

ANÁLISE CRÍTICA DO POSITIVISMO JURÍDICO EM FACE DOS DIREITOS HUMANOS NA PERSPECTIVA DO FILME “O JULGAMENTO DE NUREMBERG”¹

Tatiana Mareto Silva²

Nelson Camatta Moreira³

Fecha de publicación: 01/05/2016

Sumário: 1.- Introdução; 2.- positivismo jurídico e validade da lei; 3.- Direito e moral: uma relação (im)possível?; 4.- o nazismo e a violação dos direitos humanos pela lei na perspectiva de “o julgamento de nuremberg”. 5.- Conclusões.

Resumo: O Positivismo, como ciência, influenciou praticamente todos os estados ocidentais, inclusive o Brasil e o lema posto na bandeira nacional. Hans Kelsen, participante do Círculo de Viena, composto pelos mais significativos pensadores positivistas, é o nome principal do Positivismo

¹ Artigo apresentado ao Grupo de Pesquisa "Hermenêutica Jurídica e Jurisdição Constitucional" da Faculdade de Direito de Vitória – FDV, coordenado pelos Professores Doutores Nelson Camatta Moreira e Alexandre de Castro Coura.

² Doutoranda em Direitos e Garantias Fundamentais vinculada ao Programa de Pós-graduação strictu sensu da Faculdade de Direito de Vitória - FDV, Mestre em Políticas Públicas e Processo pela Faculdade de Direito de Campos - FDC (2007), especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito de Vitória - FDV (2004), professora universitária e advogada. E-mail: tmareto@gmail.com

³ Pós-doutorado em Direito (UNIVERSIDAD DE SEVILLA), com bolsa da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES, Brasil) - Processo POS_DOC 99999.000348/2015-05; Doutorado em Direito (UNISINOS-RS), com estágio de pesquisa anual na Universidade de Coimbra, com bolsa CAPES. Líder do Grupo de Pesquisa CNPQ "Hermenêutica Jurídica e Jurisdição Constitucional", da FDV-ES. Professor da Programa de Pós-graduação Stricto Sensu (Doutorado e Mestrado) e da Graduação em Direito da FDV-ES. Membro Honorário da Rede Brasileira Direito e Literatura. Email: nelsoncmoreira@hotmail.com

Jurídico que, por décadas, representou segurança jurídica contra arbitrariedades de déspotas e desmandos dos governos. Mas, da mesma forma que o Positivismo Jurídico ganhou relevo por suas regras de validade que excluía a moral do Direito, permitindo que a objetividade superasse a subjetividade na sua aplicação, ele não impediu que sistemas autoritários, perfeitamente válidos dentro de suas regras, se instalassem e se pautassem em normas exageradamente injustas para justificar atos que foram posteriormente reconhecidos como crimes contra a Humanidade. É nesse contexto que “O Julgamento de Nuremberg” retrata a instalação do Tribunal Penal que julgou os oficiais nazistas por crimes hediondos cometidos durante o regime Nazista e como esses oficiais se justificavam alegando o cumprimento de leis e ordens que eram válidas e obrigatórias. O presente artigo tem como problemática o confronto entre o Positivismo Jurídico e os Direitos Humanos, que passaram ao status de normas jurídicas com maior ênfase no pós 2ª Guerra Mundial, e a difícil relação entre Direito e Moral. Utilizando-se da premissa levantada em “O Julgamento de Nuremberg”, analisaremos o quanto o Positivismo Jurídico pode ser responsabilizado por afastar Direito e Moral e o quanto os Direitos Humanos positivados nos ordenamentos jurídicos das mais diversas nações podem ser considerados normas de caráter moral. Ainda, analisaremos se a mescla entre Direito e Moral seria suficiente para afastar a segurança jurídica e produzir decisões injustas, ou se o impossível distanciamento do homem de seus valores previamente estabelecidos não prejudica a aplicação do Direito.

Palavras-chave: positivismo jurídico, direitos humanos, autoritarismo.

1 INTRODUÇÃO

Ano de 1945. Os Aliados vencem a 2ª Guerra Mundial e chega ao fim um dos regimes de estado mais sangrentos da história humana - o Nazismo. Com a derrocada Alemã e a morte de Adolf Hitler, os campos de concentração são esvaziados e os sobreviventes carregam consigo as marcas do sofrimento e violência deixados pelo Holocausto.

