

SCHMITT, EICHMANN E O DIREITO

Gustavo Silveira Siqueira*

“Justice must not only be done must be seen to be done”

Arendt

RESUMO

Partindo da descrição de Hannah Arendt do julgamento de Adolf Eichmann, o autor procura correlacionar a teoria jurídica de Carl Schmitt com as ações nazistas na Alemanha no período da Segunda Grande Guerra. Diante da constatação de Arendt da incapacidade de distinguir o certo do errado, da incapacidade de pensar, que elevou os nazistas a praticarem crimes sem precedentes, jamais vistos na história humana, e que acarretaram com as condenações em Nuremberg e Jerusalém, procura-se trazer a tona uma difícil questão: até quando é possível distinguir o certo do errado? Até quando o cidadão pode parar para pensar e verificar se o direito positivo deve ser obedecido fielmente ou deve ser motivo de questionamentos de justiça.

PALAVRAS CHAVES

SCHMITT; EICHMANN; ARENDT; CERTO E ERRADO.

ABSTRACT

Starting by Hannah Arendt's description of the Adolf Eichmann's judgment, the author tries to relate the juridical theory of Carl Schmitt with the Nazi's acts in Germany in the period of the Second War. In front of the Arendt's verification of the incapableness to distinct right and wrong, the incapacity to think, that has made the nazis to do crimes without precedents, never seen in the human history, causing the Nuremberg and Jerusalem condemnation, it seeks to rise a difficult question: until when is it possible to discern right to wrong? Until when can a citizen stop to think and examine if the positive law must be obeyed blindly or must be a motive of questions of justice.

* Mestrando na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Especialista em Direito do Estado pela Universidade Estadual de Londrina (2005). Especialista em Filosofia Política e Jurídica pela mesma Universidade (2006). Professor colaborador junto ao departamento de Direito de Estado da Universidade Estadual de Ponta Grossa-PR (2006). Email: gsique@yahoo.com.br.

KEYWORDS

SCHMITT; EICHMANN; ARENDT; RIGHT AND WRONG

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende fazer uma relação entre a teoria do direito de Carl Schmitt, principalmente a partir de dois escritos publicados no ano de 1934, “Sobre os três tipos do pensamento jurídico” e “O Führer protege o direito”, e a sua correlação com o pensamento nazista, sobretudo o descrito no julgamento de Otto Adolf Eichmann, por Hannah Arendt.

Procura-se, a partir daí, verificar como incapacidade de refletir sobre a lei, ou a aceitação pura e simples da norma positiva pode inviabilizar, como aconteceu na Alemanha nazista da década de 30 e 40, a realização da justiça como elemento essencial e talvez até superior ao direito. Tenta-se demonstrar que o cumprimento da lei deve vir acompanhado de um sentimento de justiça, um sentimento que o interprete da lei e o jurista jamais podem perder de vista, sob pena de agirem contra o direito.

Vai-se analisar até quando a legitimidade do direito, as suas diversas visões, e como esta pode afetar a capacidade de julgar das pessoas. Depara-se então com a instigante questão, que não se pretende resolver aqui, mas apenas trazer algumas elucidações: é possível distinguir o certo do errado? Será que todos os seres humanos são capazes de decidir esta questão e até quando esta é uma questão que pode ser respondida quando não se tem um direito positivo para se basear, ou quando a resposta pode conflitar com o próprio direito positivo.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1 Contextualização

Carl Schmitt foi um dos mais importantes juristas de República de Weimar, nasceu em 1888, na cidade de Plettenberg, estudou direito em Berlim, Munique e

Estrasburgo, graduando-se em 1910.¹ Manteve uma aversão conservadora ao nazismo até 1933, quando foi convidado a colaborar com o partido por Martin Heidegger em 22 de Abril, filiando-se ao então partido nacional-socialista em 1º de Maio do mesmo ano.² O impacto da sua filiação ao partido pode ser visualizado nas obras que serão analisadas doravante, entretanto, é visível a coerência de pensamento entre seus escritos anteriores e posteriores a sua filiação ao partido nazista. A teoria do soberano de Schmitt pode ser percebida desde os escritos da década de 20, mas após sua filiação ao partido, percebe-se que a mesma é voltada claramente para a defesa das idéias nazistas e a fundamentação teoria do regime.

Mesmo escrevendo textos defendendo o partido e a legalidade e legitimidade do Führer, mesmo escrevendo obras anti-semitas, Carl Schmitt foi visto como um oportunista por parte dos nazistas, chegando-se até a cogitar-se seu envio para um campo de concentração³. Em 1936 as acusações e críticas cessam sob a condição de Schmitt manter-se no silêncio absoluto sobre temas relacionados a política interna, levando o jurista ao anonimato até o final da Segunda Grande Guerra, o que não impediu o mesmo de ser Julgado pelo Tribunal de Nuremberg⁴.

