)”<sup>8</sup>.

O imperativo categórico kantiano não admite exceções. Nas palavras de Marilena Chauí (1997:346), o imperativo categórico “não é uma motivação psicológica, mas a lei moral interior” expresso no seguinte aforismo: “age em conformidade apenas com a máxima que possas querer que se torne uma lei universal”. Como decorrência desse enunciado, Kant proclama a máxima moral que sustenta a idéia de dignidade dos seres humanos como pessoas e, portanto, prossegue Chauí, “a exigência de que sejam tratados como fim da ação e jamais como meio ou como instrumento” para outros interesses.

No primeiro ensaio do seu livro *A Era dos Direitos*, Norberto Bobbio, ao tratar dos fundamentos dos direitos do homem, descarta a existência de um fundamento absoluto para os Direitos Humanos como querem os jusnaturalistas. Para aquele autor, não é possível um fundamento absoluto porque há uma antinomia dos valores que condicionam os Direitos Humanos, pois “não podem ser realizados globalmente e ao mesmo tempo”. Além disso, o “elenco dos direitos do homem se modificou e continua a se modificar”(…) “o que prova que não existem direitos fundamentais por natureza. O que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas”<sup>9</sup>. Nesse sentido, argumenta Bobbio,

---

<sup>7</sup> Mannoni, p.588

<sup>8</sup> Comparato, F.K. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. p.434.

<sup>9</sup> Bobbio, N. *A era dos direitos*. 7ª. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2004, p.18.

“não se deveria falar de fundamento, mas de fundamentos dos direitos do homem”<sup>10</sup>. O importante é protegê-los; encontrar-lhe um fundamento absoluto é secundário.

Porém, reconhece Bobbio, existem alguns direitos humanos “que valem em qualquer situação e para todos os homens indistintamente: são os direitos acerca dos quais há a exigência de não serem limitados nem diante de casos excepcionais, nem com relação a esta ou àquela categoria, mesmo restrita, de membros do gênero humano (é o caso, por exemplo, do direito de não ser escravizado e de não sofrer tortura)”<sup>11</sup>. Parte-se, assim, da questão filosófica rumo à questão (bio)política.

Na lição de Agamben (2007:125) a biopolítica significa a “crescente implicação da vida natural do homem nos mecanismos e nos cálculos do poder”. Em suas pesquisas, Agamben (2007:14) tenta compreender o “oculto ponto de intersecção entre o modelo jurídico-institucional e o modelo biopolítico do poder”. Nesse sentido, “a produção de um corpo biopolítico” é identificada por aquele autor como “a contribuição original do poder soberano”. Investiga, assim, as relações problemáticas entre o poder soberano, o biopoder e a *vitalpolitik* e, de forma mais ampla, a idéia de redefinição de poder e sua apreensão pela soberania do Estado.

Para Agamben (2007:139) verifica-se uma relação de dominação na qual:

(...) “por um lado, os Estados-nação operam um maciço reinvestimento da vida natural, discriminando em seu interior uma vida por assim, dizer autêntica e uma vida nua privada de todo valor político (o racismo e a eugénica nazista são compreensíveis somente se restituídos a este contexto); por outro, os direitos do homem que faziam sentido apenas como pressuposto dos direitos do cidadão separam-se progressivamente destes e são utilizados fora do contexto da cidadania, com o suposto fim de representar e proteger uma vida nua que vem a encontrar-se, em proporção crescente, expulsa às margens dos Estados-nação, para ser então posteriormente recodificada em uma nova identidade nacional”.

Agamben acrescenta que somente por ter se tornado integralmente biopolítica é que a política pode se constituir uma “política totalitária”. Neste contexto, o Estado substitui a normalidade do “Estado de Direito” pelo “Estado de exceção”. Assim, por exemplo, a situação dos refugiados seria emblemática desta condição de *homo sacer*, pois “rompendo a continuidade entre homem e cidadão, entre nascimento e nacionalidade, eles põem em crise a ficção originária da soberania moderna” (2002:138).

---

<sup>10</sup> Id., ibd. p.19.

<sup>11</sup> Id., ibd. p. 20.

Todavia, nos belos discursos dos representantes dos Estados nas Nações Unidas, quase todos os Estados, avalia Cassese (2004:113), concordam sobre os seguintes pontos: primeiramente, a dignidade do ser humano é um valor basilar que todo Estado deve respeitar, independentemente da nacionalidade, da raça, da cor e do sexo. Em segundo lugar, é necessário empenhar-se na defesa do respeito dos direitos fundamentais das minorias. Em terceiro lugar, a discriminação racial deve ser considerada como uma das ações mais repugnantes e intoleráveis. Em quarto lugar, mesmo quando algum país encontre-se em dificuldade (de ordem econômica ou política) isso não justifica que o Estado possa cometer violação grave, repetida e sistemática contra os direitos humanos. *Last, but not least*, quando essa violação é praticada em larga escala, a comunidade internacional tem legitimidade para intervir com meios pacíficos.

