

**O JULGAMENTO DE EICHMANN COMO OBJETO DE ANÁLISE DA RELAÇÃO
ENTRE DIREITO E MORAL A PARTIR DO PENSAMENTO DE
HERBERT HART**

THE JUDGMENT OF EICHMANN AS AN OBJECT OF ANALYSIS OF THE
RELATIONSHIP BETWEEN RIGHT AND MORAL FROM THE THOUGHT OF
HERBERT HART

Vinícius Rafael Presente¹
Rodrigo Niesprodzinski Riquelme Macedo²
Fernando Gustavo Knoerr²

Resumo

O presente artigo busca analisar em que medida a dissociação, ou o afastamento, da moral e do direito podem legitimar o discurso de atrocidades (como o holocausto) enquanto legais e conforme o direito, em especial quanto aos argumentos de defesa utilizados por Adolf Eichmann em seu julgamento e a partir da relação entre direito e moral proposta por Hebert Hart em sua obra O Conceito de Direito. Para tanto se empreendeu uma revisão bibliográfica, tanto da obra mencionada de Hart, como do livro de Hannah Arendt que trata sobre o julgamento do oficial nazista. Conclui-se, ao final, que as iniquidades cometidas pelo regime nazista transcendem a iniquidade e não estão conforme a necessidade de adequação do direito à moral, como propõe Hart.

Palavras chave: Arendt; Eichmann; Banalidade do Mal; Moral.

Abstract

This article seeks to examine the extent to which the dissociation, or the removal of the moral and law can legitimise the speech of atrocities (such as the Holocaust) while legal and according to the law, in particular as regards the arguments of Defense used by Adolf Eichmann in your

¹ Mestrando em Direito pelo Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA, especialista em Direito Administrativo pelo Instituto Romeu Felipe Bacellar. Advogado em Curitiba/PR. E-mail: v.r.presente@gmail.com.

² Mestre em Direito Processual, Direitos Fundamentais e Cidadania pela Universidade Paranaense – UNIPAR.

³ Doutor em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná (2002). Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná (1998). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná (1993). Procurador Federal. Professor de Direito Administrativo da Escola da Magistratura do Paraná e da Fundação Escola do Ministério Público do Paraná / FEMPAR. É Professor Permanente do Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do UNICURITIBA. Realizou estágio Pós- Doutoral na Universidade de Coimbra, Portugal (2015-2016).

judgment and from the relationship between moral and law proposed by Herbert Hart in your work the concept of law. For both if undertook a literature review of both the work mentioned in Hart, as Hannah Arendt's book about the trial of the Nazi officer. Concluded at the end that the iniquities committed by the Nazi regime transcend the wickedness and are not as the need to adapt the right to moral, as proposed by Hart.

Key-words: Arendt; Eichmann; Banality of Evil; Morality.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como tema central a análise da relação entre o direito e a moral, tal como proposta por Herbert Hart em sua obra *O Conceito de Direito* e como estes conceitos foram tratados no julgamento de Eichmann, tal como nos apresenta Hannah Arendt em sua obra *Eichmann em Jerusalém*.

Adolf Eichmann, militar do regime nazista, foi julgado pela Corte Distrital de Jerusalém, no ano de 1961, após ter sido sequestrado por agentes israelenses em Buenos Aires, cidade em que vivia clandestinamente após ter fugido da Alemanha após o término da Segunda Guerra Mundial.

Contra Eichmann pendiam acusações de crime contra o povo judeu, crimes contra a humanidade e crimes de guerra, por ter sido o responsável por operacionalizar a chamada “solução final” do povo judeu. Seu “trabalho” consistia em administrar o envio regular de judeus para os campos de concentração do regime de Hitler.

A notoriedade dada ao julgamento se deve não só à ampla repercussão midiática que o fato por si só atraiu, afinal de contas o réu do processo era um oficial nazista de alta patente, envolvido nos atos que materializaram a ânsia do extermínio do povo judeu, contribuindo sobremaneira para o conjunto de práticas de extermínio que reunidas foram chamados de Holocausto. O julgamento também ganhou repercussão por ter sido acompanhado de perto pela filósofa política judia Hannah Arendt, como correspondente da revista *The New Yorker*.

Partindo das ponderações feitas por Hart, a respeito da relação entre o direito e a moral, e os fatos narrados por Hannah Arendt, em *Eichmann em Jerusalém*, o presente artigo busca responder ao problema de sobre em que medida a dissociação, ou o afastamento, da moral e do direito podem cobrir com o manto da legalidade e da conformação com o direito práticas atroz, como o Holocausto.