Otto Adolf Eichmann foi membro do Partido Social Socialista Alemão, chegando ao posto de tenente-coronel da SS (Schutzstaffeln) do governo nazista⁵ onde sua função era cuidar dos transportes dos judeus nos anos das décadas de 30 e 40 durante o regime nazista na Alemanha. Após a derrota da Alemanha na Segunda Guerra Mundial, Eichmann foge da Alemanha e acaba vivendo por fim na Argentina, onde é seqüestrado por agentes do serviço secreto de Israel e levado para ser julgado por crimes de Guerra em Jerusalém.

Eichmann era acusado de ser uma das principais engrenagens dos nazistas quando da realização da chamada “Solução Final”⁶. A acusação que pairava sobre Eichmann é que, mesmo ciente das suas ações, ele embarcou milhares de judeus inocentes para serem mortos nos campos de concentração e extermínio que os nazistas mantinham na Europa antes e durante a Segunda Guerra Mundial. Sua atuação estendia-

¹ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Carl Schmitt e a fundamentação do direito*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 26.

² MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Ibidem*, p. 29.

³ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Ibidem*, p. 36.

⁴ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Ibidem*, p. 37.

⁵ ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. Tradução de José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 43.

⁶ ARENDT, Hannah. *Ibidem*, p. 170.

se a quase toda a Europa: Eichmann era enviado para os países dominados pelo Reich, “retirava” os judeus destes países e os enviava para onde eles pudessem servir aos fins do governo nazista. No curso do seu julgamento em Jerusalém, ele confessa que sabia que estava transportando os judeus para a morte, pois já tinha visto o horror dos campos de concentração⁷, mas que, entretanto, era apenas um dente na engrenagem nazista⁸, agia sempre obedecendo a lei⁹, que para ele, eram as palavras do Führer¹⁰. Eichmann foi condenado à morte e executado em Jerusalém.

2.2 A teoria do direito de Carl Schmitt

Inicialmente vale a pena frisar que o presente artigo não pretende a analisar toda a teoria do direito de Carl Schmitt, resume-se aqui a um corte metodológico para se estudar mais especificamente apenas duas obras da grande e importante bibliografia deste autor. Como dito anteriormente vai-se concentrar primordialmente em duas obras de Schmitt do ano de 1934: “Sobre os três tipos do pensamento jurídico” e “O Führer protege o direito”.

Em 1914 na sua obra “O valor do Estado e o significado do indivíduo”, Schmitt já prescrevia que cabe ao Estado estabelecer o direito e que este Estado não poderia admitir oposição e que nenhum indivíduo dentro dele teria autonomia¹¹, percebe-se assim, desde o início de suas obras uma exaltação ao Estado e um certo menosprezo a figura do indivíduo cidadão.

A exaltação ao Estado na obra de Schmitt é influenciada pela diminuição de poderes de decisão do governo Alemão naquela época. As crises políticas, das obrigações que o governo sofria face os tratados pós-Primeira Guerra, conjugaram um certo fracionamento do poder do Estado, fatos que levaram Schmitt a teorizar defendendo o Estado Soberano. Da mesma forma percebe-se que “o quadro político de Weimar marcado por uma forte divisão de forças políticas no seio do Parlamento também influenciará diretamente Schmitt em seus estudos sobre o hamletismo político

⁷ ARENDT, Hannah. *Ibidem*, p. 103, 104 e 117.

⁸ RIBAS, Christina Miranda. *Justiça em tempos sombrios: a justiça no pensamento de Hannah Arendt*. Ponta Grossa: Editora UEPG, 2005, p. 33.

⁹ ARENDT, Hannah. *Ibidem*, p. 152.

¹⁰ ARENDT, Hannah. *Ibidem*, p. 165.

¹¹ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Ibidem*, p. 26.

(ou incapacidade do Estado decidir) e o uso dos poderes de exceção pelo governante”.¹² Assim é fato a grande marca da teoria do soberano de Schmitt: “soberano é aquele que decide no Estado de exceção”.

Schmitt¹³ acredita que o Estado, o rei, não pode ser limitado por nenhuma norma, devendo o rei “ter em si certas qualidades de ordenamento, imutáveis, mas concretas”, ou seja, para Schmitt o direito não pode limitar o rei, o rei como ser supremo e soberano deve criar o direito e portar-se superiormente a lei. Schmitt encontra o último fundamento jurídico de todas as normas em um processo volitivo, ou seja, em uma decisão, sendo assim o direito não pode ser derivado de outras normas (como quer Kelsen). O direito é derivado de uma decisão “qualificada” de uma decisão da autoridade ou do soberano, pois não é qualquer decisão que pode criar o direito. Esta é a teoria decisionista de Schmitt, que não admite nenhuma norma hierarquicamente acima do soberano, onde o direito é criado pela decisão do soberano.