A repulsa frente às violações dos direitos humanos deve ser constantemente externada, sobretudo em relação aos órgãos estatais responsáveis por tais abusos. Porém, como bem salientou Foucault (2010:370), “a experiência mostra que se pode e se deve recusar o papel teatral da pura e simples indignação” e buscar-se o engajamento dos novos atores globais, como as ONGs reconhecidas pelo Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, que gozam de credibilidade, legitimidade e estão comprometidas com um “direito novo: aquele dos indivíduos despojados de intervirem, efetivamente, na ordem das políticas e das estratégias internacionais”, contra o monopólio dos Estados, “esse monopólio que é preciso arrancar pouco a pouco e a cada dia”.

Hodiernamente, constata P.M. Dupuy (apud Casella, 2008, p.1337), ao lado da opinião governante, outra opinião – a militante – manifestada nas ações das ONGs, exercem cada vez mais o papel de fiscais transnacional em favor dos direitos fundamentais.

De acordo com o art. 71 da Carta das Nações Unidas, de 26 de junho de 1945, “O Conselho Econômico e Social poderá entrar nos entendimentos convenientes para a consulta com organizações não-governamentais, encarregadas de questões que estiverem dentro da sua própria competência. Tais entendimentos poderão ser feitos com organizações internacionais e, quando for o caso, com organizações nacionais, depois de efetuadas consultas com o membro das Nações Unidas interessado no caso”.

Assim, visando regulamentar o referido artigo, a Assembléia Geral das Nações Unidas, em 14 de fevereiro de 1946, aprovou a Resolução 4(I) que autorizou o envio de

representantes da Federação Mundial de Sindicatos de Trabalhadores, a Federação do Trabalho dos EUA, a Aliança Internacional Cooperativa “e outras organizações não governamentais”, para que se permitisse a seus representantes de participarem dos trabalhos do Conselho Econômico e Social, de acordo com o supracitado artigo 71 da Carta das Nações Unidas. Ato contínuo, pela Resolução 2/3, de 21 de junho de 1946, o ESOSOC definiu como não governamentais “todas aquelas organizações não estabelecidas por acordos intergovernamentais”.

Nesse sentido, tribunais internacionais de direitos humanos têm autorizado a participação das ONGs na condição de *amicus curiae*. Certas jurisdições podem ser qualificadas como pioneiras, tais como as Cortes Européia e Interamericana dos Direitos Humanos e as jurisdições penais internacionais, como os Tribunais Internacionais para crimes praticados na ex-Iugoslávia e em Ruanda. De todas essas, merece destaque a Corte Interamericana de Direitos Humanos – CIDH.<sup>12</sup> No quadro de sua competência consultiva, os *amici curiae*, incluindo as ONGs e as associações profissionais, são largamente admitidas pela CIDH, ainda que o seu regulamento procedimental não contenha disposição específica sobre tal participação.

---

<sup>12</sup> No último 24/11/2010, sentença da CIDH acerca do caso da “Guerrilha do Araguaia”, responsabilizou o governo brasileiro pela morte de 62 guerrilheiros e afastou a possibilidade da Lei de Anistia impedir a investigação dos crimes. Trecho do voto fundamentado do juiz *ad hoc* Roberto de Figueiredo Caldas afirma que: “A jurisprudência brasileira firme, inclusive placitada por decisão recente do mais alto órgão do Poder Judiciário, o Supremo Tribunal Federal, esbarrou em jurisprudência tranquila desta Corte ao deixar de observar o *jus cogens*, ou seja, normas peremptórias, obrigatórias aos Estados contidas na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (também conhecida como “Pacto de São José da Costa Rica”, doravante indicada também somente como “Convenção”). Em apertada síntese, é por esta razão que o País está sendo condenado nesta sentença, pelas violações à Convenção, a saber:

a) desaparecimento forçado e os direitos violados das 62 pessoas desaparecidas – violação dos direitos à personalidade jurídica, à vida, à integridade pessoal e à liberdade pessoal (artigos 3, 4, 5 e 7), às garantias judiciais e proteção judicial (artigos 8 e 25), em combinação com a obrigação de respeitar os direitos previstos e o dever de adotar disposições de direito interno (artigos 1.1 e 2, todos da Convenção);

b) aplicação da Lei de Anistia como empecilho à investigação, julgamento e punição dos crimes – violação dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial (artigos 8.1 e 25), em combinação com a obrigação de respeitar os direitos previstos na Convenção e o dever de adotar disposições de direito interno (artigos 1.1 e 2), em detrimento dos familiares das vítimas desaparecidas e da pessoa executada;

c) ineficácia das ações judiciais não penais – violação dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial (artigos 8.1 e 25), em combinação com a obrigação de respeitar os direitos previstos na Convenção (artigo 1.1), detrimento dos familiares das vítimas desaparecidas e da pessoa executada;