2. O JULGAMENTO DE EICHMANN E O RELATO DE HANNAH ARENDT

O julgamento do oficial da guarda pretoriana do regime nazista – a Schutzstaffel, ou SS, Adolf Eichmann, ganhou destaque não somente pelo fato de um militar nazista de alta patente (*Obersturmbannführer*, patente equivalente a tenente-coronel) e responsável por executar a chamada “solução final” para o “problema judeu”, ou pela ampla cobertura midiática ao julgamento (repórteres de todo o mundo foram convidados a assistir e noticiar o julgamento, recebendo do Estado de Israel cópia de documentos, das razões da acusação e da transcrição dos depoimentos), mas também pelo fato de o julgamento ter sido acompanhado por Hannah Arendt, já aquela época renomada filósofa política judia, radicada nos Estados Unidos.

Arendt propôs à revista *The New Yorker* ser sua repórter e elaborar uma reportagem especial a respeito do julgamento. Dado o renome da pensadora e o fato de ser judia e já ter abordado a questão do antissemitismo em obras anteriores, como em *As Origens do Totalitarismo*, o periódico americano aceitou a “oferta”, de modo que Arendt foi à Jerusalém para acompanhar o julgamento de Eichmann.

Com a derrota do regime nazista na Segunda Grande Guerra, muitos militares e autoridades do III Reich fugiram da Alemanha a fim de evitar serem capturados, mortos ou julgados pelos Aliados, Adolf Eichmann não foi uma exceção. Inicialmente Eichmann foi preso pelo exército dos Estados Unidos e posto em campo de prisioneiros, do qual conseguiu escapar, no ano de 1946. Após sua fuga das tropas americanas, evadiu-se da Europa e se instalou na Argentina, passando a viver clandestinamente sob o nome falso de Richard Klement (BREPOHL, 2013, p. 49).

Ainda que morando em um país distante da Alemanha e de Israel, Eichmann foi descoberto. Em um bairro do subúrbio de Buenos Aires, na noite de 11 de maio de 1960, foi capturado, pelo serviço de inteligência israelense, no ano de 1961, posto em um avião e levado para ser julgado perante a Corte Distrital de Jerusalém. O julgamento teve início no dia 11 de abril de 1961. Eichmann foi condenado à pena de morte, que foi executada no ano seguinte, 1962.

Contra Eichmann pendiam as acusações de crime contra o povo judeu, crimes contra a humanidade e crimes de guerra, que, segundo as disposições da Lei de Punição dos Nazistas e Colaboradores dos Nazistas, datada de 1950, estariam passíveis à pena de morte. O acusado rebatia as afirmações de que teria cometido assassinato afirmando serem falsas, pois nunca havia matado qualquer pessoa (judeu ou não).

Além disto, Eichmann se defendia de todas as imputações que lhe eram atribuídas afirmando que nenhuma das condutas ditas ilegais pela promotoria assim o eram. Afirmava, ao rebater as acusações, que tudo o que havia praticado estava conforme o direito e a legislação alemã vigente à época dos fatos. Dizia também que suas condutas eram atos de Estado e não poderiam ser julgados por outro Estado (ARENDDT, 1999, p, 33).

De fato, algumas questões técnico-jurídicas foram levantadas pela defesa, como preliminares ao julgamento de Eichmann e diziam respeito a retroatividade da lei que tipificava as condutas de que era acusado, a competência do órgão jurisdicional para conhecer e julgar da matéria e a identificação das vítimas (povo judeu e não humanidade), sobre este particular, assim registra Hannah Arendt:

As objeções levantadas contra o julgamento de Eichmann eram de três tipos. Primeiro, as objeções levantadas contra os julgamentos de Nuremberg, que agora se repetiam: Eichmann estava sendo julgado por uma lei retroativa e era trazido à corte dos vitoriosos. Segundo, as objeções que se aplicavam à corte de Jerusalém, na medida em que questionavam sua competência enquanto tal ou incapacidade de levar em conta o rapto. E, finalmente, e mais importante, objeções à própria acusação, que afirmava que Eichmann cometeu crimes “contra o povo judeu”, em vez de dizer “contra a humanidade”, e portanto à lei sob a qual estava sendo julgado; e essa objeção levou à conclusão lógica de que a única corte adequada para julgar esses crimes seria um tribunal internacional (ARENDDT, 1999, p. 276).

Todas as objeções foram afastadas pela Corte de Jerusalém. Contra a irretroatividade da lei penal, aplicou a corte o entendimento firmado em Nuremberg segundo o qual o princípio do *nullum crimen, nulla poena sine lege* somente se aplica para os atos que o legislador conhece, para aqueles inéditos (como o holocausto e o genocídio) este princípio não se aplica e a retroatividade é permitida. A jurisdição se justifica pela personalidade passiva, tendo os crimes sido cometidos contra os judeus a justiça do Estado judeu tem competência para julgá-los. (ARENDDT, 1999, p. 276-285).