Nesse contexto está o filme “O Julgamento de Nuremberg”, lançado em 2000 pela Warner Filmes, que mostra, de forma objetiva e romaneada, como foi decidida a criação do Tribunal Penal Internacional, formado pelos países Aliados (EUA, Inglaterra, França e Rússia), para processar e julgar os prisioneiros de alta patente do Estado Alemão. Em pauta, duas discussões de relevo - a legitimidade da formação do tribunal *post factum* e o próprio Nazismo com suas nuances de legalidade e legitimidade.

Aí situa-se o positivismo jurídico como eventual legitimador do Nazismo e de outros sistemas autoritários, em razão dos critérios de validade das normas jurídicas e do dever de observação dessas mesmas normas, pelos poderes públicos. Gustav Radbruch, positivista, após os horrores do Nazismo, imputa ao positivismo jurídico a responsabilidade pelo autoritarismo do governo alemão em seu texto “Cinco Minutos de Filosofia do Direito”, publicado em 12 de setembro de 2015:

‘An order is an order’, the soldier is told. ‘A law is a law’, says the jurist. The soldier, however, is required neither by duty nor by law to obey an order whose object he knows to be a felony or a misdemeanor, while the jurist—since the last of the natural lawyers died out a hundred years ago—recognizes no such exceptions to the validity of a law or to the requirement of obedience by those subject to it. A law is valid because it is a law, and it is a law if, in the general run of cases, it has the power to prevail. This view of a law and of its validity (we call it the positivistic theory) has rendered jurists and the people alike defenceless against arbitrary, cruel, or criminal laws, however extreme they might be. In the end, the positivistic theory equates law with power; there is law only where there is power.⁴

4 RADBRUCH, Gustav. *Five minutes of legal philosophy*. In **Oxford Journal of Legal Studies**, Vol. 26, No. 1, 2006, pp. 13–15. Trad. Bonnie Litschewski Paulson e Stanley L. Paulson. “‘Uma ordem é uma ordem’, dizem ao soldado. ‘Uma lei é uma lei’, diz o jurista. Ao soldado, no entanto, não se requer, nem por encargo nem pela lei, obedecer uma ordem cujo objeto ele sabe ser um crime ou um delito, enquanto o jurista – desde que o último dos

Finda a 2ª Guerra Mundial, iniciou-se um processo de modificação das teorias constitucionais, que refletiu diretamente nos próprios textos constitucionais, haja vista as constituições posteriores a 1945 deixarem de ser meros instrumentos de normas para a regulação do estado e passarem a ter normas garantidoras de direitos fundamentais. Isso se deu principalmente porque o mundo não aceitava mais governos que desrespeitassem um mínimo ético tolerável⁵, como se pode observar ocorrendo no filme em análise, “O Julgamento de Nuremberg”.

O presente trabalho tem como objetivo principal analisar essas questões, com ênfase no regime Nazista e sua relação com o Positivismo Jurídico. Adotando como base teórica Gustav Radbruch, Hans Kelsen, H. L. A. Hart e Robert Alexy para discutir uma relação (im)possível entre Direito e Moral, bem como Carlos Santiago Nino na perspectiva dos Direitos Humanos, a pesquisa debaterá relações entre sistemas supostamente democráticos e leis que afrontem os Direitos Humanos com o Positivismo Jurídico.

Em um primeiro momento, analisaremos o Positivismo e o que ele entende por Direito, para, em seguida, passarmos às relações entre Direito e Moral, Moral e Direitos Humanos, Positivismo e Direitos Humanos. Ao final, mantendo o foco nas questões tratadas no filme O Julgamento de Nuremberg, analisaremos as violações aos Direitos Humanos e o Positivismo Jurídico, para respondermos aos questionamentos de Gustav Radbruch ao considerar se uma injustiça grave pode ser considerada Direito.

