O TRIBUNAL DE NUREMBERG: ENTRE O POSITIVISMO E O JUSNATURALISMO.

THE NUREMBERG COURT: BETWEEN POSITIVISM AND NATURAL LAW.

Sérgio Tadeu Pupo[1]

RESUMO

O presente visa traçar um estudo sobre a influência do positivismo e do jusnaturalismo para a concepção do Tribunal de Nuremberg e qual a sua importância para a tutela dos direitos humanos, culminando na sua universalização. Inicia-se do estudo das razões da guerra e da consequente quebra de paradigmas sobre os Direitos Humanos para a sua efetiva tutela diante das violações ocorridas durante a segunda grande guerra mundial. O estudo versará sobre a adoção do direito humanitário como um direito de Paz em detrimento de um conflito armado a partir do julgamento dos chamados criminosos de guerra perante o Tribunal de Nuremberg, o que resultou na quebra de barreiras para a efetivação dos Direitos Humanos. A pesquisa realizada utilizou-se do método indutivo e como técnica de pesquisa a bibliográfica e histórica.

PALAVRAS-CHAVE: TRIBUNAL DE NUREMBERG – DIREITOS HUMANOS – POSITIVISMO – JUSNATURALISMO.

ABSTRACT

This aims to outline a study on the influence of natural law and positivism for the design of the Nuremberg Court and what is its importance to the protection of human rights, culminating in its universality. It begins the study of the reasons for war and the consequent shift in paradigm on Human Rights for their effective protection in the face of violations that occurred during the second world war. The study will focus on the adoption of humanitarian

---

[1] Mestrando em Direito pela Universidade Nove de Julho (Uninove).

law as a right to peace at the expense of an armed conflict from the so-called trial of war criminals before the Nuremberg Court, wich resulted in breaking down the barriers to the realization of human rights. The search is performed using the inductive method and technique of the bibliographic and historical research.

KEYWORDS: NUREMBERG COURT – HUMAN RIGHTS – POSITIVISM – NATURAL LAW.

SUMÁRIO:

Resumo. Introdução. 1. Antecedentes históricos. 1.1. O Direito de Guerra "Justa"; 2. O jusnaturalismo e o juspositivismo no campo de batalha; 2.1. O direito natural; 2.2 O juspositivismo e o império da razão; 3. O Tribunal de Nuremberg; 3.1. Aspectos controvertidos do Tribunal de Nuremberg; 3.2. O Tribunal de Nuremberg: entre o positivismo e o jusnaturalismo; Considerações finais; Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

Neste estudo será abordada a importância do Tribunal de Nuremberg para internacionalização da proteção aos Direitos Humanos, em decorrência da morte de milhões de pessoas durante a segunda guerra mundial, em ações que ultrapassaram os campos de batalha e constituíram verdadeiras atrocidades contra a humanidade.

Para tanto, o estudo tratará, inicialmente de discorrer sobre a definição de "guerra justa" e como foi erigido o direito à guerra numa visão positivista do direito.

Fundamentando este enfoque, será analisada a dicotomia entre o jusnaturalismo e o juspositivismo e a relação entre ambos na instituição desse Tribunal de Nuremberg.

Com base nessas teorias, surgem argumentos que podem justificar a legalidade do Tribunal ou conduzir ao entendimento de que se tratou de uma vingança coletiva promovida pelos vencedores em detrimento dos vencidos.

Assim, serão traçados os pontos controvertidos sobre a instituição desse Tribunal frente a sua importância histórica como fundamento para a criação de um Tribunal Penal Internacional.

A pesquisa realizada utilizou-se do método indutivo e como técnica de pesquisa a bibliográfica e histórica.

1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

1.1. O DIREITO DE GUERRA "JUSTA"

Para o Direito Penal Internacional, o Tribunal de Nuremberg foi um marco, pois reconheceu a violação dos direitos humanos como ataque a um bem jurídico inerente a todos, independentemente do conteúdo do direito interno dos povos.

Até então, os conflitos internacionais eram regulados com base noutros objetos, quais sejam: a guerra e a política, uma vez que, "a paz sempre foi encarada como período entre duas guerras" [2].

A guerra era vista como um meio de solução de litígios políticos, por isso antes da primeira guerra mundial (1914-1918) era natural o uso da força para a satisfação dos interesses de um Estado perante outro[3], constituindo, inclusive um costume, assim entendido como fonte do direito.

Para se valer do uso da força, o Estado agressor buscava justificar sua conduta, sob o argumento de se tratar de uma guerra "justa", pois haveria a violação pelo outro Estado de um bem jurídico defendido pelo agressor. É importante observar que, o bem jurídico tutelado e o fundamento de sua proteção depende do momento histórico abordado, ou seja, se houve afronta de um direito natural ou o descumprimento de uma norma de direito positivo.