Além disto, a questão do rapto e transporte do acusado para Israel, ato que a defesa reputava como violação expressa a tratados internacionais, foi resolvida identificando-se os países afetados pelo ato, ou seja, Argentina, local do sequestro, Alemanha, país do qual Eichmann era cidadão, e Israel, o captor. A Argentina não questionou o fato, visto que Eichmann entrou em seu território de maneira ilegal (identidade falsa), a Alemanha não forneceu qualquer proteção ao seu cidadão e Israel, por ter praticado tais atos, entendia que sua atitude era lícita. Eichmann foi julgado como um apátrida, sem qualquer garantia ou proteção que os Estados oferecem aos seus cidadãos (KOZICKI, 2013, p. 38).

Acompanhado o julgamento, Arendt pode ver Eichmann, escutar o que ele falava e a partir daí cunhar o conceito de banalidade do mal, pelo qual sofreu duras críticas, em especial de seus pares judeus. Dois motivos são centrais para as críticas desferidas contra Arendt: a primeira porque atribui parcela da culpa pelo extermínio dos judeus, promovido pelo III Reich, ao próprio povo judeu, em especial dos Conselhos Judaicos que colaborava com os nazistas fornecendo as listas das pessoas que deveriam ser deportadas; e também porque registrou que Eichmann não era uma ser abominável, ao contrário era um homem comum e, em algum sentido, até mesmo de capacidade de raciocínio limitada.

A respeito da pessoa de Adolf Eichmann, Hannah Arendt fez os seguintes comentários:

O problema com Eichmann era exatamente que muitos eram como ele, e muitos não eram nem pervertidos, nem sádicos, mas eram e ainda são terrível e assustadoramente normais. Do ponto de vista de nossas instituições e dos nossos padrões morais de julgamento, essa normalidade era muito mais apavorante do que todas as atrocidades juntas. (ARENDR, 1999, p, 299)

Na obra resultante do testemunho de Hannah Arendt ao julgamento de Eichmann ponto central é o conceito de banalidade do mal. O termo foi cunhado a partir da observação de que o oficial “simplesmente não percebeu o que estava fazendo” e que de sua personalidade não “se pode extrair qualquer profundidade diabólica ou demoníaca”, bem como realizava suas atividades com “distância da realidade e esse desapego podem gerar mais devastação do que todos os maus juntos” (ARENDR, 1999, p. 311).

A ideia de banalidade do mal, enquanto aqueles que podem ser praticados por quaisquer indivíduos (pessoas comuns, tal como Arendt identificou que Eichmann era) e que agem assim, pois estão desprovidas de qualquer senso crítico ou que não questionam/refletem sobre as ordens que lhe foram emitidas ou os atos que estão praticando, foi sintetizado por Celso Lafer da seguinte maneira:

O mal é banal, na perspectiva do mal ativo, ou seja, como diria Bobbio, do mal burocraticamente infligido *ex parte principis*. O exercício da gratuidade do mal ativo, que leva a atos monstruosos cometidos por pessoas ordinárias, é, avalia Hannah Arendt, fruto *thoughtlessness* de uma incapacidade de pensar dos que os perpetraram. Esta incapacidade corre o risco de generalizar-se e é extrema (por isso perigosa), mas não profunda (por isso é banal). (LAFER, 2013, p. 33).

Essa ausência de questionamento se refere a não criticar a ordem posta, a legislação e os comandos que lhe eram impostos. O acusado cumpria friamente, rigorosamente ao que

determinada a Lei, era bom nisso – prática de que, inclusive, tinha orgulho – mas não questionava os efeitos de suas ações ou a moralidade das normas que estava cumprindo.

Tanto isso é verdade que, o ponto central da defesa de Eichmann era o fato de que ele estava cumprindo a Lei, cumprindo as ordens do Reich e não poderia ser, posteriormente, condenado por um *crime* que consistia em estrito cumprimento do dever legal da época em que fora praticado.

Além disto, argumentava a defesa, caso não tivesse obedecido às leis e aos comandos a que estava submetido estaria sujeito a punições por sua desobediência. Ou seja, durante a guerra se não cumprisse as ordens seria penalizado. Terminada a guerra e pertencendo ao exército da parte perdedora, é acusado, julgado e condenado justamente por ter praticado estas mesmas condutas.

Depois, veio o último depoimento de Eichmann: suas esperanças de justiça tinham se frustrado; a corte não havia acreditado nele, embora ele tivesse sempre feito o máximo para dizer a verdade. A corte não o entendia: ele nunca tinha nutrido ódio aos judeus, e nunca desejou a morte de seres humanos. Sua culpa provinha de sua obediência, e a obediência é louvada como virtude. Sua virtude tinha sido abusada pelos líderes nazistas. (ARENDR, 1999, p, 269)

Neste ponto é que se revela pertinente contrapor as alegações de Eichmann à análise empreendida por Hart a respeito da relação entre o direito e a moral, posto que para o professor inglês, a norma jurídica encontra reflexo e não deve estar apartada das normas morais.