2 POSITIVISMO JURÍDICO E VALIDADE DA LEI

O Positivismo é um método científico que reconhece como conhecimento verdadeiro apenas aquilo que pode ser provado e experimentado dentro de rigorosos padrões estabelecidos. Seu precursor na ciência foi Auguste Comte, filósofo francês que pretendia, com o método positivista, permitir que a sociedade abandonasse o caos que se instalou entre os Séculos XVIII

naturalistas morreu muitos anos atrás – não reconhece qualquer exceção para a validade da lei ou para o requerimento de obediência daqueles submetidos a ela. Uma lei é válida porque é uma lei, e é uma lei se, na maioria dos casos, tem o poder de prevalecer. Essa visão da lei e de sua validade (chamamos isso de teoria positivista) rendeu juristas e o povo indefesos contra leis arbitrárias, cruéis ou criminosas, o mais extremas que elas possam ser. No final, a teoria positivista equivale lei a poder; há lei onde houver poder” (Tradução livre).

5 Nesse sentido, SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional**: Teoria, história e métodos de trabalho [e-pub]. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2012.

e XIX. Comte, com sua obra *Curso de Filosofia Positiva*, foi considerado o “pai da sociologia” pois seu objetivo maior era aplicar os métodos indutivo-dedutivo, comuns nas ciências naturais, para as ciências humanas.

A teoria de Comte tinha caráter dogmatista e universalizante, e passou a dominar a Europa desde a sua elaboração. Já no Século XX, entre 1920 e 1940 mais precisamente, pensadores positivistas passaram a se reunir no que ficou conhecido como *Círculo de Viena*, na Áustria, tendo Moritz Schilick como figura central. O pensamento desenvolvido no *Círculo* foi denominado Neopositivismo ou Positivismo Lógico, refutava o metafísico como conhecimento científico⁶. O Neopositivismo seguia a base verificacional de Comte, porém apresentou-se mais empirista e excluindo todo e qualquer conhecimento a priori – considerado impossível para os pensadores do *Círculo*.

A concepção científica do mundo não admite um conhecimento incondicionalmente válido a partir da razão pura, 'juízos sintéticos a priori', tais como os que estão à base da teoria do conhecimento kantiana e, mais ainda, de toda ontologia e metafísica pré e pós-kantianas. [...] A tese fundamental do empirismo moderno consiste exatamente na recusa da possibilidade de conhecimento sintético a priori. A concepção científica do mundo admite apenas as proposições empíricas sobre objetos de toda espécie e proposições analíticas da lógica e da matemática".⁷

O empirismo do *Círculo de Viena* influenciou diretamente a construção de uma das mais relevantes teorias do Direito, o Positivismo Jurídico, que tinha como objetivo “transformar o estudo do direito numa verdadeira e adequada ciência que tivesse as mesmas características das ciências físico-matemáticas, naturais e sociais”. Hans Kelsen, que elaborou a denominada Teoria Pura do Direito – a mais positivista teoria do Positivismo Jurídico – era membro do *Círculo de Viena* e compartilhou dos mesmos propósitos do Positivismo Lógico.

Essa pequena introdução sobre o Positivismo como ciência teve como objetivo exclusivamente demonstrar seu empirismo e a valorização do rigor metodológico, bem como o rechaço a todo tipo de conhecimento que não seja derivado de experimentações que atendam a métodos previamente estabelecidos. Apesar desse ser um método pouco questionado se aplicado às ciências naturais, o mesmo não acontece quando da sua transferência para as ciências humanas, como desejou Auguste Comte. Passaremos a uma análise do Positivismo Jurídico e seus critérios de validade da lei para

6 CARNAP, Rudolf; NEURATH, Otto; HAHN, Hans. *A concepção científica do mundo: o *Círculo de Viena**. In **Cadernos de História e Filosofia da Ciência**, 1986, pp. 5-20.

7 Ibidem, pp. 11-12.

definição do que é Direito a fim de compreendermos melhor as críticas a ele elaboradas, partindo da Teoria Pura de Hans Kelsen.

A base da Teoria Pura é epistemológica. Kelsen pretendeu apresentar um método para a ciência jurídica em um momento no qual havia muita confusão acerca do tema e se considerava, inclusive, se o Direito não deveria ser absorvido por outras ciências, como a sociologia ou a filosofia. É uma teoria de exclusão, pois Kelsen delimitou aquilo que não era Direito, que deveria ser excluído do Direito para que não maculasse a ciência jurídica, conforme os preceitos do Neopositivismo⁸.