É na antiguidade que surge essa ideia de guerra justa ou "santa", oriunda da doutrina hebraica e assim considerada aquela desferida contra os inimigos dos povos de Deus, a qual

---

[2] GONÇALVES. Joanisval Brito Gonçalves. **Tribunal de Nuremberg 1945-1946: a gênese de uma nova ordem no direito internacional,** p. 14.

[3] Ob. cit., p. 15.

influenciou de sobremaneira as teologias dos católicos, mulçumanos e cristãos reformados como escreve Danilo Zolo[4], que ainda acentua:

> A guerra santa não é uma guerra como as outras, travada por interesses e objetivos particulares, senão que é uma guerra teológica e salvadora, e, como tal, não está sujeita a limites de caráter moral ou jurídico. A derrota do inimigo, a destruição de suas cidades, seus rebanhos e campos, o extermínio da população, sem excluir ninguém, a mutilação dos cadáveres, são gestos sagrados que cumprem um plano divino.

Mesmo com o franco desenvolvimento dos direitos humanos no âmbito dos Estados e, inclusive, no direito internacional, os povos continuavam a agir de forma a subjugar outros povos, como na colonização da América, período o qual o tratamento dispensado aos indígenas, dizimados durante a conquista, se justificava com a afirmação de que, os conquistados não possuíam senão "vestígios de humanidade" [5].

Francisco de Vitória, fundador da chamada Escola de Salamanca[6], contribuiu com o pensamento jurídico ao melhor desenvolver o conceito de "guerra justa", discorrendo que, seria justa a guerra defensiva ou de sanção, mas sem o conteúdo de ordem moral ou sobrenatural e sim o conceito de bem comum a todos os homens e todas as nações.[7]

Assim, se a guerra podia se desenvolver com base na busca do bem comum, os Estados passaram a utilizar a justificativa de que, "o Estado Agressor sempre seria de estar conduzido-se por vias justas, ou seja, aquelas que representassem meios eficazes para os fins desejados pelos Príncipes" [8], o que culminava da prova de sua soberania frente a uma guerra necessária.

A justificativa de âmbito religioso evoluiu para o âmbito político, sendo comum, até os dias de hoje a verdadeira "pregação" pela adoção de um conflito armado sob o argumento de que, os povos não podem conviver sem democracia ou não possuem condições de gerir os próprios interesses sem o "apoio" internacional, ou seja, evitando tratar a matéria sob o

---

[4] **La justicia de los vencedores. De Nuremberg a Bagdad,** p. 107, tradução nossa. (La guerra santa no es uma guerra como las otras, librada por intereses y objetivos particulares, sino que es uma guerra teológica y salvadora, y, como tal, no está sujeita a limites de carácter moral o jurídico. La derrota del enemigo, la destrucción de sus ciudades, sus manadas y sus campos, el extermínio de la población, sin excluir a nadie, la mutilación de los cadáveres, son gestos sagrados que cumplen um proyecto divino.)

[5] SILVEIRA, Vladmir Oliveira da; ROCASOLANO, Maria Mendes. **Direitos Humanos. Conceitos, significados e funções,** p. 131.

[6] Ob. Cit.**,** p. 130.

[7] GONÇALVES, Joanisval Brito. **Tribunal de Nuremberg 1945-1946: a gênese de uma nova ordem no direito internacional,** p. 18.

[8] Ob. Cit., p. 21.

enfoque da proteção do ser humano, pois nem sempre será possível identificar o intuito de proteção desses direitos ao contrário do que ocorre com os direitos político-econômicos.[9]

Entretanto, não houve apenas a modificação dos motivos para o conflito, as técnicas utilizadas no campo de batalha também evoluíram, não permanecendo os seus efeitos adstritos aos campos de batalha, mas alcançando toda a população, que se viu envolvida nos conflitos antes restritos aos militares; daí a necessidade de se desenvolver o chamado "Direito de Guerra", assim definido como "o conjunto de regras que os beligerantes devem seguir entre si e nas suas relações com os neutros".[10]

O estabelecimento de princípios e regras pode ser observado nas mais diversas declarações e convenções, como por exemplo, às que dispõe sobre a guerra terrestre[11]; o tratamento que deve ser dado aos feridos[12]; à colocação de minas submarinas e formação de frotas de guerra[13] etc.

Ao contrário de pugnar pela Paz, as convenções tratavam de legitimar pela norma jurídica um verdadeiro "manual de guerra", tanto que, o conjunto de normas é conhecido como *jus in bello*, ou seja, "a parte do Direito de Guerra pela qual é regida a conduta dos Estados com a ocorrência de conflitos armados". [14]

As normas que visavam repelir o uso da força acabavam sucumbindo frente ao costume, um dos fundamentos do direito internacional; dessa forma, a guerra continuava a ser vista como forma de solução de conflitos[15] e o conteúdo normativo tratava dos efeitos decorrentes do conflito, mas não da própria causa, por isso a adoção da denominação "Direito de Guerra" ao contrário do Direito de Paz como erigido posteriormente com a fundação das Organizações das Nações Unidas (ONU).