Citando Hobbes, que ele qualifica com o “clássico raciocínio decisionista”, Schmitt afirma que na teoria hobbesiana, “todo e qualquer direito, todas as interpretações das leis, todos os ordenamentos são para ele decisões do soberano e o soberano não é um monarca legítimo ou uma instancia competente, mas justamente aquele que decide soberanamente”.¹⁴ Sendo assim, na interpretação que o jurista alemão faz de Hobbes, na sua teoria todo o direito, toda a sua aplicação, integração e interpretação viriam do soberano. Schmitt acredita que na teoria de Hobbes a produção do ordenamento não pode ser derivada nem do conteúdo, nem de uma norma pré-existente, mas sim da decisão do soberano, que é o início absoluto, nascendo ela da desordem e do “nada normativo”¹⁵.

Prescreve Schmitt que o grande *Leviatã* engole todos os outros ordenamentos jurídicos e monopoliza o direito junto ao legislador estatal, buscando construir este ordenamento “a partir de um nada em termos de ordenamento e comunidade”¹⁶, onde o

¹² MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Ibidem*, p. 27.

¹³ SCHMITT, Carl. Sobre os três tipos do pensamento jurídico in MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Carl Schmitt e a fundamentação do direito*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 170-171.

¹⁴ SCHMITT, Carl. *Ibidem*, p. 181.

¹⁵ SCHMITT, Carl. *Ibidem*, p. 181-182.

¹⁶ Por mais que Schmitt diga que na teoria de Hobbes o Estado seja formado através de uma “nada em termos de ordenamento e comunidade” é interessante citar uma passagem da obra de Fioravanti, introduzindo uma citação ao *Leviatã*, descrita na obra de FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: De la Antigüedad a nuestros días*. Traducción de Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2001, p. 78, onde Hobbes cita a existência de uma lei fundamental: “En un pasaje justamente célebre, Hobbes considera esta operación de individualizar al soberano y a sus irrevocables poderes como la única y verdadera gran

consenso causador do Estado só é possível por meio do grande soberano, cujo poder se origina desse consenso geral, que o soberano mesmo causa e possibilita por meio da sua onipotência estatal e da decisão¹⁷.

O Estado para Schmitt então não detém mais o monopólio político, ele é “apenas um órgão do líder comandante [Führer] do movimento”¹⁸, pois é no Führer que estão vivas todas as experiências e advertências da história do destratado alemão, e é isto que lhe dá o “direito e a força para fundar um novo Estado e uma nova ordem”¹⁹. O Führer protege o direito, pois ele cria o direito sem medições, por força da sua liderança como Juiz Supremo²⁰.

Percebe-se então que o Führer passa a ser toda a personificação do direito e do Estado na teoria de Schmitt, o Führer é o órgão máximo, superior a tudo, que vai trazer a justiça para os cidadãos. Além de personificação do poder legislativo, o Führer também é um juiz, agindo ele sempre como “juiz supremo do povo”, protetor do direito e do povo alemão.

Schmitt concentra no Führer todo o Estado que a doutrina chama de moderno. O Führer é o poder executivo, legislativo e judiciário. É do Führer que brota o direito que nasce o direito legítimo e legal, são através das suas decisões que se faz a justiça. O Führer pode tudo, nada é superior a ele.

2.3 O pensamento de Eichmann descrito por Hannah Arendt

É através da descrição que Hannah Arendt analisa-se o pensamento de Eichmann e a influência do pensamento de Schmitt em suas ações.

necesidad de la asociación política, la única y verdadera ley fundamental: [...] ley fundamental es en todo Estado aquella que, si anula, el Estado se derrumba y disuelve por completo, lo mismo que un edificio cuyos cimientos son destruidos. Por tanto, una ley fundamental es aquella en virtud de la cual los súbditos están obligados a mantener todo poder dado al soberano, ya se éste monarca o una asamblea soberana, sin e cual el Estado no puede subsistir”. É possível perceber que Hobbes fala na existência de uma lei fundamental, e que ele assevera que o Estado pode ser governado por um monarca ou por uma assembléia soberana.

¹⁷ SCHMITT, Carl. *Ibidem*, p. 193.

¹⁸ SCHMITT, Carl. *Ibidem*, p. 216.

¹⁹ SCHMITT, Carl. O Führer protege o direito in MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Carl Schmitt e a fundamentação do direito*. Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 220.

²⁰ SCHMITT, Carl. *Ibidem*, p. 220.

Não se sabe se Eichmann teve contato com os artigos ou as obras de Carl Schmitt, entretanto o que importante é para o presente artigo é a análise das suas condutas de acordo com as teorias de Schmitt apresentadas acima.

Fica claro no relato feito por Arendt que para Eichmann, a lei tinha uma fonte única: as palavras do Führer. Além de se considerar um cidadão cumpridor das leis, agindo sempre por dever²¹, por obediência as normas, Eichmann demonstra claramente seu conhecimento do sistema jurídico nazistas em uma passagem descrita muito bem descrita por Arendt: Em outubro de 1944 com o avanço das tropas aliadas sobre as regiões dominadas pelo eixo, Himmler, o oficial segundo no comando, submetido apenas as ordens de Hitler, determinou que os campos de concentração fossem desativados e matança de judeus fosse suspensa. Eichmann declarou no seu julgamento em Jerusalém, que não obedeceu a ordem do seu superior, pois sabia que a mesma iria contra as decisões do Führer, e “as palavras do Führer tinham força de lei”, não precisando se quer serem escritas²².