Podemos determinar que a teoria kelseniana possui os mesmos contornos do Neopositivismo, tanto no sentido de tentar reduzir ao máximo o objeto de estudo da ciência jurídica – ou seja, à norma, quanto no sentido de buscar conceitos gerais universalizantes que se aplicariam a todo ordenamento jurídico. Assim, a Teoria Pura do Direito é uma teoria positivista do Direito com características reducionistas. Kelsen verificou a necessidade de que o conhecimento jurídico seja neutro, conectando a Teoria Pura à neutralidade axiológica de Auguste Comte. Isso porque o conhecimento jurídico não se ocuparia de relações entre a norma e valores quaisquer, o objeto de estudo do conhecimento jurídico é pura e simplesmente a norma jurídica.

Nesse sentido, Kelsen afasta Direito e Moral, pois não seria possível ou necessário que a validade do Direito estivesse conectada a qualquer conteúdo. Para Kelsen, se a pureza do Direito consiste em sua neutralidade e universalização, não haveria meios de se conceber uma “moral generalizante” que consiga se relacionar com a norma jurídica generalizante. “Se supusermos que o Direito é, por sua essência, moral (tem caráter moral), então não faz qualquer sentido a exigência – feita sob o pressuposto da existência de um valor moral absoluto - de que o Direito deve ser moral”⁹.

O principal objetivo da teoria kelseniana foi atingir a pureza na ciência do Direito, seguindo-se os passos de toda teoria Neopositivista. Nesse contexto está a teoria da norma fundamental, que embasa a elaboração de todo um sistema jurídico válido. Para Kelsen, a validade de uma norma condiciona-se ao cumprimento dos requisitos prescritos na norma fundamental, que deve ser axiologicamente neutra¹⁰. Observamos,

8 KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

9 Ibidem, p. 47.

10 COELHO, Fábio Ulhôa. **Para entender Kelsen**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

então, que, para a Teoria Pura, o Direito não relaciona validade com conteúdo da norma jurídica, sendo irrelevante que ela seja correta ou justa. Normas injustas também são consideradas válidas se estiverem de acordo com a norma fundamental.

No mesmo sentido de universalização e generalização do Direito trazido por Hans Kelsen, Gustav Radbruch o define como “o conjunto de regras gerais e positivas da vida social.”¹¹, demonstrando, com isso, que o Positivismo Jurídico está atrelado a normas gerais, ou seja, universais, para regular a vida social.

A norma jurídica, na Teoria Pura, é prescritiva, ou seja, define comportamentos que devem ser observados pelos indivíduos e pela coletividade, em uma sociedade (dever-ser). E a validade dessa norma está relacionada a outra norma, superior, denominada por Kelsen de norma fundamental. Assim, teríamos que

Todas as normas cuja validade pode ser reconduzida a uma e mesma norma fundamental formam um sistema de normas, uma ordem normativa. A norma fundamental é a fonte comum da validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem normativa, o seu fundamento de validade comum. O fato de uma norma pertencer a uma determinada ordem normativa baseia-se em que o seu último fundamento de validade é a norma fundamental desta ordem. É a norma fundamental que constitui a unidade de uma pluralidade de normas enquanto representa o fundamento da validade de todas as normas pertencentes a essa ordem normativa.¹²

Ou seja, na Teoria Pura, considerando a norma fundamental, a validade das normas e sua obrigatoriedade nos sistemas jurídicos se relaciona com requisitos formais de estrutura. Assim, a norma não valeria por seu conteúdo determinado, mas por pertencer a esse sistema normativo e por obedecer ao determinado pela norma fundamental. Kelsen criticou que jurisprudência e doutrina se voltassem para analisar juízos de valor quanto à aplicação das normas pois, para ele, tais juízos não seriam objeto da ciência do Direito. Analisando a teoria kelseniana, Fábio Ulhôa explica que, para o Positivismo Jurídico, o cientista do Direito não tem que se ocupar com a produção ou valores inerentes à norma, mas com ela exclusivamente, reforçando a neutralidade exigida pela Teoria Pura¹³.

Nesse sentido bem explicita Robert Alexy ao definir o pensamento

11 RADBRUCH, Gustav. **Introdução à Filosofia do Direito**. Trad. Prof. Jacy de Souza Mendonça. São Paulo: Martins Fontes, 2002. P. 32.