---

[9] *"Durante los años treinta del siglo pasado, por ejemplo, La civiltà cattolica, órgano sumamente acreditado de la Compañia de Jesús, se distinguió al sostener que el Pueblo etíope, incapaz de um adecuado cultivo de sus tierras y dotado de escaso potencial demográfico, se había manchado de uma grave violación del derecho natural al no haber cedido espontaneamente sus tierras al pubeblo italiano, obligándolo así a suar la fuerza de las armas para afirmar su derecho de expansión"* (ZOLO, Danilo. **La justicia de los vencedores. De Nuremberg a Bagdad,** p. 111).

[10] ACCIOLY, Hildebrando. **Tratado de Direito Internacional Público,** p. 26.

[11] Convenção de Haia de 29 de julho de 1899.

[12] Convenção de Genebra de 06 de julho de 1906.

[13] Convenção de Haia de 18 de outubro de 1907.

[14] GONÇALVES, Joanisval Brito. **Tribunal de Nuremberg 1945-1946: a gênese de uma nova ordem no direito internacional,** p. 30.

[15] Ob. cit. p. 58.

A construção do Direito de Paz[16] teve o seu maior desenvolvimento após duas grandes guerras, de proporções nunca antes vistas e que dizimou milhões de pessoas, não somente nos campos de batalha, mas civis, constituindo este o maior mal dos conflitos.

Nesse momento histórico o *jus ad bellum*, ou direito à guerra como ato de agressão passou a ser considerado ilegal, somente sendo garantido o uso da força no exercício da legítima defesa[17], sendo regulado pelo *jus in bello,* isto é, "o direito aplicado no estado de guerra".[18]

Se por um lado, havia o *jus in bello,* decorrente de normas positivadas ou do costume como fonte do direito internacional, por outro remanescia a dificuldade de se julgar um Estado pela prática de atos contrários a esse conteúdo normativo, sendo este o cerne da questão em se tratando dos Tribunais concebidos para o julgamento dos crimes de guerra, como o Tribunal de Nuremberg e o de Tóquio.[19]

Desse modo, tratará esse estudo de identificar a presença dos fundamentos de direito positivo e direito natural na instituição do Tribunal de Nuremberg e como este foi necessário, naquele dado momento histórico, para o desenvolvimento de um direito de Paz.

2. O JUSNATURALISMO E O JUSPOSITIVISMO NO CAMPO DE BATALHA

2.1. O DIREITO NATURAL

Para essa corrente de pensamento, "uma lei, para ser lei, deve estar de acordo com a justiça. Lei em desacordo com a justiça *non est lex sed corruptio legis*".[20]

---

[16] Na Conferência de Paz de Paris, onde houve a elaboração e assinatura do Pacto da Sociedade das Nações (1919), foi consagrado o conceito de que a guerra deveria ser entendida como último recurso para solucionar as controvérsias entre Estados, desde que esgotados os meios pacíficos (HUCK, Hermes Marcelo. **Da guerra justa à guerra econômica: uma revisão sobre o uso da força em direito internacional,** p. 73.

[17] A legítima defesa tem sido utilizada como justificativa para os bloqueios econômicos de um Estado contra outro, com o objetivo de privar o inimigo de recursos e suprimentos durante um conflito de interesses, o que não necessariamente resulta em conflito armado, mas que pode culminar em danos mais graves do que um ataque bélico, devido a interdependência das relações comerciais entre as Nações (HUCK, Hermes Marcelo. **Da guerra justa à guerra econômica: uma revisão sobre o uso da força em direito internacional,** p. 219.

[18] MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Direitos humanos e conflitos armados, p. 119.**

[19] O Tribunal de Tóquio, também denominado como Tribunal do Extremo Oriente e foi criado em 19 de janeiro de 1946, para julgar e punir os criminosos de guerra do Extremo Oriente.

[20] BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica,** p. 56.

O direito natural tem seu fundamento na vontade divina que fixou os princípios da razão humana; portanto, a lei que não observa esse fundamento não é válida[21] e pode ser descumprida, como dizia Santo Agostinho, revelando a desobediência civil diante de uma lei injusta.