A proposta de Hart é diametralmente oposta ao argumento positivista, que recacha a necessidade de que as normas do ordenamento jurídico possuam qualquer lastro moral. O positivismo jurídico e seu maior expoente, Hans Kelsen, sofreram duras críticas por ocasião do Julgamento de Nuremberg, pois serviu como base para tese de defesa dos militares nazistas que ocuparam o banco dos réus daquela Corte.

3. A RELAÇÃO ENTRE O DIREITO E A MORAL PARA HERBERT HART

A análise da relação entre o direito e a moral empreendida por Herbert Hart, em sua obra *O Conceito de Direito*, inicia com algumas considerações a respeito do direito natural e do positivismo jurídico. O autor aponta que empreender tal tarefa é necessária para delimitar a relação entre o direito e a moral que se pretende analisar, pois existem diversas formas de relação entre o direito e a moral e que tal fato não pode ser negado.

Uma observação importante feita por Hart a respeito da interação entre o direito e a moral, certo de que é inegável que o direito seja influenciado pela moral e que suas normas revelam certa conformidade moral (ou com a justiça), é a de que disso não se segue que a moral deva ser utilizada como regra de análise de validade do sistema jurídico.

De novo, embora esta proposição possa, em certo sentido, ser verdadeira [a de que um ordenamento jurídico reflete valores morais], não se segue daí que os critérios de validade jurídica de leis concretas, usadas num sistema jurídico, devam incluir, de forma tácita, se não explícita, uma referência à moral ou justiça. (HART, 2001, p. 201).

Feito este alerta, o professor britânico retoma sua visão para perquirir o positivismo jurídico e o direito natural a partir das descrições que estas correntes de pensamento fazem a respeito da relação entre o direito e a moral. Para tanto, o autor adota como conceito de positivismo jurídico a alegação de que o direito não deve e não tem a obrigação de refletir quaisquer obrigações morais – ainda que possa fazê-lo. De outro norte, a concepção que registra de direito natural é aquela segundo a qual, para esta escola de pensamento, o direito dos homens retira sua validade dos princípios de conduta humana que são descobertos aos poucos pelos seres humanos, a partir de sua razão.

A concepção proposta pelo direito natural, segundo a qual as regras de conduta humana são descobertas pela razão e servem de fundamento para as leis criadas pelos homens, tem sido objeto de análise ampla de filósofos desde a antiguidade, podendo ser apontada à época e na obra de Platão, por exemplo.

Esta tese sofreu várias críticas, das quais pode ser destacadas aquelas feitas por John Stuart Mill, para quem a celeuma decorre na ambiguidade gerada pela palavra *direito*. Para Mill, então, existem dois tipos de regras: umas são do tipo descritiva e outras prescritivas. As primeiras são descobertas pelos cientistas, ao observar a natureza, ao passo que as outras são as que determinam como o homem deve agir. Desta distinção advém a possibilidade de violação das regras prescritivas, mas não das descritivas.

As leis prescritivas podem ser violadas e contudo permanecem como leis, porque tal apenas significa que os seres humanos não fazem aquilo que se lhes diz para fazerem; mas carece de sentido dizer das leis da natureza, descobertas pela ciência, que podem ser ou não violadas. Se as estrelas se comportarem de modo contrário às leis científicas que têm como objectivo descrever os seus movimentos regulares, estas não são violadas, mas perdem o direito a serem chamadas de “lei”. (HART, 2001, p. 203).

Outra crítica empreendida por aqueles que recacham a concepção segundo a qual os homens utilizando sua razão descobrem as regras que devem pautar sua conduta é a de que esta concepção está atrelada a um ideal de Governador Divido e que tal entendimento não está em consonância com o progresso científico pautado pelo conhecimento laico, que empreende suas atividades não tendo por observações, mas por predições matemáticas.

Apesar das críticas à doutrina do direito natural, Hart afirma que há uma semelhança entre os elementos da natureza e a conduta humana, pois os homens compartilham com os animais alguns fatores biológicos, dentre eles o desejo de permanecer vivo. Assim, as ações boas são entendidas como aquelas pelas quais o homem visa garantir sua sobrevivência e perpetuar sua vida pelo maior prazo possível (HART, 2001, p. 207).

Portanto, a partir do desejo nutrido por todo ser humano de garantir a sua sobrevivência (e também, como consequência, a sobrevivência da espécie humana) para viver em sociedade os indivíduos devem instituir regras de conduta aptas a garantir o cumprimento deste objetivo, criando restrições para as atitudes que, de qualquer modo, sejam incompatíveis com a vontade geral de sobrevivência – neste particular reside uma semelhança entre o direito e a moral.