d) falta de acesso à informação sobre o ocorrido com as vítimas desaparecidas e executada – violação do direito à liberdade de pensamento e expressão (artigo 13), em combinação com a obrigação de respeitar os direitos previstos na Convenção (artigo 1.1), em prejuízo dos familiares das vítimas desaparecidas e da pessoa executada, e

e) falta de acesso à justiça, à verdade e à informação – violação do direito à integridade pessoal (artigo 5), em combinação com a obrigação de respeitar os direitos previstos na Convenção (artigo 1.1), em detrimento dos familiares dos desaparecidos e da pessoa executada, pela violação e sofrimento gerados pela impunidade dos responsáveis”.

Fonte: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_219\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf)>. Acesso em: 15 dez. 2010.



Finalmente, como bem lembrou Bobbio (2004:23), o problema dos fundamentos filosóficos dos direitos humanos não pode ser dissociado do estudo das questões históricas, sociais, econômicas, psicológicas e culturais inerentes à sua realização. É necessário, portanto, enfrentar a delicada equação da conjugação dos meios aos fins. É o que se pretende na abordagem nos dois casos, *Amistad* e *Eichmann*, expostos abaixo.

## 2. O caso “Amistad” (1839-1841)

O ministro plenipotenciário espanhol junto ao governo norte-americano, Angél Calderón de la Barca enviou, em 6 de setembro de 1839, nota diplomática ao Secretário de Estado John Forsyth na qual afirmava que o navio *Amistad* “havia deixado Cuba a 28 de junho com diversas mercadorias e cinquenta e três escravos negros” que se amotinaram e mantiveram sob seu controle os cidadãos espanhóis Ruiz e Montez. Já em águas territoriais americanas, o *Amistad* foi apresado pelo *Washington*, navio da marinha de guerra dos EUA. Nesse sentido, era “imperioso o dever de reclamar o respeito ao direito das nações e dos tratados existentes entre os Estados Unidos e a Espanha”, particularmente o tratado bilateral celebrado em 1795. Assim, a diplomacia espanhola requeria do governo norte-americano:

- “1. Que o navio seja imediatamente restituído aos seus proprietários, bem como todos os artigos encontrados a bordo no momento de sua captura pelo *Washington*, sem a exigência de nenhum pagamento a título de salvaguarda, nem outras taxas além daquelas previstas no artigo 1 do Tratado de 1795;
2. Que seja oficialmente declarado que nenhum tribunal americano não tem o direito de perseguir ou sancionar cidadãos espanhóis pelos delitos cometidos a bordo de um navio espanhol e nas águas territoriais da Espanha;
3. Que os negros sejam conduzidos a Havana, isto é, colocados à disposição das autoridades competentes nessa parte das possessões de Sua Majestade a fim de serem julgados conforme as leis espanholas que foram por eles violadas e que, durante o período de espera, sejam mantidos sob boa guarda a fim de prevenir qualquer evasão;
4. Que se, após a intervenção das autoridades de Connecticut, advirem atrasos que contrariem a restituição do navio e dos escravos aos seus respectivos proprietários estes sejam indenizados pelo eventual prejuízo”.<sup>13</sup>

Trinta e quatro anos antes do caso *Amistad*, a Espanha negociou com os Estados Unidos um acordo conhecido pelo como de Tratado de San Lorenzo, assinado em 27 de outubro de 1795. Era uma reação espanhola a outro acordo – o Tratado de Jay – que ingleses e americanos assinaram em Londres em 1794.<sup>14</sup> Aos olhos de Madri, essa

---

<sup>13</sup> Vincent, p.97.

<sup>14</sup> “On November 19, 1794 representatives of the United States and Great Britain signed Jay’s Treaty, which sought to settle outstanding issues between the two countries that had been left unresolved since American independence.” (...) “The resulting treaty addressed few U.S. interests, and ultimately granted

aproximação inesperada, em parte dirigida contra a França durante o período do Terror (1793-1794), poderia ameaçar as possessões espanholas do novo mundo. O Tratado de San Lorenzo, ao qual Calderón faz alusão na nota diplomática (e que será o centro dos posteriores debates judiciários) comportava algumas estipulações essenciais que a diplomacia espanhola lembrou ao Secretário de Estado norte-americano:

“Art.8. Se as pessoas e os habitantes de outro país, assim como seus navios, de estatuto público e de guerra ou de estatuto privado e mercante vierem a ser forçados pela mudança de tempo, perseguidos por piratas ou inimigos ou toda outra necessidade premente, a buscar asilo e refúgio e, por essa razão, aportarem em qualquer rio, baía, enseada ou porto pertencente à outra parte, serão acolhidos e tratados com a maior humanidade e serão cumulados com o máximo de favores, de atenção e de assistência (...) e eles não serão de nenhuma maneira impedidos de voltar a seu país, de utilizar os ditos portos e enseadas; poderão se deslocar e partir no momento e na direção de sua livre escolha, sem autorização nem entrave”.