Desta forma, é possível dizer, que para Eichmann, assim como exemplo de toda uma nação que seguiu a ideologia nazista, as palavras de Hitler eram fonte de normas jurídicas legais e legítimas, que não precisavam de referendun ou análise de ninguém.

Foram seguindo as ordens de Hitler, que os nazistas cometeram os crimes mais bárbaries da historia da humanidade, crimes sem precedentes, em um flagrante ataque a status humano da diversidade²³. Acredita-se que os nazistas e seus aliados massacraram mais de 4,8 milhões de judeus²⁴, crimes que a corte de Jerusalém não soube interpretar, entender²⁵ e que resultaram em uma sentença decepcionante²⁶ nas palavras de Hannah Arendt.

²¹ ARENDT, Hannah. *Ibidem*, p. 153.

²² ARENDT, Hannah. *Ibidem*, p. 164-165.

²³ RIBAS, Christina Miranda. *Ibidem*, p. 35.

²⁴ HERZIG, Steve. A “*Solução Final*” – *Nunca mais*. Disponível em <www.beth-shalom.com.br/artigos/solucaofinal.shtml> Acesso em 03 junho 2007.

²⁵ ARENDT, Hannah. *Ibidem*, p. 297.

²⁶ Em carta enviada para Karl Jaspers, datada de 30 de Dezembro de 1961, citada por RIBAS, Christina Miranda. *Ibidem*, p. 123, Hannah Arendt acredita que o veredicto da corte de Jerusalém foi inteiramente decepcionante, explicando a autora, que Arendt apresenta o seu próprio veredicto do caso, não invocando nenhuma lei, nenhum precedente, nem principio ou conceito jurídico. O veredicto de Arendt seria baseado em termos de senso comum, buscando um critério de comunicabilidade e levando claramente em conta a pluralidade humana.

Por mais monstruosos ou bárbaros que fossem seus atos, Arendt afirma que os autores destes não eram nem monstros, nem demônios²⁷, mas eram pessoas caracterizadas por uma “curiosa e bastante autêntica incapacidade para pensar”²⁸. Ela não acredita que a capacidade de pensar esteja ligada a inteligência ou não da pessoa. Para Arendt a capacidade de distinguir o certo do errado tem alguma relação com a habilidade humana para pensar, sendo possível exigir de toda pessoa sã, inteligente ou ignorante, a realização desta capacidade. O mais assustador então era que não era necessário possuir um “coração perverso” para fazer o mal, pessoas normais, que não parassem para pensar ou julgar suas ações podiam cometer os crimes mais assombrosos da história da humanidade.

É singular o pensamento de Hannah Arendt, quando da análise da conduta de Eichmann e de outros nazistas em relação ao direito. Quando alguns destes afirmaram que estavam cumprindo ordens do Führer e que por isto não poderiam ser punidos, que a ação deles estava dentro da legalidade, ela trás um contorno que nem mesmo o Tribunal de Nuremberg ou de Jerusalém conseguiu entender. Para ela, foi a própria obediência a lei que tornou os nazistas criminosos²⁹, e talvez mais importante que isto, eles não souberam diferenciar o certo do errado. Foi a falta desta faculdade que os levou a seguir as regras de Hitler, e esta é a causa pelos quais eles se tornaram responsáveis e deveriam ser julgados.

Arendt acreditava que os seres humanos “sejam capazes de diferenciar o certo do errado mesmo quando tudo o que têm para guia-los seja seu próprio juízo³⁰”. Daí a importância do pensamento: mesmo quando se cumpre a lei, mesmo quando se age na aparente legalidade, é necessário parar para pensar, é necessária a reflexão, para perceber se o direito positivo, a lei, ou a sua aplicação está buscando o fim da justiça. Mesmo quando se cumpre a lei é importante se pensar sobre o certo e o errado. O ser humano não pode perder a sua faculdade de pensar e conseqüente de julgar. Para Arendt este é o ponto central das ações criminosas efetuadas pelos nazistas. Eles não eram monstros, como se esperava que Eichmann fosse, eles apenas não refletiam sobre suas

²⁷ ARENDT, Hannah *A dignidade da política*. Tradução de Helena Martins e outros. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 2002, p. 145.

²⁸ ARENDT, Hannah. *Ibidem*, p. 145.

²⁹ ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. Tradução de José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 167.

³⁰ ARENDT, Hannah. *Ibidem*, p. 318.

ações, agiam de acordo com a lei, que eles acreditavam que se era justa, pois não exercitavam o julgar sobre ela.

O direito deve ser instrumento de realização da justiça e todos seres humanos nas suas condições normais de lucidez sabem distinguir o certo do errado. Um ladrão sabe que o que ele faz é errado, mesmo que aja assim por milênios. Todos têm esta capacidade. Mas quando o direito positivo é elaborado na antítese da justiça, na linha do torto, é daí que os cidadãos devem se levantar contra o direito, pois ele deve servir para algo muito mais valioso e raro para a sociedade que é a justiça.