Tais regras constituem de facto um elemento comum no direito e na moral convencional de todas as sociedades que progrediram até o ponto em que ambos são distinguidos como formas diferentes de controle social. [...] Tais princípios de conduta reconhecidos universalmente, que têm como base as verdades elementares respeitantes aos seres humanos, ao seu ambiente natural, e às suas finalidades, podem ser considerados o *conteúdo mínimo* do Direito Natural. (HART, 2001, p. 209 – grifos no original).

Partindo do pressuposto que o objetivo geral dos homens é *sobreviver* o autor passa a buscar as regras de condutas universas do homem, para garantir esse objetivo, o que denomina como conteúdo mínimo do direito natural. A análise deste conteúdo mínimo é empreendida a partir da identificação de cinco truísmos básicos.

Estes cinco truísmos guardam relação com o direito e com a moral e sua existência é condição necessária para que o homem possa viver em sociedade com o propósito de sobreviver. Sem que houvesse qualquer um destes truísmos não haveria nenhuma razão para que os indivíduos se submetam de maneira voluntária a quaisquer tipos de regras.

Para os fins que o autor propõe, antes de iniciar a análise pormenorizada dos truísmos, Hart chama atenção para a necessidade de conexão racional entre os fatos naturais e as regras morais ou jurídicas, pois esta conexão (fatos naturais e regras morais e jurídicas) pode ser analisada sobre outras perspectivas. Por estarem dissociadas da razão estas outras perspectivas

não são baseadas em truísmos e sua causalidade deve ser estudada por outras ciências como a sociologia e/ou a psicologia.

Feitas as ressalvas necessárias o autor passa a discorrer sobre os cinco truísmos, a saber: i) vulnerabilidade humana; ii) igualdade aproximada; iii) altruísmo limitado; iv) recursos limitados; e v) compreensão e força de vontade limitadas.

Pelo truísmo da “vulnerabilidade humana” Hart registra que a abstenção é a exigência mais comum do direito e da moral, sendo que estas abstenções são, via de regra, enunciadas como proibições. Dentre estas proibições impostas a mais importante é aquela que restringe o uso da violência – que proíbe os indivíduos de matar outra pessoa ou lhe causar lesões corporais. Se não houvesse proibição desta natureza não teria sentido instituir qualquer outro tipo de regra.

Como bem registra o autor “a natureza fundamental de tais regras pode exprimir-se numa pergunta: se não houvesse estas regras, que sentido poderia ter, quanto a seres como nós próprios, o fato de termos regras de qualquer outro tipo?” (HART, 2001, p. 210).

Por vezes os homens desferem ataques físicos, mas de igual forma estão suscetíveis (são vulneráveis) a ataques violentos. Caso não fossem vulneráveis a ataques físicos “desapareceria uma razão óbvia para o preceito mais característico do direito da moral: *Não matarás*” (HART, 2001, p. 211).

Apesar de algumas diferenças quanto a força física, agilidade ou capacidade intelectual, em última análise os homens possuem uma igualdade aproximada, posto que nenhum indivíduo consegue, sozinho, subjugar ou dominar outro por um período muito longo de tempo, pois até mesmo os mais fortes em algum momento precisarão dormir ou se alimentar. A igualdade é fator de aproximação dos indivíduos (por isso o título de “igualdade aproximada” é dado ao segundo truísmo) e fundamento para abstenções mútuas e assunção de obrigações. Apesar de desagradável é melhor viver sob um sistema de abstenções do que diante de um cenário de agressões irrestritas.

Este facto da igualdade aproximada, mais do que qualquer outro, torna óbvia a necessidade de um sistema de abstenções mútuas e de compromissos que está na base, quer da obrigação jurídica, quer da moral. A vida social com as suas regras a exigir tais abstenções é, por vezes penosa, mas é, de qualquer modo, menos desagradável, menos brutal e menos abrupta do que a agressão sem restrições, para seres assim aproximadamente iguais. (HART, 2001, p. 211).

O terceiro truísmo identificado pelo autor é nomeado de “altruísmo limitado”, que traduz a ideia de que os “homens não são demônios, tão-pouco são anjos; e o facto de que estão a meio caminho entre estes dois extremos é algo que torna um sistema de abstenções recíproca

simultaneamente necessário e possível” (HART, 2001, p. 212). É dizer, os homens não querem exterminar uns aos outros, ao mesmo tempo são predominantemente egoístas e não possuem preocupação desinteressada no bem-estar alheio.

Para sua sobrevivência o homem necessita de diversos bens escassos e que não consegue prover individualmente, por isto o quarto truísmo está relacionado aos “recursos limitados”. Em razão destas necessidades surge a ideia de propriedade e de divisão do trabalho, pois as transações são necessárias para que cada indivíduo possa satisfazer suas necessidades para sobrevivência.