“Art.9. Todo navio e toda mercadoria, de qualquer natureza que seja, que forem salvas das mãos de um pirata ou outro ladrão em alto mar serão deslocados a outro porto pertencente a um dos dois Estados e confiados à guarda de oficiais desse porto, a fim de serem conservados e integralmente restituídos aos seus verdadeiros proprietários tão logo sejam reunidas e apresentadas provas suficientes que demonstrem a propriedade desses bens”.<sup>15</sup>

Ao interpretar esse último artigo, John Quincy Adams (1767-1848), ex-presidente dos EUA, atuando na defesa dos africanos com o advogado Roger Sherman Baldwin, sustentou perante a Suprema Corte que estes não poderiam ser contabilizados como parte das mercadorias “de qualquer natureza”, embarcadas no *Amistad*, pela seguinte razão: o representante da Espanha, embaixador Calderón de la Barca, havia escrito ao Secretário Forsyth que o *Amistad* levava “diversas mercadorias e cinquenta e três escravos negros”. Os negros, nesse sentido, não eram assimilados a mercadorias. Assim, no art.9 do Tratado, a expressão restituição integral ao seu proprietário não poderia ser aplicada a seres humanos, salvo se o Acordo de San Lorenzo fosse

---

Britain additional rights. The only concessions Jay obtained was a surrender of the northwestern posts--already agreed to in 1783--and a commercial treaty with Great Britain that granted the United States "most favored nation" status, but seriously restricted U.S. commercial access to the British West Indies. All other outstanding issues--the Canadian-Maine boundary, compensation for pre-revolutionary debts, and British seizures of American ships--were to be resolved by arbitration. Jay even conceded that the British could seize U.S. goods bound for France if they paid for them and could confiscate without payment French goods on American ships. Jay's Treaty was immensely unpopular with the American public, but it squeaked through the Senate on a 20 to 10 vote on June 24, 1795. President Washington implemented the treaty in the face of popular disapproval, realizing that it was the price of peace with Great Britain and that it gave the United States valuable time to consolidate and rearm in the event of future conflict.”

Disponível em: <http://www.state.gov/r/pa/ho/time/nr/14318.htm>. Acesso em 20 dez. 2008.

<sup>15</sup> Vincent, p.98.

considerado como “um tratado entre nações canibais” (sic). Além disso, os africanos eram “auto-emancipados, não eram mais escravos”.<sup>16</sup>

Apesar de o caso ter-se fundado especialmente no direito de propriedade, Adams ampliou sua argumentação para contestar a legitimidade do próprio regime escravista. Alegou que, de acordo com a Declaração de Independência americana, o caso estaria concluído: “No momento em que se chega à Declaração de Independência e ao fato de que todo homem tem direito à vida e à liberdade, um direito inalienável, este caso está decidido. Não peço nada em nome desses homens desafortunados senão o que se encontra nessa Declaração”.<sup>17</sup>

Em 9 de março de 1841, o juiz Taney, presidente do tribunal, pronunciou a decisão da Suprema Corte dos EUA.

O ponto essencial era se os negros pertenciam ou não aos cidadãos espanhóis Ruiz e Montez e se deveria ser aplicado o artigo 9º. do Tratado de 1795. A posição da Corte era clara: o dispositivo não se aplicava ao caso em discussão, pois, caso contrário, implicaria em considerar os cativos como mercadorias, piratas ou ladrões. Nada disso correspondia à verdade.

O dado fundamental sobre o qual todo o resto se baseava, sublinhou o juiz, era que os passageiros não eram escravos. Eles eram “originários da África” antes de serem “levados à força” de seus lares e “ilegalmente transportados” até Cuba em desprezo às leis, ordenamentos, declarações e aos tratados assinados pelo governo de Madri. Se todos os africanos introduzidos em território espanhol eram, em direito, homens livres; os cativos do *Amistad* eram, da mesma forma, homens livres. Além disso, não eram culpados dos atos de violência que eles haviam cometido. Referindo-se implicitamente ao “direito de revolução”, reconhecido pela Declaração de Independência dos EUA, o juiz Story destacou o “direito último” que dispõe toda pessoa afrontada a uma situação extrema de “resistir à opressão e de combater pela força uma injustiça mortal”.

A dificuldade que teve a Corte para decidir sobre a questão de fundo decorria do fato de que havia entre as partes “um conflito de direitos” opondo não apenas pessoas de nacionalidades e status diferentes, mas Estados soberanos. Nesse caso, justificou o juiz, a única forma de se buscar a equidade é remeter-se conscientemente “aos princípios eternos da justiça e do direito internacional”.<sup>18</sup>

---

<sup>16</sup> Vincent, p.207.