Inúmeras são as reflexões sobre o jusnaturalismo, entretanto, como acentua Celso Lafer, destacam-se algumas notas que possibilitam a identificação do Direito Natural como um paradigma de pensamento:

> a) A ideia de *imutabilidade* – que presume princípios que, por uma razão ou outra, escapam à história e, por isso, podem ser vistos como intemporais; b) a ideia de *universalidade* destes princípios metatemporais, "*diffusa in omnes",* nas palavras de Cícero; c) e aos quais os homens têm acesso através da *razão,* da *intuição* ou da *revelação.* Por isso, os princípios do Direito Natural são *dados,* e não postos por convenção. Daí, d) a ideia de que a função primordial do Direito não é comandar, mas sim *qualificar* como boa e justa ou má e injusta uma conduta. [22]

Os críticos do jusnaturalismo sustentam que, dada a dificuldade de se fazer uma distinção entre o justo e o injusto, a segurança da vida civil no âmbito das leis estaria destruída, pois o seu descumprimento não poderia levar os governantes a aplicação de uma sanção, chegando a designá-lo como direito "provisório" (Kant), considerando que, somente o direito positivo poderia ser designado como "direito" no sentido impregnado na palavra. [23]

No entanto, em se tratando de ato atentatório contra a própria humanidade, como se observa no crime de Genocídio, é possível fundamentar no jusnaturalismo a possibilidade de se realizar um julgamento sem a observância do *nullum crimen, nulla poena sine lege*, pois a humanidade se deparou com um delito inédito, advindo de um regime totalitarista.[24]

A internacionalização dos direitos humanos se mostra mais nítida, exatamente com a observância de características próprias do Direito Natural, afinal, se fossem considerados unicamente os elementos de Direito Positivo, o Tribunal de Nuremberg não seria possível, por

---

[21] FERRAZ JR, Tercio Sampaio. **A ciência do direiro,** p. 26.

[22] LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos. Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt,** p. 36.

[23] BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica,** p. 57.

[24] LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos. Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt,** p. 167.

se tratar de uma Corte instituída para julgamento de crimes anteriores à sua existência, violando o princípio da irretroatividade da lei. [25]

Havia a necessidade de se punir as atrocidades cometidas contra a humanidade e que não poderiam se justificar simplesmente por normas ou regras de direito positivo ou, ainda, pela soberania Estatal.

Porém, a adoção de princípios gerais e universais não pode significar o abandono do juspositivismo, de modo que, se de um lado observa-se muito do jusnaturalismo como fundamento para os Tribunais Internacionais do pós-guerra, estes são erigidos dentro de um sistema positivado, para garantir o oposto da barbárie e da simples vingança.

2.2. O JUSPOSITIVISMO E O IMPÉRIO DA RAZÃO

Como delineado anteriormente, o direito de guerra fora organizado por meio de declarações e convenções; assim, independentemente da justiça dos motivos que causaram o conflito, uma vez instalado este, os beligerantes devem observar o determinado em convenções.

A violação deste conteúdo normativo é o ponto central da aplicação de um direito penal internacional, como o que ocorrera no Tribunal de Nuremberg e adiante será abordado.

Quanto a motivação para o conflito, este também passou a ter fundamentação positivista, ou seja, o direito foi reduzido à lei, sendo justa exatamente por ser válida, logo, "não há outro critério do justo e do injusto que não seja a vontade do soberano" [26.]

Se de um lado, o positivismo jurídico "forçou a tematização do ser humano como objeto da Ciência do Direito", por outro lado, ao se tornar antítese do jusnaturalismo, propiciou distorções quanto ao conceito de justo, ao menos no contexto histórico anterior as duas grandes guerras.

---

[25] Sobre o tema escreve Flávia Piovesan: "A internacionalização dos direitos humanos constitui, assim, um movimento extremamente recente na história, que surgiu a partir do pós-guerra, como resposta às atrocidades e aos horrores cometidos durante o nazismo. Apresentando o Estado como grande violador de direitos humanos, a Era Hitler foi marcada pela lógica da destruição e da descartabilidade da pessoa humana, o que resultou no extermínio de onze milhões de pessoas" (**Direitos humanos e o direito constitucional internacional,** p. 184.)

[26] BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica,** p. 61.

Desse modo, conforme a doutrina hobbesiana, não existe um justo por natureza, mas por convenção, cuja consequência pode ser a redução da justiça à força. [27]

Nota-se, porém, que ao afirmar que a justiça pode decorrer da força, essa doutrina entende que o soberano não erra (*the King can do no wrong*) e que, tudo que emana de seu poder é justo e válido.

Tal concepção positivista do direito acaba por atribuir ao soberano o mesmo poder da divindade, tão criticada pelos juspositivistas ao abordar o jusnaturalismo.

O juspositivismo constitui o divórcio do homem do chamado "Estado da Natureza", ou seja, constitui a renúncia ao direito que possuía *in natura* para transmiti-lo a um soberano[28].

E se a vontade do soberano for prejudicial ao povo? Seria o caso de uma desobediência civil, como sustentada pelos jusnaturalistas?