Estas trocas significam, também, a necessidade de cooperação daqueles que vivem em sociedade e o surgimento das obrigações, que tem por base o mínimo de confiança entre as partes.

Por fim, o quinto e último truísmo intitulado por Hart como “compreensão e força de vontade limitadas” diz respeito à submissão e observância pelos indivíduos às regras necessárias para o convívio em sociedade, em que pese isto signifique abdicar interesses imediatos, diante dos benefícios que advém do respeito as regras.

Contudo, não são todos que conseguem enxergar os benefícios a longo prazo ou tem força de vontade para se submeter às regras de convívio social, por isto é necessário um sistema de sanção, para coagir aquele que tenta obter vantagem em detrimento dos demais e não se submetes às regras.

As sanções são, por isso, exigidas não como o motivo normal para a obediência, mas como garantia de que os que obedeceriam voluntariamente não serão sacrificados aos que não obedeceriam. Obedecer, sem isto, seria arriscar-se a ser posto irremediavelmente contra a parede. Dado este perigo constante, o que a razão pede é a cooperação voluntária num sistema coercitivo. (HART, 2001, p. 214)

A igualdade dos homens é importante também para a sanção, pois caso houvesse desigualdade o uso da sanção acarretaria nos males que pretende combater. Estão cinco truísmos são, em breves linhas, o núcleo que identifica o Direito Natural, segundo o entendimento de Hart.

Feitas estas considerações a respeito do conteúdo mínimo do direito natural, Hart registra que sistema de abstenções recíprocas é um sistema de proteção que garante benefícios mútuos, mas que não são todos os ordenamentos jurídicos de todas as sociedades que estendem esta proteção a todos dentro de sua esfera de incidência, afirmação que se confirma com a existência de Estados que aceitavam, e possuíam legislações para garantia, a escravidão, posto que o escravo não era entendido como ser humano, mas como objeto.

De todo o modo, o autor reforça o fato de o sistema jurídico é, também, um fenômeno social que possui duas facetas que devem ser reconhecidas, caso a análise que se pretenda empreender seja realista: a primeira diz respeito a aceitações *voluntária* das regras, por traduzem os padrões aceitos de comportamento, e a segunda o seu cumprimento por *obediência*, por receio de punição.

Deve existir um equilíbrio entre estes dois aspectos, que sempre estarão presentes dos ordenamentos jurídicos. O cumprimento voluntário das regras de condutas garante estabilidade e lealdade dos cidadãos ao Estado, do contrário, se o cumprimento da legislação ocorre principalmente por obediência e medo da punição o sistema se torna instável e repressivo, podendo servir apenas aos interesses do grupo dominante, neste caso a possibilidade que ocorrer uma revolta é alta.

Para que não haja excessos e as regras não tenham caráter opressor e fiquem desprovidas de apoio da maior parcela da população o direito deve, nas palavras de Hart, conformar-se com a moral e esta conformação deve se dar em termos que extrapolam os limites do conteúdo mínimo do direito natural. Tal como realizou com o conteúdo mínimo do direito natural, Hart aponta seis formas pelas quais o direito deve estar de acordo com a moral.

A primeira destas formas diz respeito ao *poder e a autoridade*. Apesar de o direito estar atrelado à autoridade, somente o poder coercitivo não é suficiente para garantir a sua validade moral. Os indivíduos que estão subordinados à autoridade devem reconhecer-se moralmente atrelados e este poder e aceitar livremente esta subordinação (lealdade). A aceitação da autoridade por parte dos cidadãos prescinde uma análise moral de sua vinculação a este poder coercitivo.

Apesar das críticas do positivismo a *influência da moral sobre o direito* é inegável em muitos Estados modernos, não só nas leis elaboradas pelos Poderes Legislativos, que por vezes são verdadeiras “carapaças” das regras morais, mas também nas decisões judiciais que influenciam os magistrados, inclusive nos procedimentos de análise de validade. O próprio conceito de responsabilidade (cível ou criminal) advém das regras morais.

Nenhum “positivista” poderá negar estes factos, nem que a estabilidade dos sistemas jurídicos depende em parte de tais tipos de correspondência com a moral. Se tal for o que se quer dizer com a expressão conexão necessária do direito e da moral, então a sua existência deverá ser admitida. (HART, 2001, p. 220).

Também pela *interpretação* da legislação há influxo da moral sobre o direito, posto que a aplicação das leis aos casos concretos é sempre ato posterior à sua interpretação,

elementar para a prática jurídica em razão da abertura existente no texto normativo. Portanto, a aplicação das normas não é um processo mecânico de subsunção estrita dos fatos ao texto legal e o exercício de interpretação, especialmente aquele realizado pelo juiz, é norteada por uma série de valores, nos quais estão inseridas as regras morais de conduta.