2.4 A legitimidade do Direito e o pensamento nazista

A aceitação das palavras do Führer como as leis supremas da Alemanha nazista são fatos demonstrados pelos depoimentos de Hannah Arendt no julgamento de Eichmann e juridicamente fundamentados por diversas teorias da época, entre uma delas, a enunciada aqui de Carl Schmitt.

Os nazistas cumpriam as ordens do Führer em um algo grau de fidelidade e consentimento. Percebe-se que não havia preocupação dos então seguidores do nazismo, com o conteúdo das normas, por mais assombrosas que elas poderiam ser, era necessário cumprir as leis que vinham do soberano. Esta aceitação cega e inquestionável das normas demonstra uma flagrante deficiência na capacidade de pensar e julgar das pessoas. Poderia-se dizer que os mesmos eram tutelados por Führer, em uma flagrante situação de menoridade.

Para Kant o primeiro elemento necessário para a busca do esclarecimento é a liberdade³¹. O cidadão livre pode fazer o uso público da razão, discutir com seus iguais e encontrar o conhecimento tão necessário para a fuga da menoridade³². A liberdade é então elemento essencial para o encontro do esclarecimento. Assim, apenas o homem com liberdade de pensar, com liberdade para ter acesso ao conhecimento pode libertar-se da menoridade e encontrar o esclarecimento.

O esclarecimento, como uma forma de sair da menoridade, também é um processo de transformação do homem tutelado em homem esclarecido. E é através do

³¹ KANT, Imanuel. *Textos Seletos*. 2ª ed. Tradução de Floriano de Souza Fernandes. Petrópolis: Vozes, 1985, 104.

³² KANT, Imanuel, *Ibidem*, p. 104.

uso público da razão, deste instrumento de diálogo entre os homens, que o ser humano consegue, através da vivência com os outros homens emancipar-se, e buscar o esclarecimento. Esclarecimento é então, o ideal emancipatório da razão humana, ele dá condições para homem conseguir emancipar-se dos tutores e sair da condição de menoridade.

No mundo contemporâneo homem tutelado é aquele submisso e vítima dos sistemas, os quais determinam o que o mesmo deve consumir, o que ele deve fazer, como o mesmo deve ser portar. São estes sistemas que determinam o “certo” e o “errado”. O homem esclarecido emerge deste mar de lama e decide por ele próprio o que ele quer para si, o homem esclarecido, sabe distinguir o que para ele é certo e o que para ele é errado.

Para Kant o homem não pode renunciar ao esclarecimento, pois este é um direito sagrado da humanidade, não podendo nem mesmo um governante decidir sobre o esclarecimento de seu povo³³. Lembre-se ainda que o governante deve ser fonte para a busca do esclarecimento, como “vontade de todo o povo”, de modo que o governante não pode retirar do povo um direito sagrado, o direito de escolher o seu próprio destino³⁴.

A rejeição do esclarecimento por parte do governo ao povo, a rejeição deste ideal emancipatório, leva a uma crise na educação³⁵, onde o não pensar passa a fazer parte de uma política governamental. Daí a importância do esclarecimento, do pensamento emancipatório, também como uma forma de liberdade (e também) de educação.

Apenas um Estado com cidadãos esclarecidos pode encontrar uma teoria para a legitimidade do direito.

O totalitarismo tem como uma das suas principais características a invasão da vida privada e pública do cidadão. Ele impede o uso público da razão do cidadão e elimina a liberdade do mesmo. Aquele que se manifesta contra o governo totalitário é inimigo do Estado e deve ser eliminado. No totalitarismo não há respeito às opiniões divergentes, sendo seu maior inimigo, a discussão, a liberdade de pensar e agir.

³³ KANT, Imanuel, *Ibidem*, p. 110.

³⁴ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 9ª ed. Tradução de Regina Lyra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 100.

³⁵ OLIVEIRA, Avelino da Rosa Oliveira, OLIVEIRA, Juliana Damasceno de. *Educação na crise da racionalidade*. Pelotas: disponível no site <www.propesq.ufrgs.br> e no site <<http://www.forumpaulofreire.com.br>> na data de 24 de fevereiro de 2006, p. 07.

Daí pode-se questionar se as leis nazistas eram legítimas. Elas eram aceitas e incontestadas naquele Estado. Porém, não existia no Estado totalitário condições para que os cidadãos pudessem questionar as leis, não havia liberdade de participação ou discussão e o totalitarismo impunha aos cidadãos que não se opusessem uma condição de menoridade que refletiria nas suas capacidades de pensar ou julgar.