Note bem que, não se pode avançar por uma teoria com a exclusão da outra, devendo haver um equilíbrio através de pesos e contrapesos que ficam evidentes em se tratando de direitos humanos, cuja presença se pretende demonstrar na concepção do Tribunal de Nuremberg.

3. O TRIBUNAL DE NUREMBERG

A segunda grande guerra teve início em 1º de Setembro de 1939, com a invasão da Alemanha à Polônia e que resultou em seis anos de um conflito internacional que gerou uma devastação em inúmeras nações, seja pelas batalhas ou pelos reflexos econômicos decorrentes da beligerância.

Inúmeros fatores históricos resultaram nesse conflito, mas no âmbito jurídico podemos destacar que, a prevalência de normas visando a guerra, tratando do direito de agressão ao invés do direito à Paz, contribuiu para a legitimação do ataque na visão dos agressores.

---

[27] Ob. cit., p. 62.

[28] BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica,** p. 61.

A segunda guerra mundial não foi marcada somente pela tecnologia de destruição ou por novas formas de conflito (*blitzkrieg*), mas por inúmeras atrocidades, culminando na violação maciça dos direitos humanos através da morte de civis, como os judeus, ciganos e outras pessoas vítimas dos campos de extermínio.

A criação da ONU, em 26 de junho de 1945, é resultado do repúdio das Nações ao horror visto na segunda grande guerra e teve como principais objetivos, promover a disseminação do respeito pelos direitos humanos, bem como evitar a eclosão de outra Guerra Mundial pela promoção da Paz entre as nações. [29]

Os atos praticados durante o conflito violaram as declarações e convenções acerca do Direito de Guerra, em especial a Convenção de Haia de 18 de outubro de 1907, uma vez que, houve a prática de violência contra civis, massacres e execução de feridos.

Diante deste saldo da segunda guerra mundial, os vencedores não estavam satisfeitos com a possibilidade de se estabelecerem medidas preventivas para evitar futuros conflitos; havia a necessidade de se identificar os culpados dentre os vencidos e aplicar as devidas punições.

Antes mesmo do término do conflito, mas com a proximidade deste, foi publicada a declaração de Moscou, em 1º de novembro de 1943, estabelecendo os princípios para o julgamento dos criminosos de guerra, assinada pelos representantes dos Estados Unidos, União Soviética e Reino Unido, cujos trechos destacamos a seguir:[30]

> (...) Ao acordar qualquer armistício com qualquer governo que possa ser estabelecido na Alemanha, os oficiais e praças alemães e membros do Partido Nazista que sejam responsáveis pelas atrocidades, massacres e execuções descritas acima ou nelas tomaram parte consentânea, serão reconduzidos aos países onde seus abomináveis atos foram cometidos, a fim de que possam ser julgados e punidos conforme as leis destes países libertados e dos governos livres que ali sejam estabelecidos.
>
> (...) Que aqueles que até o momento não banharam as mãos no sangue dos inocentes resguardem-se de reunir-se ao rol dos culpados, porque podemos afirmar que as Três Potências aliadas lhes perseguirão até as mais longínquas regiões da terra e irão enviar-lhes de volta a seus acusadores a fim de que seja feita a justiça.
>
> Esta Declaração é feita sem prejuízo dos casos dos principais criminosos de guerra, cujos delitos não tenham definição geográfica particular e que serão castigados por decisão comum dos governos aliados.

---

[29] SILVEIRA, Vladmir Oliveira da; ROCASOLANO, Maria Mendes. **Direitos Humanos. Conceitos, significados e funções,** p. 152.

[30] GONÇALVES, Joanisval Brito. **Tribunal de Nuremberg 1945-1946: a gênese de uma nova ordem no direito internacional,** p. 69.

A declaração de Moscou pode ser interpretada como sendo o prenúncio do Tribunal de Nuremberg, pois já estabelecia alguns dos princípios que nortearam o Estatuto Penal Militar Internacional.

Em 08 de agosto de 1945, foi acolhida pelos Estados Unidos, França, Reino Unido e União Soviética a proposta da Conferência de Londres, de criação de um Tribunal Militar Internacional, para julgamento daqueles que foram classificados como criminosos de guerra na Declaração de 05 de junho de 1945, referente à derrota da Alemanha.[31]

Assim nascia o Tribunal de Nuremberg para julgamento e punição daqueles considerados como "criminosos de guerra" pelos vencedores, devendo simbolizar a vontade de todos os povos e não somente dos membros que compunham a Corte.

O artigo 6º do Estatuto do Tribunal estabelece a sua jurisdição para julgar: crimes contra a paz, crimes de guerra, crimes contra a humanidade, sendo que, a acusação formulou o seu pedido de condenação em todas as modalidades criminosas definidas no estatuto.