A conexão entre direito e moral não deve estar adstrita à identificação e/ou afirmação de que determinado ordenamento é bom ou ruim, por sua conformação com os critérios de moral e de justiça. A *crítica do direito* tal como proposta por Hart, deve levar em consideração não só a análise abstrata da moralidade de qualquer sistema legal, mas necessita voltar os olhos para a realidade para delimitar que tipo de moral foi eleita como a resguardada pelas leis (aquela que aceita todos os seres humanos como iguais, ou uma outra baseada na superstição que nega a humanidade de certo grupo de indivíduos).

O jurista inglês também se preocupa com a questão dos *princípios de legalidade e da justiça*, segundo o qual para que um ordenamento jurídico seja bom ele deve realizar justiça, entendida aqui como a distribuição equitativa da mesma regra para pessoas diversas. Estas regras devem ser acessíveis a compreensão dos indivíduos e devem ser punidos casos desobedeçam às regras que teriam a possibilidade de respeitar. Para Hart, esta relação entre as regras e a necessária observância da justiça é chamada de princípio da legalidade.

O último dos seis elementos de que trata Hart em sua análise da relação entre o direito e a moral está a *validade jurídica e a resistência ao direito*, pelo qual faz uma crítica ao positivismo jurídico que defende que não há qualquer tipo de baliza para o conteúdo das normas, do que discorda frontalmente, pois daí podem surgir normas que denomina iníquas, que não encontram relação com os valores morais da sociedade ou, ainda, que lhes sejam contrários e ainda assim as leis seriam válidas.

Tal ponto é bastante importante para análise empreendida pelo autor. Nos casos em se admitir que o conteúdo das normas necessitam possuir qualquer vinculação moral implica dizer que em um caso de revolução, ou de alteração significativa do Estado, eventuais leis iníquas deverão ser consideradas válidas. (HART, 2001, p. 224).

Em breves linhas, estas são as considerações a respeito da relação entre o direito e a moral que Herbert Hart apresenta em sua obra *O Conceito de Direito*.

4. RELAÇÃO ENTRE A CONCEPÇÃO DE DIREITO E MORAL PARA HART E O JULGAMENTO DE EICHMANN

A obra de Hart *O Conceito de Direito*, que serve de objeto de análise e referência para o presente trabalho, teve sua primeira edição publicada no ano de 1961, portanto após o término da Segunda Guerra Mundial, quanto as atrocidades cometidas pelo regime nacional-socialista alemão já haviam sido descobertas e divulgadas para todo o mundo. A publicação da obra é posterior, portanto, ao julgamento de Nuremberg, que findou no ano de 1946. É contemporânea ao julgamento de Eichmann, mas anterior à publicação dos escritos de Hannah Arendt (tanto as publicações na revista *The New Yorker*, como o livro datam do ano de 1963).

Ao final do capítulo dedicado à análise do direito e da moral, no livro *O Conceito de Direito*, o jurista inglês reserva parte significativa para comentar o julgamento de Nuremberg e a legislação nazista. Não empreende análise semelhante a respeito do julgamento de Eichmann ou sobre as ponderações e conceitos apresentados por Arendt, certamente em razão das datas destacadas acima.

De todo modo, a respeito dos comandos normativos do Estado liderado Hitler as considerações de Hart são apresentadas quando discorre sobre os seis elementos necessários, ou que justificam, a incidência de regras morais sobre o direito, em especial quando trata do último item, o que se refere à *validade jurídica e a resistência ao direito*.

Retomando as ideias de Hart neste particular, para complementar, inclusive, o que foi dito no item anterior. O jurista britânico destaca que ao final da Segunda Grande Guerra houveram muitos questionamentos quanto a validade das normas que autorizaram a realização do holocausto reacendendo a discussão em torno dos direitos naturais e tendentes a afirmar que as normas iníquas não poderiam ser dotadas de validade.

Ocorre que, destaca Hart, em um sistema que não reconhece a submissão dos conteúdos das normas a nenhum critério de qualquer natureza, não havendo limites para a atividade do legislativo, a validade da norma é analisada sem que se analise suas disposições, mas somente a partir dos critérios de análise formal, tal como proposto pelo positivismo jurídico. Diante de um cenário tão absurdo, assim registra Hart:

Enquanto os seres humanos puderem conseguir a suficiente cooperação de alguns, de forma a permitir-lhes dominar os outros, utilizarão as formas do direito como um dos seus instrumentos. Os homens perversos editarão regras perversas que outros obrigarão a cumprir. O que seguramente é mais necessário para dar aos homens uma visão clara, quando enfrentarem o abuso oficial do poder, é que preservem o sentido de que a certificação de algo como juridicamente válido não é concludente quanto à questão da obediência e que, por maior que seja a aura de majestade ou de autoridade que o sistema o oficial possa ter, as suas exigências devem no fim ser sujeitas a exame moral. (HART, 2001, p. 226-227)

Neste ponto pode-se de extrair a convergência entre a obra de Hart e a obra de Arendt, pois o jurista inglês, com este argumento transcrito acima, questiona as leis criadas por Estados totalitários, pois não estão de acordo com as regras morais, ao passo que daí se remete ao registrado pela filósofa alemã de que o oficial nazista cumpriu cegamente as normas postas sem entender a consequência de seus atos, sem questionar a moralidade das ordens que lhe eram direcionadas.