12 KELSEN, 1998, p. 136.

13 COELHO, 2001.

positivista: “Quem segrega por completo a correção material, focalizando unicamente a legalidade conforme o ordenamento e/ou a eficácia social chega a um conceito de direito puramente positivista”¹⁴. Assim, não se pode negar que o Positivismo Jurídico, nesse caso representado pela teoria kelseniana, ocupe-se da norma jurídica e sua validade conforme a prescrição da norma fundamental, ignorando os conteúdos dessa norma bem como sua justiça ou injustiça, pois irrelevantes para a ciência do Direito.

Foi exatamente a questão da justiça e da injustiça das normas jurídicas, em contraponto com sua validade, que fez Gustav Radbruch repensar sua posição filosófica após o final da 2ª Guerra Mundial. Em sua obra *Filosofia do Direito*, fez incluir seus célebres Cinco Minutos de *Filosofia do Direito* com o objetivo de esclarecer que as injustiças extremas não deveria ser toleradas, mesmo frente um ordenamento jurídico válido.

3 DIREITO E MORAL: UMA RELAÇÃO (IM)POSSÍVEL?

Uma das premissas do Positivismo Jurídico, não exclusivamente da Teoria Pura, é o diferenciamento entre Direito e Moral. Como explica Kelsen, valores e conteúdos da norma jurídica são irrelevantes para a sua validade e, conseqüentemente, desnecessários para a ciência do Direito. Mais enfaticamente, Kelsen também se preocupa em separar o Direito da Moral em razão da dificuldade em se identificar uma Moral universalizante. Assim,

Quando uma teoria do Direito positivo se propõe distinguir Direito e Moral em geral e Direito e Justiça em particular, para os não confundir entre si, ela volta-se contra a concepção tradicional, tida como indiscutível pela maioria dos juristas, que pressupõe que apenas existe uma única Moral válida - que é, portanto, absoluta - da qual resulta uma Justiça absoluta. A exigência de uma separação entre Direito e Moral, Direito e Justiça, significa que a validade de uma ordem jurídica positiva é independente desta Moral absoluta, única válida, da Moral por excelência, de a Moral¹⁵.

Ou seja, a norma jurídica, na perspectiva do Positivismo kelseniano, pode ter sua validade conferida conforme a teoria da norma fundamental, desvinculado totalmente de uma Moral que resultaria em uma norma justa. A norma seria justa por ter sido elaborada conforme os critérios exigidos para sua validade, por pertencer àquele ordenamento jurídico válido. Mas isso em nada teria relação com a Moral, pois uma norma justa ou injusta

14 ALEXY, Robert. **O conceito de Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2011. P. 15.

15 KELSEN, 1998, p. 47.

não estaria vinculada à Moral universal, mas a um dos vários sistemas Morais existentes, o que seria inadmissível.

Nesse mesmo sentido está o pensamento de Hart, para quem “não significa que os critérios de validade jurídica das leis específicas usadas num sistema jurídico devam necessariamente incluir, expressa ou mesmo tacitamente, uma referência à moral ou à justiça”¹⁶. Para Hart, não se poderia justificar uma conexão obrigatória entre Direito e Moral pelo simples fato de que as normas “ímorais” poderiam gerar grandes injustiças, pois essa Moral avançada poderia, também, ser injusta – e cita o exemplo da sociedade escravocrata como o de uma Moral deturpada quanto aos critérios de igualdade.

Hart prossegue sustentando a desnecessidade ou a ambiguidade da conexão entre Direito e Moral afirmando que

a distinção entre um bom sistema jurídico, que se conforma em alguns pontos à moral e à justiça, e outro que não o faz é uma falácia, porque, sempre que o comportamento humano é controlado por normas gerais, publicamente anunciadas e judicialmente aplicadas, um mínimo de justiça é necessariamente concretizado.

Assim, os critérios positivistas de validade da norma seriam, afinal, justos, pois previamente conhecidos de todos, e universais, ou seja, para todos. Não havia diferenciações de acordo com os diversos sistemas Morais, como afirma Kelsen, nem a aplicação das normas gerais de forma diferenciada para grupos diferentes de pessoas.