3.1. ASPECTOS CONTROVERTIDOS DO TRIBUNAL DE NUREMBERG

Se por um lado, aos juspositivistas as normas que emanam do poder soberano e que sejam válidas devem ser consideradas justas; no âmbito do jusnaturalismo, a norma injusta não deve ser cumprida, impondo a resistência a esta, até a deposição do soberano de seu cargo para o restabelecimento da justiça.

Esse introito tem o objetivo de chamar a atenção para o fato de que, o Estatuto de instituição do Tribunal de Nuremberg trouxe consigo algumas questões controversas que, a própria norma, por si só, não é capaz de legitimá-la. Senão vejamos:

1) A caracterização do Tribunal de Nuremberg como um Juízo de Exceção: ao contrário do princípio estabelecido nas nações democráticas, foi criado um Tribunal para o julgamento de crimes específicos, contrariamente até, ao sustentado pela acusação quanto repeliu em seus argumentos a validade da criação dos Tribunais pelo III *Reich.* [32]

---

[31] Ob. cit., p. 72-73.

[32] GONÇALVES, Joanisval Brito. **Tribunal de Nuremberg 1945-1946: a gênese de uma nova ordem no direito internacional,** p. 150.

2) A parcialidade dos julgadores: o tribunal era composto pelos vencedores e não por pessoas de países neutros, não envolvidos diretamente no conflito como era de se esperar, culminando na instalação de uma verdadeira "justiça política" [33].

Sobre este aspecto, destaca Danilo Zolo[34]:

> Se se anular o princípio *nulla culpa sine iudicio*, devido a uma causa de atribuição de culpabilidade decidida por mandamentos políticos que antecipam o julgamento, então a justiça é reabsorvida pela política, tornando-se sua subordinada e sendo abastecida por aditamentos simbólicos e irracionais, incrementando a imunidade e discricionariedade e a arbitrariedade do poder.

3) Afronta a ampla defesa: os acusados foram impedidos de levantar questões de política internacional, o que certamente serviu de "blindagem" para a União Soviética, afinal, a invasão da Polônia contou com a participação do exército soviético; além disso, o artigo 26 do Estatuto vedou o direito de recurso. [35]

4) Irretroatividade da lei penal: pelo princípio da legalidade (*nullum crimen nulla poena sine lege*), ninguém pode ser condenado por crime praticado anteriormente à sua previsão legal; logo, sendo o Tribunal constituído para a punição de crimes previstos em seu estatuto, o princípio foi nitidamente violado.

Acerca desse ponto, Joanisval Brito Gonçalves[36] destaca que, "os crimes levantados em Nuremberg – à exceção dos crimes de guerra, em sentido estrito – não eram qualificados como tal no sistema internacional antes daquele julgamento"; cita o autor, os crimes contra a Paz e a Humanidade, surgidos no novo sistema, até porque, como observamos anteriormente, a quase totalidade das normas existentes tratavam do direito de guerra e não de Paz.

Ora, sob o enfoque do direito positivo, o Estatuto do Tribunal de Nuremberg afronta toda uma ordem jurídica internacional, resultando em inúmeros questionamentos, como por

---

[33] ZOLO, Danilo. **La justicia de los vencedores. De Nuremberg a Bagdad,** p. 162, tradução nossa. (Si se anula el prin*cipio nulla culpa sine iudicio*, a causa de uma atribución de culpabilidad decidida por los políticos mandantes que anticipa la sentencia, entonces la justicia es reabsorvida por la política, deviene su subalterna, la abastece de aditamentos simbólicos irracionales, incrementa la inmunidade, la discrecionalidad y la arbitrariedad del poder.)

[34] *Idem*.

[35] GONÇALVES, Joanisval Brito. **Tribunal de Nuremberg 1945-1946: a gênese de uma nova ordem no direito internacional,** p. 150.

[36] "El estatuto prohibía que el Tribunal llevara a cabo uma investigación acerca de comportamentos criminales como los bombardeos devastadores de las ciudades alemanas yu japonesas por los anglo-americanos y como el lanzamiento de las bombas atómicas sobre Hiroshima y Nagasaki" (ZOLO, Danilo. **La justicia de los vencedores. De Nuremberg a Bagdad,** p. 164).

exemplo, a) deveriam os denominados "criminosos de guerra" ficar sem julgamento, mesmo diante das atrocidades cometidas frente aos direitos humanos? b) por outro lado é correto estabelecer um Tribunal de exceção, simplesmente para legitimar uma vingança coletiva? c) é absoluta a afirmativa de que, a força dos inimigos foi utilizada para a agressão e a dos aliados com fins humanitários, não obstante o lançamento das bombas atômicas de Hiroshima e Nagasaki?