<sup>17</sup> Driver, p.97

<sup>18</sup> Vincent, p.213.

É claro que a escravidão continuou existindo legalmente, todavia, no caso em tela, “os negros a bordo do *Amistad* não eram escravos quando foram capturados e, por isso, deviam ser libertados e embarcados de volta à sua terra natal, a despeito dos atos de violência cometidos”<sup>19</sup>

### **3. O Genocídio como crime contra a humanidade: a análise do caso Eichmann por Hannah Arendt (1961-1963)**

Os julgamentos do Tribunal de Nuremberg<sup>20</sup> tiveram início em 20 de novembro de 1945 e transformaram-se num marco do Direito Internacional Penal, proporcionando o esteio para a jurisprudência do Tribunal *ad hoc* para crimes cometidos na ex-Iugoslávia<sup>21</sup>.

Os estatutos da Constituição do Tribunal de Nuremberg em seu art. 6º previa três categorias de infrações penais: crimes contra a paz, crimes de guerra e crimes contra a humanidade. Esses últimos, até então inéditos, eram os assassinatos, a exterminação, a escravidão, a deportação e outros atos desumanos cometidos contra qualquer população civil, antes ou durante a guerra, ou perseguições por motivos políticos, raciais ou religiosos, em execução ou em conexão com qualquer crime da jurisdição do Tribunal, constituíssem ou não violação da legislação interna do país em que tivessem sido perpetrados.

---

<sup>19</sup> Lacerda, p.85.

<sup>20</sup> Há, certamente, inúmeras críticas sobre a legalidade e a legitimidade do Tribunal de Nuremberg. Juntamente com o Tribunal de Tóquio, foram constituídos pelos vencedores da II Guerra Mundial ao arripio do princípio clássico da legalidade penal: *nullum crime sine lege, nulla poena sine lege*. Além disso, as populações civis dos países derrotados sofreram com bombardeamentos maciços (Dresden, Hamburgo, Nápoles) ou desnecessários (Hiroshima e Nagasaki) e, no entanto, Truman, Churchill e Stálin jamais foram indiciados por prática de genocídio. Cabe esclarecer, como faz Jörg Friedrich (2006:59, 163), que “o ataque a quartéis civis deveria abreviar a guerra; por incidir sobre a vontade de lutar, essa estratégia foi chamada de “bombardeamento moral”. Civis não constituem alvos militares, mas quando fabricam material militar e residem nas proximidades das áreas de produção, o enfoque é outro. (...) No ano de 1944, a guerra das bombas matou, em média 127 pessoas por dia. Entre janeiro de 1945 e a capitulação, esse número chegou a 1.023 pessoas, totalizando 130 mil mortos”. Foram, ainda, cometidos estupros em massa (Berlim) e nem por isso oficiais britânicos, americanos ou soviéticos foram julgados em tribunais semelhantes. Desses tristes acontecimentos, o impacto das bombas atômicas sobre as vidas humanas ecoa na memória coletiva até as atuais gerações. Todavia, o caso dos estupros em Berlim é quase desconhecido no Brasil. Simon Montefiore (2006:532) afirma que, durante a invasão soviética “as Segunda e Terceira Frente Bielo-russas irromperam no Leste da Prússia, já em território alemão, numa orgia de vingança: 2 milhões de mulheres alemãs seriam estupradas nos meses seguintes. Os soldados russos chegaram a violar mulheres russas recém libertadas dos campos nazistas. Stálin pouco se preocupava com isso, dizendo a Djilas: (...) E o que há de tão medonho em se divertir com uma mulher depois de tais horrores?”. Numa situação como essa, informa Cornelius Ryan (2005:429), “os abortos foram permitidos mesmo de modo não oficial, mas por razões óbvias ninguém está disposto a arriscar um número”.

<sup>21</sup> Power, 547

Em 11 de dezembro de 1948, foi assinada em Paris, durante a II Assembléia Geral das Nações Unidas, a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio, cujos princípios básicos são:

- a afirmação da existência de um Direito Internacional Penal;
- a premissa de que as pessoas acusadas não poderão alegar “cumprimento do dever”;
- a tipificação das várias espécies de crimes;
- a punição para o conluio para cometer o genocídio.

O artigo 2º. da Convenção fornece os elementos básicos do tipo penal:

“Na presente Convenção, entende-se por genocídio qualquer dos seguintes atos cometidos com intenção de destruir no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, tal como:

- a) assassinio de membros do grupo;
- b) dano grave á integridade física ou mental do grupo;
- c) submissão intencional do grupo a condições de existência que lhe ocasionem a destruição física total ou parcial;
- d) medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo;
- e) transferência forçada de menores do grupo para outro grupo”<sup>22</sup>.