Em relação especial ao Nazismo Alemão, Hart se posicionou cético quanto à interferência da Moral para impedir que o sistema perpetuasse os horrores do Holocausto. Ele duvidou que os homens se tornassem mais capazes de desobedecer determinada norma apenas por reconhecê-la iníqua ou imoral, e que a maldade humana seria a responsável pela perversão do Direito, não a sua pureza. Como Hart mesmo afirma, “homens maus criarão normas perversas, que outros farão cumprir”¹⁷. Retomaremos essa análise referente ao Positivismo e as normas injustas ou ímorais mais adiante, ao tratarmos do filme “O Julgamento de Nuremberg”.

A questão da relação entre Direito e Moral não é simples, e não se resume aos argumentos em defesa do Positivismo Jurídico, principalmente porque, até mesmo para alguns teóricos Positivistas, o Direito só se validaria pela Moral – como é o caso de Gustav Radbruch. O filósofo

16 HART, H. L. A. **O conceito de Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2012. P. 240.

17 HART, 2012, p. 271.

Alemão, que, ao final da 2ª Guerra Mundial, atribuiu ao Positivismo a responsabilidade pelos crimes cometidos durante o Nazismo, tratou de diferenciar Direito de Moral, mas sem afastá-los completamente. Para Radbruch, “O Direito, distinto da Moral, está, pois, a ela duplamente vinculado por seu conteúdo: ela é o fundamento de sua validade, porque um dos fins do Direito é possibilitar a moral”¹⁸.

Ao analisar essa complexa relação, Robert Alexy trata de duas formas de conexão necessárias entre Direito e Moral: uma fraca, que seria a conexão entre o Direito e qualquer Moral, e uma forte, que seria a conexão entre o Direito e uma Moral correta¹⁹. Essa distinção é feita para refutar a tese positivista de que a incorporação de princípios aos ordenamentos jurídicos seria sempre uma questão relacionada ao Direito Positivo, negando, ainda assim, uma relação entre esse Direito e a Moral. Para Alexy, basta a conexão fraca para justificar a relação entre Direito e Moral, pois a incorporação e a aplicação dos princípios em um ordenamento jurídico estão sempre ligados a uma moral qualquer. Nesse sentido, em frente a casos duvidosos, um julgador decidiria entre princípios que, incorporados a um sistema jurídico, confeririam à sua decisão um conteúdo moral mas uma forma jurídica.

Como Kelsen pretendeu livrar totalmente o Direito de conteúdos e influências políticas, refutando, assim que a ciência jurídica pudesse conter elementos morais relevantes, Alexy rebate essa possibilidade ao tratar da conexão forte entre Direito e Moral, afirmando que a realização de determinados princípios, como a dignidade da pessoa humana, são ideais do Estado Democrático de Direito e, portanto, uma questão jurídica, moral e política²⁰. Em verdade, após a 2ª Guerra Mundial, os estados passaram a adotar constituições muito mais robustas na previsão de direitos fundamentais – materiais – que, antes, estariam inseridos exclusivamente em normas infraconstitucionais. Ainda, muitos desses direitos constitucionalmente previstos se enquadram na categoria de Direitos Humanos, de certa forma universalizados, e geralmente considerados como “normas morais”²¹.

Quem trabalhou com esse conceito foi Carlos Santiago Nino,

18 RADBRUCH, 2002, p. 37.

19 ALEXY, Robert. **Conceito e validade do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

20 ALEXY, 2011, p. 93.

21 Nesse sentido, o excelente texto de AÑON, José Garcia. *C. S. Nino y los derechos morales*. In **Anuario de Filosofía del Derecho**, XI, 1994, pp. 209-228.

defendendo que os Direitos Humanos vieram para acabar com os males da humanidade, e que é necessária a formação de uma consciência moral a nível global para a importância desses direitos, bem como para a aberração que seria desconsiderá-los²². Nesse sentido, fala José García Añón:

Serían derechos morales aquellos que no fuesen «legales»: los que no están reconocidos por el derecho objetivo o el ordenamiento jurídico, y que la gente tiene independientemente de lo que disponga el sistema jurídico de un país. Esta definición, a pesar de su abstracción, pensamos que lo que pretende es incluir los «derechos» en todos los estadios de validez, y en concreto trata de enfatizar que «hay derechos» o «tenemos derechos» a pesar de no estar recogidos explícitamente en el ordenamiento jurídico.²³

As pessoas, então, teriam direitos que eventualmente sequer estariam inseridos em seus ordenamentos jurídicos, e, assim, uma norma desse mesmo ordenamento que objetivasse excluir dessas pessoas tais direitos, deveria ser considerada imoral, injusta e inválida pelo seu conteúdo contrário aos Direitos Humanos reconhecidos. Esses direitos morais estariam fora da concepção de Direito do Positivismo Jurídico, mas ainda assim seriam direitos e deveriam ser observados e respeitados pelo Estado e por seus poderes.

