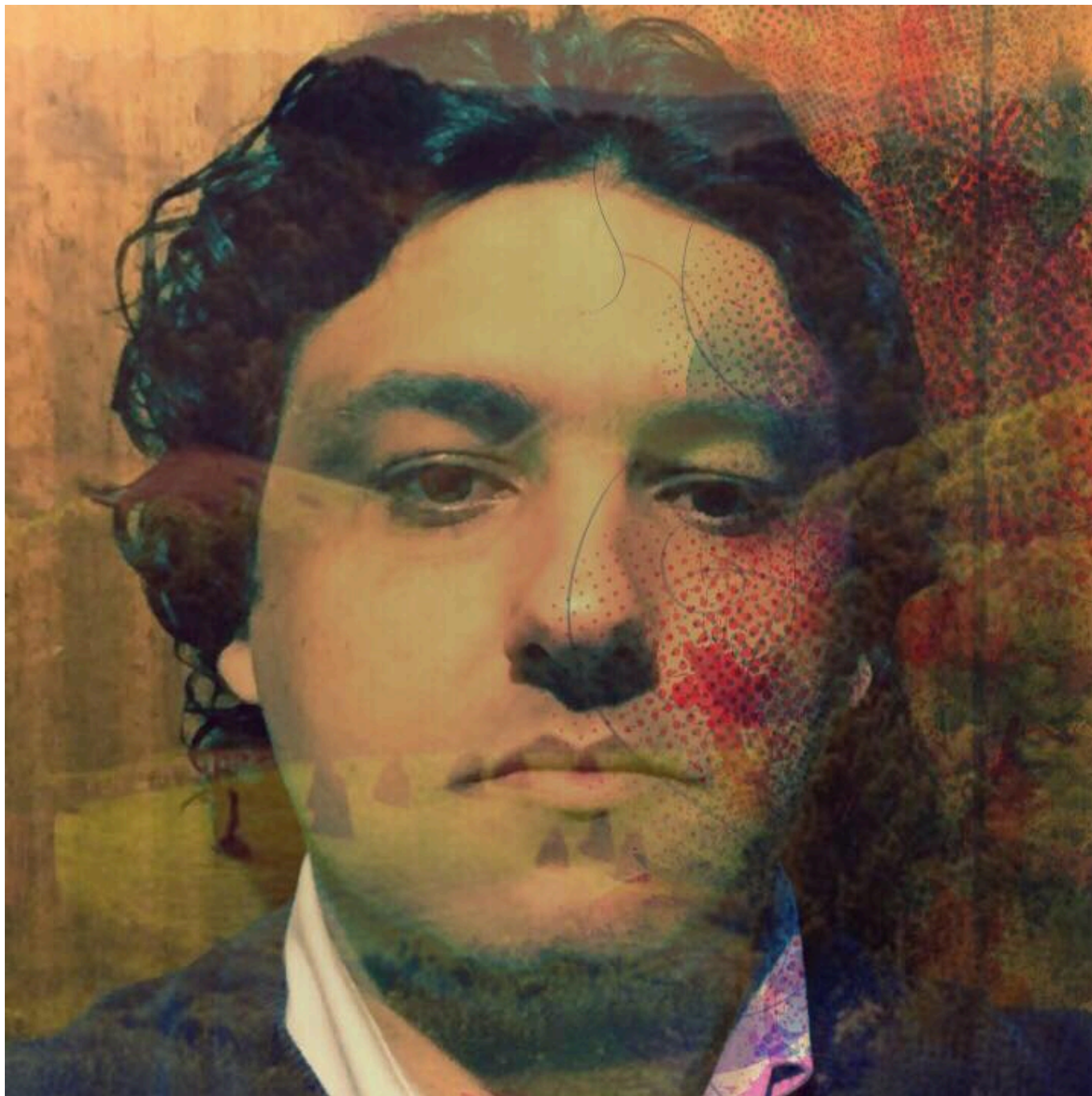


Direito | Vae Victis ou A Justiça dos Vencedores (sobre a causa penal 40/61)

por Hélder Filipe Azevedo | 03/12/2017



“Cada ser humano é uma pequena sociedade”

Novalis (1798)