Resta historicamente comprovado que, o Tribunal de Nuremberg foi instituído pelos vencedores para julgar os vencidos, porquanto, aqueles consideravam os atos praticados como exercício da legítima defesa, independentemente do grau de ofensa aos Direitos Humanos em sua atuação.

Essas são questões complexas que não devem ser respondidas com a adoção isolada de uma ou outra teoria do direito, demonstrando que, no caso concreto se faz necessário sopesar o direito natural frente ao direito positivo.

É importante considerar o fato que, as Nações nunca tinham se deparado com a proximidade da destruição da raça humana como ocorrera na segunda guerra mundial, levantando a discussão acerca do direito de Paz e, principalmente, havendo a necessidade de se estabelecer a reprimenda necessária ao atentado à vida humana.

3.2. O TRIBUNAL DE NUREMBERG: ENTRE O JUSPOSITIVISMO E O JUSNATURALISMO

O artigo 6º do Estatuto do Tribunal de Nuremberg estabeleceu os tipos penais que formulavam a acusação e justificavam a formação do Tribunal para julgamento dos vencidos, trazendo a concepção do crime de genocídio. [37]

Historicamente a noção de "guerra justa" surge da violação de um bem jurídico de um Estado por outro, havendo a necessidade do uso da força; ocorre que, "a aniquilação dos judeus na Europa, pelos nazistas, não teve finalidade utilitária e tradicional, como é, desde

[37] Reza o artigo 2º da Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio que, constituí genocídio: "qualquer dos seguintes atos, cometidos com a intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, tal como: a) assassínio de membros do grupo; b) dano grave à integridade física ou mental do grupo; c) submissão intencional do rupo 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 de menores do grupo para outro grupo".

tempos imemoriais, a aquisição de território através da guerra de conquista. Representou a tentativa de mostrar como os seres humanos são efetivamente supérfluos e sem lugar no mundo"[38], havendo necessidade de repressão imediata de tal prática.

Se por um lado constituiu uma ação de Estado o ato de tentar desaparecer diversos grupos étnicos ou religiosos, a repressão deveria advir de uma ação não apenas de uma Nação, mas de toda a população, independentemente das fronteiras que separam cada um dos povos.

Por mais que o processo de internacionalização dos direitos humanos dependa da delimitação da soberania estatal, temos que, o repúdio ao genocídio foi muito importante na universalização desses direitos e na consequente mudança de paradigma, aproximando o direito da ética, de um comportamento moral.[39]

Durante o regime nazista, com base no direito positivo, foram instituídos os Tribunais de Exceção, além das normas que, em tese, legitimariam os atos praticados contra os bens e as pessoas dos judeus, culminando no extermínio de milhões de pessoas. Nesse contexto se mostra necessária a adoção do jusnaturalismo, no sentido de que, se a norma não é justa e afronta os direitos universais e imutáveis, não deve ser cumprida, pois é inadmissível a irresponsabilidade do Estado (*that king can do no wrong*) para justificar atos que atentam contra toda a humanidade.

Porém, a afronta ao direito natural, por si só não resulta na imposição de uma sanção que possa repelir a conduta, trazendo o caráter pedagógico e punitivo da pena, havendo, portanto, a necessidade da positivação do direito, refletida *in casu* no Estatuto que criou o Tribunal de Nuremberg.

As críticas que apontam violação de diversos princípios penais e processuais durante o julgamento em Nuremberg devem ser analisadas dentro do contexto do ineditismo do crime cometido e, principalmente, pelo bem jurídico tutelado e não somente pelas normas internas de cada País, pois se assim o fosse, a existência de norma autorizadora da prática de atos contra determinado grupo, como ocorreu na Alemanha nazista, seria suficiente para excluir qualquer ilicitude, por ser considerado como exercício regular de um direito.

---

[38] PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional,** p. 184-185.

[39] LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos. Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt,** p. 182.

Ademais, é importante destacar que, a tentativa de julgar os criminosos de guerra já havia sido discutida com o término da primeira guerra mundial[40], pois o atentado contra a humanidade é objeto de repúdio pelo costume, fonte do direito internacional; logo, ao ser instituído com o objetivo de julgar tais atentados na segunda guerra, o Tribunal não agiu em desacordo com o direito, mas garantir a tutela necessária ao bem jurídico violado.

Acentua Flávia Piovesan que, "o Tribunal de Nuremberg aplicou fundamentalmente o costume internacional para a condenação criminal de indivíduos envolvidos na prática de crime contra a paz, crime de guerra e crime contra a humanidade"[41], fundamentando, portanto, o entendimento de que não houve violação do princípio da anterioridade da lei.

O julgamento em Nuremberg abriu um precedente importante para a criação de um Tribunal Penal Internacional, servindo de modelo pelo qual se reconheceu um bem jurídico e universal a ser tutelado, independentemente das fronteiras físicas e jurídicas que separam as Nações, ou seja, os Direitos Humanos.