Dessa forma, considerando-se o contexto escolhido para o desenvolvimento desse trabalho, o Nazismo e suas normas legitimadoras não deveriam ter sido validadas ou obedecidas por nenhum cidadão Alemão, haja vista seu conteúdo arbitrário e contrário aos Direitos Humanos. Nenhum outro sistema jurídico que se pautasse na exclusão de direitos universalmente reconhecidos como pertencentes à humanidade poderia legitimar-se. Essa seria uma conexão bastante entre Direito e Moral, não condizente com a pureza almejada por Hans Kelsen, mas capaz de coibir ordenamentos jurídicos e normas de conteúdo imoral ou injusto de uma forma genérica, como o teórico Alemão previu ser impossível.

22 NINO, Carlos Santiago. **Ética y derechos humanos**: un ensayo de fundamentación. 2 ed. Buenos Aires: Alestrea, 1989. Pp. 4-5.

23 AÑÓN, 1994, p. 211. “Seriam direitos morais aqueles que não fossem «legais»: os que não estão reconhecidos pelo direito objetivo ou o ordenamento jurídico, e que as pessoas têm independentemente do que disponha o sistema jurídico de um país. Essa definição, apesar de sua abstração, pensamos que o que pretende seja incluir os «direitos» em todos os estados de validade, e em concreto trata de enfatizar que «há direitos» ou «temos direitos» apesar de não estarem reconhecidos explicitamente no ordenamento jurídico” (Tradução livre).

4 O NAZISMO E A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS PELA LEI NA PERSPECTIVA DE “O JULGAMENTO DE NUREMBERG”

O Julgamento de Nuremberg é um filme elaborado especialmente para a TV no ano de 2000 (Warner Brothers Filmes) que retrata os eventos acontecidos depois de 1945, após a 2ª Guerra Mundial, quando os países Aliados, vencedores da guerra, reuniram-se na cidade de Nuremberg e estabeleceram um tribunal para processar e julgar os oficiais Nazistas alegadamente responsáveis pelo Holocausto.

A trama inicia-se com o debate de Robert Jackson sobre o destino dos oficiais Nazistas, se eles deveriam ser sumariamente executados ou julgados em um tribunal especificamente estabelecido para tal. A problemática residia no fato de que um julgamento seria imprevisível e que seria responsabilidade dos acusadores demonstrar a culpa dos réus, o que poderia resultar na sua liberdade. Mesmo assim, foi decidido a instauração do Tribunal Penal Internacional, formado por Estados Unidos da América, Inglaterra, França e Rússia, para julgamento dos crimes contra a humanidade, cometidos durante o Nazismo.

Os oficiais Alemães envolvidos com o Holocausto foram conduzidos a prisões diferentes, de acordo com os crimes dos quais foram acusados, e o Promotor Federal Robert Jackson reuniu-se com seus assistentes de acusação na cidade de Nuremberg, na Alemanha, cidade estrategicamente escolhida para sediar o julgamento em razão de ali estar estabelecido o Palácio da Justiça. No filme discute-se se os eventos acontecidos durante a 2ª Guerra Mundial poderiam ser considerados crimes, em razão do seu caráter excepcional de terem acontecido no período de guerra. Os envolvidos consideram que o Tribunal se baseia em uma "moral superior", que nortearia deveres universais para todo ser humano.

Durante o julgamento, colocam-se em discussão temas como a validade do Direito, a interferência deste pela Moral e o Devido Processo Legal que deveria nortear toda a atividade processual jurídica. Os envolvidos no julgamento, também debatem constantemente sobre a necessidade de um julgamento justo, de forma a respeitar a vida e o direito dos acusados, que teriam sua presunção de inocência resguardada - o tema, no entanto, não é pacífico. O Promotor Jackson é quem mais defende a necessidade de se manter as garantias jurídicas fundamentais do Tribunal, enquanto alguns envolvidos desejam simplesmente a execução sumária pelos crimes já sabidos que foram cometidos pelos Nazistas.