Fica patente, portanto, que o recurso dos réus ao *Befehlnotstand*, do “estado de constrição conseqüente a uma ordem”<sup>23</sup>, não poderia declará-los inimputáveis. O próprio Código Penal Militar alemão autorizava “a desobediência nos casos extremos”<sup>24</sup>

Em 1961, Hannah Arendt cobriu o julgamento de Eichmann<sup>25</sup> para a revista *New Yorker*. O projeto evoluiu e acabou se transformando no livro “Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal”, editado pela primeira vez em 1963.<sup>26</sup>

---

<sup>22</sup> No Brasil, a Lei 2.889/1956 reproduz, basicamente, o mesmo conteúdo no seu artigo 1º. Além disso, a Lei 8.930/1994 considera hediondo o genocídio.

<sup>23</sup> Agamben, p. 102.

<sup>24</sup> Id., p. 103.

<sup>25</sup> Karl Adolf Eichmann nasceu em Solingen, Áustria, em 1906. Como oficial das SS foi responsável por atrocidades cometidas contra judeus e outras etnias, incluindo a implementação do genocídio. O departamento da Gestapo de controle da população judaica em todo o território ocupado pelos alemães estava sob seu cargo. Organizou a deportação em massa dos judeus da Alemanha e da Boêmia para campos de concentração na Polônia (1941). Na conferência de Wannsee (1942) foram-lhe atribuídas as funções de organizador da “Solução Final para o Problema Judeu” (1942) e de formulação dos campos de extermínio, inclusive da especificação e projeto das câmaras de gás e dos crematórios. Quando da queda de Berlim, em 1945, conseguiu fugir da Alemanha, mas veio a ser descoberto na Argentina, em 1960; tendo sido raptado por agentes secretos israelenses do Mossad. Foi julgado em Israel por crimes de guerra e enforcado em 1962. Fontes: François Dreyfus. *Eichman. La seconde guerre mondiale: les acteurs*, p.126-7; David Cesarani. **Adolf Eichmann: the mind of a war Criminal**. Disponível em: [http://www.bbc.co.uk/history/worldwars/genocide/eichmann\\_01.shtml](http://www.bbc.co.uk/history/worldwars/genocide/eichmann_01.shtml) e <http://pt.worldwar two.net/biografias/70/> Acessos em 20 dez. 2008.

<sup>26</sup> **Eichmann in Jerusalem: a report on the banality of evil**. A última tradução desta obra no Brasil foi publicada pela Editora Companhia das Letras em 1999.

O tema básico de suas reflexões é a ruptura dos conceitos das categorias morais da tradição ocidental. Sua análise é, de um lado, uma reflexão sobre o rompimento, cujo exemplo político paradigmático é o totalitarismo, e, de outro lado, todo o esforço de uma construção teórica visando impedir que se repita o Estado de natureza totalitária.

Hannah Arendt define o totalitarismo como uma forma inédita na história política da dominação. Uma forma de dominação baseada no emprego do terror e da ideologia na qual o racismo anti-semita serviu para assegurar a coesão das massas e a burocracia providenciou um novo mecanismo de administração dessas massas. Esse mecanismo de dominação é baseado em duas colunas: a propaganda e a igualdade diante do terror. A completa dominação, almejada pelo totalitarismo, alcançou sua perfeição no campo de concentração, o que constitui a síntese da prisão, do manicômio e da fábrica.<sup>27</sup>

Como ensina Celso Lafer (2008:302), no nazismo havia uma “subordinação inequívoca do indivíduo ao seu grupo *racial*” flagrantemente

“explicitada na divisa oficial do regime: *Du bist nichts, dein Volks ist alles* (Tu não és nada, teu povo é tudo). A negação dos direitos humanos como direitos subjetivos permitiu instaurar, pela ubiquidade do medo, uma dominação total lastreada no arbítrio *ex parte principis* (dos governantes) de um estado de exceção permanente”.

O campo de concentração é o grande ponto da ruptura com todos os padrões e categorias da tradição ocidental, pois escapa à lógica do razoável, do senso comum. Afastava-se, também, a influência dos velhos valores ou das crenças religiosas. Nas palavras de Arendt (1999:318):

“Desde que a totalidade da sociedade respeitável sucumbiu a Hitler de uma forma ou de outra, as máximas morais que determinam o comportamento social e os mandamentos religiosos – Não matarás! – que guiam a consciência virtualmente desapareceram. Os poucos ainda capazes de distinguir certo e errado guiavam-se apenas por seus próprios juízos, e com toda liberdade”.

A filósofa, fazendo uso público da razão, critica a promotoria e a defesa. Quanto à primeira, ela afirma que se procurou fundamentar a acusação no que os judeus sofreram, não sobre o que Eichmann fizera. Viam Eichmann como agente de uma “lei geral” que seria o ódio aos judeus no correr dos tempos. Nesse sentido, observa Hannah

---

<sup>27</sup> Formas de controle tão bem analisadas por Michel Foucault em **Vigiar e punir**.