É válida a discussão acerca da legalidade do Tribunal de Nuremberg, pois com ela traz a baila a necessidade de se traçar quais os limites da atuação do Estado frente ao seu povo e as demais Nações; em que ponto a intervenção do direito internacional se inicia e tem o seu fim, diante de questões culturais, religiosas e de governo de cada Nação, evitando que a tutela só ocorra para os vencedores.

A mercê desses argumentos, tem-se que, a tutela dos direitos humanos não seria possível se alicerçada tão somente no juspositivismo ou jusnaturalismo, havendo a necessidade da composição de ambas para a busca da universalização da proteção desses direitos, como se propôs o Tribunal de Nuremberg.

---

[40] Escreve Celso Lafer que, "Comportamentos contrários à paz e ao *jus in bello,* apesar de ilícitos, não chegaram, no entanto, a se configurar antes de Nuremberg como ilícitos penais, mesmo porque não tiveram aplicação prática tanto o art. 227 do Tratado de Versalhes – que ensaiou o tema do crime contra a paz ao contemplar a criação de um tribunal especial para julgar Guilherme II, ex-imperador da Alemanha, por ofensa à moral internacional e à autoridade sagrada dos tratados – quanto o art. 228 do mesmo tratado, que também concebeu o tema dos crimes de guerra ao prever a submissão a tribunais militares das potências vitoriosas de alemães acusados de atos contrários às leis e aos costumes de guerra" (Ob. cit**.,** p. 168)

[41] PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional,** p. 188.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo sobre os fundamentos para a instituição do Tribunal de Nuremberg resulta em algumas conclusões ou no mínimo reflexões importantes:

A instituição do Tribunal de Nuremberg atendeu não somente aos interesses dos vencedores, mas serviu como meio para a demonstração da universalidade dos Direitos Humanos e da necessidade de tutela por todos os povos.

Observou-se que, o Tribunal tem alicerce no costume internacional e no repúdio a prática de crimes contra a humanidade, ainda que, fundamentados no exercício da Soberania do Estado sobre o seu povo, valendo nesse caso a concepção jusnaturalista de norma justa ou injusta.

A teoria jusnaturalista serve como fundamento para ditar a proteção aos Direitos Humanos, mas ao juspositivismo coube estabelecer os fundamentos para repelir as práticas de crimes contra a humanidade e o procedimento jurídico a ser adotado.

A criação do Tribunal de Nuremberg não ficou isenta de críticas sobre a segurança jurídica de um Tribunal *ad hoc,* mas foi uma medida necessária e importante diante do "ineditismo" do delito e, principalmente, serviu como base para a criação do Tribunal Penal Internacional.

Decerto que, em Nuremberg foi estabelecida a "justiça dos vencedores", afinal, outros crimes contra a humanidade, praticados pelos países vitoriosos ficaram fora de pauta, sob a justificativa de que se tratava do exercício da legítima defesa; daí a necessidade da criação de um Tribunal Penal Internacional permanente, o qual foi possível a partir do modelo adotado em Nuremberg.

O julgamento ocorrido em Nuremberg deve ser visto como um marco na defesa dos Direitos Humanos e representa a quebra de barreiras que possam obstar a efetividade desses direitos.

No mundo moderno em que, as Nações estão cada vez mais interdependentes economicamente, havendo inclusive o uso de bloqueios econômicos como tese de legitima defesa a uma agressão praticada por um Estado contra outro, não é crível que, a violação aos Direitos Humanos encontre um impedimento por vício de procedimento, não significando o

abandono ao processo, mas garantindo que, o bem jurídico comum a esses direitos seja devidamente tutelado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACCIOLY, Hildebrando P. P. *Tratado de direito internacional público.* Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1933.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica.* 5ª ed. rev. São Paulo: Edipro, 2012.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3ª ed. São Paulo: WMF, 2011.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *A ciência do direito.* 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

GONÇALVES, Joanisval Brito. *Tribunal de Nuremberg 1945-1946. A gênese de uma nova ordem no direito internacional.* 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Renovar, 2004.

HUCK, Hermes Marcelo. *Da guerra justa à guerra econômica. Uma revisão sobre o uso da força em direito internacional.* São Paulo: Saraiva, 1996.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos. Diálogo com o pensamento de Hannah Arendt.* 4ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Direitos humanos e conflitos armados.* Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional.* 13ª ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2012.

SILVEIRA, Vladmir Oliveira; ROCASOLANO, Maria Mendez. *Direitos humanos. conceitos, significados e funções.* São Paulo: Saraiva, 2010.

ZOLO, Danilo. *La justicia de los vencedores. De Nuremberg a Bagdad.* Madrid: Trotta, 2007.