Portanto, a banalidade do mal tal, como apresentada por Arendt, pressupõe não somente que o aquele que pratica o mal assim aja por não questionar suas condutas e por praticá-las como se fossem situações corriqueiras, mas também que o ordenamento jurídico que justifique estas práticas esteja afastado na moral, de modo que seja sustentáculo de iniquidades, como afirma Hart.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho iniciou com a apresentação de alguns dados relativos ao julgamento de Eichmann perante a Corte Distrital de Jerusalém, pelos crimes que teria cometido na condição de oficial da SS designado para levar a efeito a chamada “solução final do problema judeu”. Este julgamento foi acompanhado de perto pela filósofa Hannah Arendt, na condição de correspondente da revista *The New Yorker*. Após acompanhar todo o julgamento, Arendt apresentou seus relatos ao periódico (de forma reduzida) e lançou a obra *Eichmann em Jerusalém: um relator sobre a banalidade do mal*.

O livro publicado por Arendt causou mal-estar entre a comunidade judaica e duras críticas à autor, porque atribui parcial culpa pelo extermínio do povo judeu aos conselhos judaicos, que realizavam as listas designando quais seriam as pessoas embarcadas nos trens que rumavam aos campos de concentração. É também nesta obra que a filósofa descreve o conceito de banalidade do mal, após verificar que Eichmann não era um monstro abominável, mas um indivíduo comum que parecia não compreender as consequências de seus atos. Dentre as teses de defesa apresentadas pelos advogados de Eichmann está aquela que defende que todos os atos que praticou eram legais, previstos no ordenamento jurídico nazista e aos quais devia obediência, sob pena de ser punido e que o julgamento pretendia puni-lo justamente por ter sido um bom cumpridor destas regras.

Na sequência discorreu-se sobre as considerações feitas por Herbert Hart, em sua obra *O Conceito de Direito*, a respeito da relação entre o direito e a moral. O jurista inglês inicia sua

análise a partir da diferenciação entre o conceito de direito natural e do positivismo jurídico. Mais adiante, elenca qual é conteúdo mínimo do direito natural a partir de cinco truísmos, dos quais se depreende que a vontade elementar de todos os homens é sobreviver e para que possam fazer isso em sociedade devem criar um sistema de abstenções mútuas.

Após tratar do conteúdo mínimo do direito natural o autor trata especificamente da interação entre a moral e o direito, identificando seis modos pelos quais a moral exerce sua influência no direito e os perigos que decorrem de seu afastamento.

Existe, ainda, nas considerações a respeito da relação entre o direito e a moral de Hart, seu pensamento a respeito das condutas *legais* praticadas pelos nazistas durante o III Reich, e os problemas morais decorrentes não só das leis que criaram, mas também de todo afastamento entre moral e direito.

Analisando a obra de Hart e de Arendt se extrai que o perigo que a falta de pensamento crítico e de questionar as normas postas com base nas normas morais pode ocasionar. Neste caso, a partir do pensamento de Hart pode surgir as normas geradoras de iniquidade e para Arendt, a banalidade do mal, ambas situações indesejadas.

Portanto, a moral deve estar à serviço do direito, que dela não deve se afastar, sob pena de consequência ou de servir de justificativa para atos nefastos, como fez Eichmann ao tentar justificar os seus atos por estarem de acordos com as leis do regime de Hitler.

REFERÊNCIAS

ARENDDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém**: um relato sobre a banalidade do mal. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

BREPOHL, Marion. Testemunho, memória, fonte e história. In. BREPOHL, Marion (org.). **Eichmann em Jerusalém: 50 anos depois**. Curitiba: Editora UFPR, 2013. p. 45-67.

HART, Herbert L. A. **O Conceito de Direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2001.

KOZICKI, Katya. Comentários à Intervenção de Celso Lafer. In. BREPOHL, Marion (org.). **Eichmann em Jerusalém: 50 anos depois**. Curitiba: Editora UFPR, 2013. p. 35-44.

LAFER, Celso. Reflexões sobre a atualidade da Análise de Hannah Arendt Sobre o Processo Eichmann. In. BREPOHL, Marion (org.). **Eichmann em Jerusalém: 50 anos depois**. Curitiba: Editora UFPR, 2013. p. 17-33.