Um dos expoentes máximos do surrealismo português, Mário Cesariny, escreveu aquele que será, porventura, o poema mais belo da língua portuguesa da segunda metade do século XX. O poema chama-se *You are welcome to Elsinore*. Fala-nos daquilo que existe entre nós e o mundo, esse espaço que vai desde o meu pensamento, a minha linguagem, e o mundo, uma *res extensa* cartesiana, o lugar dos múltiplos e variados acontecimentos, mas também um espaço de silêncios, omissões e ocultamentos, onde se passam coisas. O poeta alerta o leitor para o seu dever de vigilância, de cautela e a obrigação de falar contra as injustiças que passam, a todo o momento, por nós. O título do poema está escrito em inglês por um evidente motivo referencial: Shakespeare, o poeta que escreveu uma tragédia em Elsinore, o *Hamlet*. Então, se somos bem-vindos a Elsinore, o que será Elsinore? No castelo de Elsinore, no reino da Dinamarca, dá-se uma infame tragédia. A inveja, a sede de poder, a instigação ao assassinato, um fratricídio, a traição, o incesto, a loucura e a vingança são alguns ingredientes deste *opus magnum* da cultura literária ocidental. É um mundo de iniquidade e injustiça onde parece não bastar a *via vindicta*, como a páginas tantas se interroga um personagem: “Quando é que o que sofre pode procurar a sua quietude só com um punhal?”. Procura-se descer até à raiz do mal e depois impor a partir daí um império de punição e justiça. Aliás, o mal – o radical ou o banal – é sempre condição *sine qua non* da justiça, está sempre presente, enquanto pressuposto – a justiça é sempre chamada a atuar quando há um dano, e um dano é sempre um mal – e enquanto finalidade – ou seja, a justiça visa reparar um mal sofrido, punir por um mal cometido, ou prevenir que o mal ocorra novamente.

No poema, Cesariny fala-nos dessa longa muralha que habitamos, onde há palavras de vida e há palavras de morte. Interessam-me aqui, então, neste discurso com o leitor, as palavras de morte. Aqueles delitos ou comportamentos que, de alguma forma, causaram, causam ou causariam um certo dano e que, ainda que sustentados numa qualquer razão pura ou prática, contrariam a própria ideia de “humanidade”, “humanitarismo” e de “Direitos Humanos”.

Antes de falar do caso penal em concreto, que pretendo aqui expor para reflexão, é importante interrogarmo-nos sobre o que será uma coisa justa ou, se quiserem, o que será uma injustiça. Penso que toda a gente já viveu, em algum momento da sua vida, uma situação que identificou como justa ou injusta. Mas como definir o conceito? O jurisconsulto romano Ulpiano foi, porventura, um dos primeiros homens do direito a refletir e a definir sistematicamente o conceito de justiça. Diz-nos Ulpiano, no século II d.C., que a justiça é essa constante e perpétua vontade de atribuir a cada um o seu direito (*Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*). A justiça é então concebida como atributiva ou restitutiva. Mas é também o fundamento e a razão de ser do direito, ou seja, do reconhecimento e execução da atribuição e da restituição. Todo o direito ocidental construiu-se a partir desta ideia romana de justiça, e isto é importante porque a medida do justo ou do injusto passou então a ser aferida a partir sempre dos três preceitos ou mandamentos de Ulpiano: um homem foge ao poder coativo do direito se, viver honestamente (*honeste vivere*), não prejudicar os outros (*alterum non laedere*) e se der a cada um o que é seu (*suum cuique tribuere*). Toda a ideia de direito ou justiça ocidental evoluiu a partir deste *substratum* ético-filosófico que fundamentou, e ainda fundamenta, um certo jusnaturalismo. É evidente que hoje existirão tantos conceitos de justiça quantas pessoas o queiram definir. Nesse sentido, melhor do que tentarmos aqui definir o conceito de justiça, que é indefinível porque é permanentemente mutável, é aplicar-lhe um método descritivo. Aplicando-lhe o método genealógico podemos intuir o que é a justiça, aplicando-lhe um método descritivo podemos aferir ou objetivar a justiça ou a injustiça. Dentro deste modelo, existem injustiças que são passíveis de censura e existem injustiças que não são passíveis de censura. Dentro das injustiças passíveis de censura, existem umas que requerem apenas uma censura moral, outras uma

censura social, e outras ainda, as mais graves, uma censura jurídico-penal. Para a tutela do direito criminal interessam fundamentalmente esses comportamentos que ofendem os valores ético-sociais mais relevantes de uma comunidade. E quando falamos desses valores ou bens jurídicos, convém referir que a “dignidade da pessoa humana” é o substrato de todos eles.