Arendt, cometeu-se um equívoco porque foram procurados “precedentes num crime sem precedentes”. Sua tese é de que o totalitarismo é algo inédito.

Já a defesa de Eichmann baseava-se, primeiramente, na tese de que o genocídio era um ato soberano do Estado, e, portanto, ele não podia ser julgado por outros Estados. Em segundo lugar, era um ato executado por ordens superiores. Evidentemente há uma inadequação destes conceitos jurídicos convencionais, positivistas, mas que não servem para um Estado fundado sobre princípios criminosos, onde a lei está a serviço da dominação e do extermínio.

Para Hannah Arendt a figura de Eichmann, enquanto ser humano era destituído de maior expressão. É abominável que um regime utilize pessoas aparentemente normais para o exercício de uma atividade anormal como é a prática de genocídio. Daí o subtítulo do seu livro: “um relato sobre a banalidade do mal”, refletindo a perversidade do totalitarismo enquanto um sistema de governo e de dominação que insensibiliza a razão e o raciocínio e gera, precisamente, o mal generalizado.<sup>28</sup>

A filósofa desmonta os argumentos da defesa afirmando que um conceito definido numa circunstância de normalidade é inaplicável a uma situação de anormalidade. O Estado Nazista era criminoso e a norma emanada desse Estado era criminosa. Entende o genocídio como um crime contra a humanidade porque é um ataque à condição humana, que se manifesta na sua rica diversidade.

Para Hannah Arendt, Eichmann deveria ser julgado não por um tribunal israelense, mas por um tribunal internacional, porque o crime não tinha sido praticado contra o povo judeu, mas um crime contra a humanidade perpetrado no corpo do povo judeu. Mas, apesar de tudo, a autora concordava que o julgamento era adequado no sentido de que, efetivamente, Eichmann merecia ser executado por ter cometido um crime contra a humanidade, isto é, por ter apoiado e executado uma política de “não partilhar a Terra com o povo judeu e com o povo de diversas outras nações”.<sup>29</sup> Como os seres humanos eram considerados supérfluos, Eichmann e seus superiores sentiam-se no direito de “de determinar quem devia e quem não devia habitar o mundo”.<sup>30</sup>

Nas palavras de Lafer (2008:303):

---

<sup>28</sup> Na análise de Luc Ferry (2010:142), o mal *radical* “reside no fato ...de fazer uso do mal como projeto” e na capacidade do ser humano de “se organizar conscientemente para fazer tanto mal quanto possível a seu próximo. É, aliás, o que a teologia tradicional denomina de maldade, como próprio do demoníaco em nós. Ora, esse demoníaco, lamentavelmente, parece ser específico do homem. A prova é o fato de que não existe nada no mundo animal, no universo natural, portanto, que se aparente à tortura”.

<sup>29</sup> Arendt, p.302

<sup>30</sup> Id. ibd.

“O genocídio – e Auschwitz, que o encarnou – foi, assim, percebido no pós-Segunda Guerra Mundial como a expressão, por excelência, do mal – o mal ativo soberanamente infligido por governantes e o mal passivo, sofridos por aqueles que, *ex parte populi* (os governados), padecem uma pena sem culpa”.

É possível, portanto, identificar um traço comum a ambos os casos: a necessidade de reconhecimento da dignidade humana como fundamento de uma ordem internacional justa e equitativa, como se depreende do preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

#### 4. Considerações finais

Existe o consenso nas democracias de que “os direitos do homem constituem no dia de hoje um novo *ethos* mundial”<sup>31</sup> Evidentemente, como lembra Bobbio (2004:210), tal *ethos* “representa o mundo do dever ser (...) O *ethos* dos direitos do homem resplandece nas declarações solenes que permanecem quase sempre, e quase em toda parte, letra morta”.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 10 de dezembro de 1948, embora não represente muito em termos concretos, tem o alto significado moral de conquista para a humanidade e sua permanente invocação é fundamental na medida em que o futuro da civilização depende do respeito àquela breve máxima latina: *pacta sunt servanda*.

Felizmente, contra os delinquentes e contraventores internacionais aumenta a pressão responsável e democrática de inúmeros países e, sobretudo, das ONGs de direitos humanos que atuam fiscalizando e denunciando os governos que descumprem a Declaração. Este processo é irreversível, principalmente após a instalação do Tribunal Penal Internacional, em 2002. Nesse particular, deve-se ter em conta que o artigo 25 do seu Estatuto prevê a responsabilidade penal individual por atos atentatórios ao Direito Internacional, um significativo progresso nas relações jurídicas internacionais.<sup>32</sup> Resta, agora, zelar pela sua plena aplicação, inclusive superando eventuais discrepâncias na análise da legalidade do instituto do *surrender* (entrega ao Tribunal Penal Internacional - TPI) pois, como bem observou Jankov (2009:292), “o princípio da universalidade de jurisdição absoluta originária precisa ser adotada pelo direito nacional em relação aos

---

<sup>31</sup> *Les droits de l'homme et l'Eglise*, publicado pelo Conselho Pontifício “Justiça e Paz” em 1990, p.49. *Apud* Norberto Bobbio, op. cit., p.210.