Usada, na Idade Média, como conceito jurídico para defesa das tiranias³⁶, o conceito de legitimidade, no início do Estado Moderno, com a ascensão da burguesia, passa por uma transformação, onde se questiona a legitimidade real, divina e a mesma para ser reivindicada pelo povo em um visão democrática do direito³⁷. O poder pertence ao povo e não mais ao monarca que está no governo do Estado. Interessante é a visão de Max Weber sobre a legitimidade do direito. Weber acredita que a legitimidade do direito está relacionada com a fé da legalidade do mesmo, estando a legitimidade ligada à instituição de poder formal e a eficácia deste ordenamento, ou seja, a legitimidade é construída através da legalidade, na sua crença e na sua validade social³⁸. Para Weber não importa a participação popular na elaboração da norma, ou até o mesmo o conteúdo dela. Importa que ela advenha de um poder legal e seja eficaz. Por este ponto de vista, o direito nazista era legal: adivinha do governo legalmente constituído e tinha eficácia social indiscutivelmente. Mas como foi justamente este direito legal (e legítimo?) que tornou os nazistas criminosos, não é possível aceitar uma teoria de legitimação do direito que viabilize, mais uma vez, a barbárie, é necessário que o povo seja responsável pelo direito, é necessário que o povo e legitime.

Desta forma os conceitos atuais de legitimidade do ordenamento jurídico vêm das teorias políticas contrárias ao poder absoluto do Estado, podendo-se dizer que é a legitimidade que deve construir um ordenamento jurídico democrático, através do poder da sociedade, sempre se pautando em um respeito, em uma autoridade, que se chama Estado³⁹. Veja-se assim, que a atuação do Estado é pautada na autoridade, no respeito a sua construção, todavia, este deve ser legitimado, assim como o ordenamento jurídico, pela sociedade. Assim é necessária a distinção dos conceitos de legalidade e

³⁶ LUHMAN, Niklas. *Legitimação pelo Procedimento*. Tradução de Maria da Conceição Corte-Real. Brasília: UNB, 1980, p. 29.

³⁷ ARROYO, Juan Carlos Velasco. *La Teoría Discursiva del Derecho: sistema jurídico y democracia en Habermas*. Madri: Boletín oficial del Estado y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, p. 143.

³⁸ GÓMEZ, Enrique Serrano. *Legitimación y Racionalización*. Barcelona: Anthropos, 1994.

³⁹ ARROYO, Juan Carlos Velasco. *Ibidem*, p. 143-144.

legitimidade, distinção esta, que foi desenvolvida somente na França do século XVIII, com as discussões políticas, pós-revolucionárias, onde esta diferenciação ganhou importância e tornou-se clara⁴⁰.

Ou seja, na Alemanha nazista do período anterior a Segunda Grande Guerra, já existia a noção para se diferenciar os diversos conceitos de legitimidade do direito. Pode-se dizer que o direito nazista era legítimo⁴¹ por que advinha do “soberano”, como demonstram as teorias de Schmitt acima ou até mesmo de Max Weber, ou pode-se dizer que ele era ilegítimo, pois não advinha da sociedade e sim do Führer.

Percebe-se daí dois elementos que se fizesse possível para que este direito, sem legitimidade, no sentido da ausência da participação da sociedade na sua elaboração, fosse fielmente cumprido e executado seja qual fosse o seu conteúdo. Primeiro a gigantesca força do Estado totalitário Alemão que exterminava a liberdade dos cidadãos contrários ao regime, impossibilitando ou tornado ínfima a propagação de idéias contrárias ao nazismo e as perseguições violentas aqueles que o tentavam.

Segundo a incapacidade destes agentes do nazismo, de refletirem sobre seus atos e sobre as normas que estavam cumprindo. Estes “tutelados de Hitler” não questionavam suas ordens, apenas as cumpriam cegamente. Tais cidadãos, assim como Eichmann, tinham sim a capacidade de distinguir o certo do errado, mas não o fizeram e este foi o motivo pelos quais os mesmos deveriam ser condenados. Como Arendt demonstrou em seu livro, resistir era possível, era possível não aderir ao nazismo e não compactuar com suas ações. Provavelmente aqueles que não aderiram ao regime, ou se recusaram a praticar determinados atos de barbárie, tenham utilizado a capacidade de julgar, e mesmo tendo suas vozes suprimidas ou tornadas inauditas pelo Estado totalitário não se subjugaram, saíram da menoridade ao não-agir. Foi a não-ação, a não participação, a recusa de participar do regime ou das barbáries a demonstração do agir certo, mesmo que este certo fosse contrário a lei, ao direito positivo. Arendt demonstra muito bem isto ao descrever que no Terceiro Reich “o Mal perderá a qualidade pela qual a maior parte das pessoas o reconhecem – a qualidade da tentação”, as pessoas

⁴⁰ WOLKMER, Antônio Carlos. Pressupostos de Legitimação para se pensar a Justiça e o Pluralismo no Direito *in* MERLE e Jean-Christophe, MOREIRA, Luiz (Org.). *Direito e Legitimidade*. São Paulo: Landy, 2003, p. 417.