Esta pequena abordagem à ideia de justiça pretende reforçar a seguinte condição fundamental de aplicabilidade do direito penal: julgar alguém criminalmente só é legítimo se o comportamento do réu for passível de ser considerado ilegal ou, sendo considerado legal, seja injusto à luz dos princípios gerais do direito reconhecidos pelos povos civilizados, à luz da ideia de dignidade e dos direitos que decorrem daí.

Assim, coloca-se a pergunta: se o princípio estrutural do direito penal ocidental é o princípio “*nullum crimen sine lege*” – não há crime sem lei anterior que defina aquele comportamento como tal – como justificar aqueles comportamentos impostos pela lei mas que ofendem valores fundamentais, não daquela comunidade específica, mas da generalidade da comunidade internacional, ou ainda, ações ofensivas apenas reconhecíveis num tempo posterior?

Entre o ocaso da primeira e o dealbar da segunda metade do século XX aconteceram três julgamentos históricos para o direito penal internacional – Nuremberga, Tóquio e Jerusalém – que exemplificaram bem a dificuldade de definir justiça e distingui-la da vingança dos vencedores. Um ato de vingança pode perfeitamente ser legítimo, o que, a meu ver, não pode é travestir-se de justiça, porque isso mesmo seria corromper ou adulterar a ideia de justiça. Claro que a justiça é sempre uma determinada justiça, executada por um determinado julgador – e nos casos de julgamentos históricos é sempre a justiça do vencedor –, e, além do mais, é uma justiça para produzir efeitos em alguém – que pode muito bem ser o delinquente, o derrotado, o infeliz, o mais fraco, o inimigo, o bode expiatório ou o outro, simplesmente, mas deve sempre obedecer a regras, processos e procedimentos claros e precisos, preferencialmente previamente tipificados.

Em Nuremberga julgou-se todo um Estado, a Alemanha de Hitler. Políticos, militares, juristas, médicos, intelectuais e empresas, sentaram-se no banco dos réus. Aí foram criadas as bases jurídicas do moderno direito penal internacional. Pela primeira vez, a soberania dos Estados, que servia para legitimar e absolver comportamentos criminosos, cedeu perante a emergência de dois novos e graves crimes: o genocídio e os crimes contra a humanidade. Em Tóquio também um Estado, o Japão, foi submetido a julgamento por crimes de guerra. Em Jerusalém, pelo contrário, apenas um réu, um homem só, que simbolizava toda uma máquina de produzir morte, considerado o carrasco de todo um povo, o judeu, foi julgado num tribunal de exceção, em direto para todo o mundo. Esse homem chamava-se Karl Adolf Eichmann, e o seu processo ficou registado como *Causa Penal 40/61*.

Eichmann foi um burocrata nazi, um homem vulgar, comum, que exercia funções e obedecia a ordens. É provável que nunca tenha cometido, com as suas próprias mãos, qualquer assassinato. Reinhard Heydrich foi o teórico da chamada *Solução Final*, o holocausto dos judeus europeus; Eichmann, era o responsável pelos serviços de transporte dos judeus para os campos de concentração.

Durante o interrogatório e o processo que se seguiu, em Israel, o criminoso de guerra reivindicava-se não apenas como nietzscheano, mas igualmente, e para espanto geral, como kantiano. Afirmava ter vivido toda a sua existência sob o signo de Kant. Quis viver debaixo do império do imperativo categórico. Disse Eichmann: “Eu

queria dizer, com respeito a Kant, que o princípio da minha vontade sempre deve ser tal que possa chegar a ser o princípio de leis gerais”.