<sup>32</sup> Cf. LIMA e BRINA. **O Tribunal Penal Internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, p. 147



crimes sujeitos à sistemática do TPI”. Somente assim haverá a real possibilidade de punição aos infratores do Direito Internacional dos Direitos Humanos e do Direito Internacional Humanitário.

## 5. Referências bibliográficas

- AGAMBEN, G. **Estado de exceção**. (Homo Sacer II). São Paulo: Boitempo, 2004.
- \_\_\_\_\_. **Homo sacer**: o poder soberano e a vida nua. Belo Horizonte : Ed. UFMG, 2007.
- \_\_\_\_\_. **O que resta de Auschwitz**: o arquivo e a testemunha (Homo Sacer III). São Paulo: Boitempo, 2008.
- ARENDDT, H. **Eichmann em Jerusalém**: um relato sobre a banalidade do mal. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.
- \_\_\_\_\_. **Responsabilidade e julgamento**. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.
- BETTATI, M., DUHAMEL, O., GREILSAMER, L. (orgs.) **La Déclaration universelle des droits de l’homme**. Paris : Gallimard, 1998.
- BOBBIO, N. **A era dos direitos**. 7ª. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2004.
- CASELLA, P.B. **Direito Internacional Pós-Moderno**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- CASSESE, A. **Diritto internazionale**: problemi della comunità internazionale. Bolonha : Il Mulino, 2004.
- CESARINI, D. **Adolf Eichmann**: the mind of a war criminal. Disponível em: <[http://www.bbc.co.uk/history/worldwars/genocide/eichmann\\_01.shtml](http://www.bbc.co.uk/history/worldwars/genocide/eichmann_01.shtml)>. Acesso em 20 dez. 2008.
- CHAUI, M.S. **Convite à filosofia**. 9ª. ed. São Paulo: Ática, 1997.
- COMPARATO, F.K. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999.
- \_\_\_\_\_. **Ética**: direito, moral e religião no mundo moderno. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.
- DREYFUS, F.G. Eichmann. In: MASSON, P. (dir.) **La Seconde Guerre Mondiale**: les acteurs. Paris: Larousse, 1992.
- DRIVER, S.S. **A Declaração de Independência dos Estados Unidos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006.
- FERRY, L. **Aprender a viver**: filosofia para os novos tempos. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010.
- FOUCAULT, M. **Repensar a política**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010. Col. Ditos e Escritos, v. VI.

FRIEDRICH, J. **O incêndio**: como os aliados destruíram as cidades alemãs (1940-1945). Rio de Janeiro: Record, 2006.

HARRELSON, W. **Os dez mandamentos e os direitos humanos**. São Paulo: Paulinas, 1987.

HOUAISS, I.A. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

JANKOV, F.F.F. **Direito Internacional Penal**: mecanismo de implementação do Tribunal Penal Internacional. São Paulo: Saraiva, 2009.

KANT, I. **A Paz Perpétua e outros opúsculos**. Lisboa: Edições 70, 2002. p.11-19

LACERDA, G. **O direito no cinema**: relato de uma experiência didática no campo do direito. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007.

LAFER, C. Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948). In: MAGNOLI, D. (org.) **História da Paz**. São Paulo: Contexto, 2008. p.297-329.

LIMA, R.M., BRINA, M.M.C. **O Tribunal Penal Internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

MERTON, T. **Homem algum é uma ilha**. Campinas: Verus, 2003.

MIALHE, J. L. **A Declaração Universal dos Direitos Humanos e a biopolítica**: breves considerações sobre a igualdade e a dignidade humana face. In: Melissa Folmann; Danielle Annoni. (Org.). **Direitos Humanos - Os 60 anos da Declaração Universal da ONU**. 1a. ed. Curitiba-PR: Juruá, 2008, p. 185-193.

\_\_\_\_\_. **Notas sobre os fundamentos dos Direitos Humanos**. In: Rui Decio Martins; Priscila Sparapari. (Org.). **Direitos Humanos: um enfoque multidisciplinar**. São Paulo: Suprema Cultura, 2009, p. 57-68.

MONTEFIORE, S.S. **Stálin** : a corte do czar vermelho. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

OEA. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Jurisprudência. **Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) VS. Brasil**. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_219\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf)>. Acesso em: 15 dez. 2010.

POWER, S. **Genocídio**: a retórica americana em questão. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

RYAN, C. **A última batalha**. Porto Alegre: L&PM, 2005.

VILLEY, M. **O direito e os direitos humanos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

VINCENT, B.. **Amistad** : les mutins de la liberté. Paris: Archipel, 1998.