⁴¹ Hans Kelsen, perseguido pelo nazismo e exilado nos Estados Unidos reconheceu, que por mais injusto e imoral que se considerasse o direito nazista era válido e legítimo, na sua teorização. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Por que ler Kelsen, hoje *in* COELHO, Fábio Ulhoa. *Para entender Kelsen*. 4ª ed. São Paulo, Saraiva, 2007, p. XVII.

eram tentadas a não praticar o mal, eram tentadas a não matar, a não deixar seus vizinhos partirem para a destruição⁴². Como o mal era o lícito, a tentação era cometer o ilícito, era usar a faculdade de julgar, o esclarecimento e se insurgir contra a lei, contra o Estado, para fazer o certo.

2.5 É possível distinguir o certo do errado?

Eichmann declarou em seu julgamento que “tinha vivido toda a sua vida de acordo com a definição kantiana do dever”, que seus atos eram de um cidadão respeitador das leis, e que ele cumpria o seu dever, obedecia a lei⁴³.

Sim, sem dúvida Eichmann era um cidadão cumpridor das leis e das normas. Mas o motivo que o levou a condenação não foi a ilegalidade das suas ações, mas a legalidade. A própria lei tornou Eichmann um criminoso. Mas como?

As leis nazistas violavam princípios básicos da humanidade, já descritos por Kant mais de 100 anos antes. Para Kant os seres racionais, que ele chama de pessoas, devem ser tratados como um fim em si mesmo⁴⁴, ou seja, os homens, a humanidade deve ser tratada não como meio para chegar-se a determinado fim, mas como o próprio fim.

O primeiro crime das ações legais de Eichmann, por mais contraditória que possa parecer esta frase, era este: tratar as vítimas do nazismo, as pessoas, como instrumento, como meios para alcançar os vergonhosos fins do Führer.

A razão é inerente a todos os seres humanos em condições normais de saúde mental. É através da razão que se pode distinguir o certo do errado. E é através da razão que Kant formula o imperativo categórico: “age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal”⁴⁵. Devendo o homem agir de tal forma que a sua ação possa servir de exemplo para toda humanidade de uma forma que ela possa se tornar uma lei universal. Este foi o segundo crime de Eichmann. As leis nazistas jamais poderiam se tornar universais visto que as mesmas postulavam

⁴² ARENDT, Hannah. *Ibidem*, p. 167.

⁴³ ARENDT, Hannah. *Ibidem*, p. 152-153.

⁴⁴ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1960, p. 68.

⁴⁵ KANT, Immanuel. *Ibidem*, p. 59.

ações, que sem dúvida fundamentariam a destruição de toda humanidade, ou como quer Arendt, destruíram uma das características da condição humana, a diversidade.

Uma lei que prescreve o extermínio da humanidade, não é uma lei que pode ser universalizada, não é uma lei coberta pela razão. Kant entende isto ao formular o imperativo prático: “age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca como simplesmente meio”⁴⁶.

Daí a importância do cidadão ser ao mesmo tempo cumpridor e elaborador da lei, coisa que o totalitarismo não permite. Quando o cidadão é elaborador da lei, ele a legitima e a cumpre por dever, pois estaria negando a si mesmo, se desrespeitasse a lei que ele mesmo criou.

Arendt acredita que a capacidade de pensar é inerente a todos os seres humanos⁴⁷, assim pode-se exigir de todo homem, que utilize esta capacidade, para julgar o certo e o errado, mesmo que muitas vezes este julgamento tenha que ser feito sem o apoio do direito positivo ou fosse oposto a opinião de todos ao seu redor. Isto ocorreu na Alemanha nazista, segundo Arendt, onde alguns poucos foram capazes de diferenciar o certo do errado, baseando-se apenas em seus julgamentos, pois se decidiu sem nenhuma regra⁴⁸. Para julgar sem o apoio de uma regra geral, é preciso pensar por si mesmo, colocar-se no lugar dos outros, realizando esta faculdade como um membro da comunidade⁴⁹. Para Arendt é comum as pessoas se acostumarem as jamais decidir por si próprios⁵⁰, é comum as pessoas deixarem de pensar, de julgar, e serem tuteladas pelas leis ou pelo Estado. É mais fácil e, porém, mais perigoso apenas aceitar as normas estatais, sem questionar o seu conteúdo ou sem discutir a sua elaboração. Mas a experiência do totalitarismo demonstrou tão quanto pode ser destrutivo para toda a humanidade a elaboração de um direito sem a participação da sociedade, sem a liberdade de expressão.

Em diversos momentos da história a lei não foi útil para o cumprimento da justiça. Por isto é necessário o pensar e o julgar sobre as normas. Por isto é necessário que a sociedade tenha liberdade e condições de participar da elaboração e da discussão

⁴⁶ KANT, Immanuel. *Ibidem*, p. 69.

⁴⁷ ARENDT, Hannah *A dignidade da política*. Tradução de Helena Martins e outros. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 2002, p. 151.

⁴⁸ Citada por RIBAS, Christina Miranda. *Ibidem*, p. 153.