Eichmann não deixará de clamar que a única coisa que fez foi cumprir o seu juramento nacional-socialista, executando sem discutir as ordens emanadas dos seus superiores. Portanto, obedeceu à lei, porque era a lei, por amor à sua forma, independentemente do conteúdo e ainda que tal conteúdo fosse mandar para a morte milhões de pessoas. Kantiano até ao fim, tinha efetivamente considerado que, obrigado pela promessa do seu juramento, comprometido a obedecer às leis do seu país, independentemente de qual tenha sido a génese do regime – legal ou ilegal, e, queiramos ou não, devemos recordar que a soberania nacional-socialista procedia do povo e de uma eleição democrática – imbuído na sua condição de funcionário que só tem deveres e nenhum direito, tinha cumprido com o seu dever, o seu dever nazi.

É importante dizer que, para Kant, o que não existe pela lei, para a lei e na lei, sinceramente não existe em absoluto. Como defende Michel Onfray, para Kant o real é uma ficção. A ideia? A única realidade. Fora do direito não há nada.

Para um Eichmann kantiano, um funcionário é um titular de um cargo civil que, na sua condição como tal, não tem direito a raciocinar. O funcionário não tem direito a desobedecer a uma ordem. Tem o poder de pensar o que quiser, é verdade, mas sempre no marco do seu foro interno. Em caso de abuso – ainda que abuso insuportável (perseguição dos judeus, deportação e extermínio), não tem o direito de rebelar-se, mas deve esperar que a desejada mudança se produza mediante a reforma proposta pelo soberano (no caso seria Hitler). A obediência a um soberano é um imperativo, precisamente porque o soberano é escravo, por sua vez, de uma ideia, que pode ser a *justiça*, a *constituição* ou o *povo*. O juramento permite “domesticar” a consciência.

Eichmann considerava ainda que a Alemanha nazi tinha legitimidade internacional, porque, como precisou, todos os países cultos do planeta dispunham de representação diplomática nas cidades do Reich. Como poderia então, diz Eichmann, um mero funcionário mudar o rumo da história, quando o seu povo inteiro e os demais povos legitimavam aquele homem e a sua política? Se se tivesse rebelado teria, certamente, de comparecer num conselho de guerra e teria sido fuzilado.

Quanto aos crimes de que era acusado, Eichmann alegou ser responsável mas não culpado. O seu trabalho de organizador dos comboios que conduziram milhares de pessoas para a morte, foi um trabalho que não havido decidido, escolhido ou mesmo querido.

Claro está que o leitor, como eu, depois de escutar ou ler a argumentação de Adolf Eichmann, percebe o logro onde nos quer fazer chegar. Pretende que olhemos para ele como um autómato, um ser artificial e meramente instrumental. Esqueceu-se Eichmann que a condição humana pressupõe o direito e o dever de desobedecer (ao arbítrio), de negar-se (à injustiça), de resistir (à opressão), de rebelar-se (contra a iniquidade) e de, simplesmente, dizer não à lei. Existem sempre caminhos alternativos.

O que é interessante no caso exposto é que ele serve de referência para avaliarmos de que modo a justiça penal internacional é coerente. Claro que o processo de Jerusalém foi uma encenação. Não existiu sequer condições mínimas de imparcialidade no julgamento. Mas também é verdade que Eichmann foi bem punido. O ponto onde pretendo chegar é este: Eichmann foi punido num processo de vingança e isso foi perfeitamente legítimo. Na falta de direito aplicável ao caso, a vítima executou a sua *legittima vendetta*, e dessa forma fez-se direito com

novos contributos para a justiça.

Para finalizar quero deixar uma questão para reflexão: O que separa Adolf Eichmann de, por exemplo, Claude Eatherly? Provavelmente o leitor não sabe quem foi Claude Eatherly, mas eu digo-lhe. Claude Eatherly foi um dos dois pilotos do Enola Gay, que lançou a bomba atómica sobre Hiroshima. No seu regresso a casa, estes dois pilotos foram recebidos como heróis. Na verdade, e isso é que é preocupante, a única coisa que Eichmann teve foi azar, estava do lado dos perdedores e passou para a história como um criminoso de guerra. Outros passaram como heróis. Isto não é entendível, nem nunca o pode ser, como justiça. Este é, porventura, o maior desafio que se coloca, nestes tempos controversos, ao Direito Penal Internacional e o leitor, se for ler Cesariny, perceberá o papel fundamental que lhe cabe.

Pub