⁴⁹ RIBAS, Christina Miranda. *Ibidem*, p. 159.

⁵⁰ ARENDT, Hannah. *Ibidem*, p. 159.

da lei, para que a cegueira do poder não contamine todos que deste imaginam serem os donos.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Mesmo nos tempos mais sombrios, mesmo na época mais penúria da história o homem não pode perder a capacidade de pensar, de julgar sobre o certo e o errado.

O direito positivo deve ser instrumento de justiça sempre. E quando estes estão em conflito, deve prevalecer a justiça. Questiona-se se o direito nazista era um direito legítimo: era um direito imposto por um Estado totalitário e cumprido fielmente. Cumprido basicamente por dois motivos: pela imposição da força estatal e pela incapacidade de julgar de muitos dos seus adeptos. Claro, que, estes dois motivos em muitas vezes se relacionam e se misturam, em muitos momentos da história nazista e da humanidade, fica difícil separá-los claramente. A própria atuação do Estado Totalitário, sem dúvida, influi na capacidade de julgar e de pensar das pessoas, mas mesmo nestas condições, o cidadão deve buscar o esclarecimento, pois como a experiência nazista já demonstrou, a incapacidade de pensar e julgar pode levar os homens de bom coração a cometerem os crimes mais bárbaros da história da humanidade.

A legitimidade do ordenamento jurídico, deve nascer à partir do exercício do princípio democrático, princípio no qual todos cidadãos podem participar da discussão e da criação das normas. É a partir do direito de participação política que as formas de captação da opinião e vontade pública devem surgir. É através da forma comunicativa que esta opinião deve ser resgatada, com a realização do princípio do discurso, ocorrido na sociedade, que vão surgir às normas legítimas, é do discurso que nasce o consenso para legitimar as normas.⁵¹ A aceitação do cidadão que cumpre a norma que ele mesmo consentiu, que ele mesmo elaborou é afirmação da sua liberdade e concretização da legitimidade da mesma. É preciso a participação da sociedade na elaboração das normas, e o reconhecimento da sociedade com estas, para que o direito positivo seja o desejo da sociedade e não manobras na mão de oligarquias que dominam o cenário político nacional.

⁵¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. 2ª ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 191.

O mundo jamais tinha visto um fenômeno como aquele que ocorreu na Alemanha nazista durante a Segunda Grande Guerra. Hoje é fácil olhar para o passado e assistir o erro dos outros. Mas qual seria a posição da humanidade na atualidade? O que as próximas gerações dirão dos nossos atos. Por isto a importância do parar para pensar, para refletir e julgar. Para que os erros do passado não sejam repetidos, nem superados pelos seus próprios críticos do futuro.

REFERÊNCIAS

ARENDDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. Tradução de José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

_____. *A dignidade da política*. Tradução de Helena Martins e outros. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 2002.

ARROYO, Juan Carlos Velasco. *La Teoría Discursiva del Derecho: sistema jurídico y democracia en Habermas*. Madri: Boletín oficial del Estado y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 9ª ed. Tradução de Regina Lyra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Por que ler Kelsen, hoje in COELHO, Fábio Ulhoa. *Para entender Kelsen*. 4ª ed. São Paulo, Saraiva, 2007.

FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: De la Antigüedad a nuestros días*. Traducción de Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2001.

GÓMEZ, Enrique Serrano. *Legitimación y Racionalización*. Barcelona: Anthropos, 1994.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. 2ª ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HERZIG, Steve. A “*Solução Final*” – *Nunca mais*. Disponível em <www.bethshalom.com.br/artigos/solucaofinal.shtml> Acesso em 03 junho 2007.

KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2003.

_____. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1960.

_____. *Textos Seletos*. 2ª ed. Tradução de Floriano de Souza Fernandes. Petrópolis: Vozes, 1985.

LUHMAN, Niklas. *Legitimação pelo Procedimento*. Tradução de Maria da Conceição Corte-Real. Brasília: UNB, 1980.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Carl Schmitt e a fundamentação do direito*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

OLIVEIRA, Avelino da Rosa Oliveira, OLIVEIRA, Juliana Damasceno de. *Educação na crise da racionalidade*. Disponível no site <www.propesq.ufrgs.br> e no site <<http://www.forumpaulofreire.com.br>> na data de 24 de fevereiro de 2006.

RIBAS, Christina Miranda. *Justiça em tempos sombrios: a justiça no pensamento de Hannah Arendt*. Ponta Grossa: Editora UEPG, 2005.

SCHMITT, Carl. O Führer protege o direito *in* MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Carl Schmitt e a fundamentação do direito*. Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2001.

_____. Sobre os três tipos do pensamento jurídico *in* MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Carl Schmitt e a fundamentação do direito*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

WOLKMER, Antônio Carlos. Pressupostos de Legitimação para se pensar a Justiça e o Pluralismo no Direito *in* MERLE e Jean-Christophe, MOREIRA, Luiz (Org.). *Direito e Legitimidade*. São Paulo: Landy, 2003.