O resultado final não diverge do esperado, demonstrando que os

seguidores de Hitler acreditavam no sistema Nazista e nos ideais de seu "mestre", bem como que todos os atos que realizaram não foram crimes, já que seguiam apenas ordens superiores. Ao fim do julgamento, os oficiais Nazistas foram condenados, alguns à prisão, outros à morte, dependendo de sua participação nos crimes contra a humanidade dos quais foram acusados.

A história, romanceada e dramatizada pelo cinema Americano, retrata com boa fidelidade o julgamento acontecido em Nuremberg e mostra como o sistema Nazista era legitimado e respeitado por aqueles que estavam no comando, que representavam o Governo e o Estado, o que se torna o cerne do nosso debate nesse artigo. Isso porque a submissão dos oficiais ao sistema nazista era real e concreta pois eles acreditavam que a lei era legítima, válida, e portanto, deveria ser cumprida. Lei válida era a mesma coisa que lei justa, mesmo frente a grandes injustiças que elas supostamente pudessem causar.

Foi exatamente no período relatado em “O Julgamento de Nuremberg” que as constituições dos estados passaram de diplomas que regiam a formação do estado para cartas garantidoras de direitos fundamentais e humanos. O Holocausto promovido pelo Nazismo Alemão causaram comoção mundial, bem retratada no filme em questão, e geraram desencanto e desconfiança no Positivismo Jurídico. Nesse sentido, aponta Daniel Sarmiento, para quem

[...] eventos traumatizantes, como o Holocausto nazista, demonstraram que o legislador, mesmo quando eleito pelo povo, pode perpetrar ou ser cúmplice das mais atrozes barbaridades, sendo portanto necessário estabelecer mecanismos de controle para a contenção dos seus abusos. Neste contexto, o culto à lei como forma, à qual pode ser atribuído qualquer conteúdo, desde que ditado pelas autoridades competentes, dá lugar a um desencanto geral com o Positivismo Jurídico.²⁴

Afinal, se o Positivismo Jurídico, como já explicitado, excluía do Direito uma relação com a Moral e permitia que qualquer lei, desde que cumpridos os critérios para sua validade, fosse obrigatória, ele teria sido o justificador da validade jurídica do Nazismo. Se as “normas morais” de Santiago Nino tivessem sido observadas, nenhum cidadão, mesmo que obrigado, deveria submeter-se ao sistema nazista e suas normas que afrontavam os Direitos Humanos devidamente reconhecidos.

Mas não foi como se deu o período Nazista. Foi exatamente nesse

24 SARMENTO, Daniel. *Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda*. In SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais**: estudos de direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. Pp. 171-172.

contexto que diversos países do mundo, após a 2ª Guerra Mundial, decidiram pela implantação de um tribunal que julgasse, dentro do devido processo legal, os oficiais alemães por crimes cometidos contra toda a humanidade. O reconhecimento dos Direitos Humanos e sua universalidade conferiram aos cidadãos mortos pelo Holocausto judeu direitos que não lhes eram conferidos pelo ordenamento jurídico do país, considerando injustas e arbitrárias as normas que o formavam. Daí a justificativa da formação do tribunal, e do julgamento de Nuremberg, narrado no filme objeto desse estudo, considerando que, mesmo havendo normas e ordens que justificassem a atitude dos oficiais nazistas, essas normas não deveriam ser obedecidas ou cumpridas em razão da sua “injustiça extrema”²⁵.

CONCLUSÕES

Os Direitos Humanos são a maior invenção da humanidade. Com essa frase, Carlos Santiago Nino abre sua obra *Ética y Derechos Humanos* e inicia sua análise sobre os direitos que as pessoas teriam mesmo que eles não estivessem previstos em seus ordenamentos jurídicos.

O Positivismo Jurídico, como ciência do Direito, surgiu para purificar o conhecimento jurídico e retirar dele as influências políticas e morais, objetivando que as normas jurídicas encontrassem validade em uma norma fundamental – especificamente na Teoria Pura elaborada por Hans Kelsen – que as legitimasse independentemente do conteúdo que abordassem. O Positivismo negava que o Direito tivesse conteúdos morais, pois eles em nada se relacionariam com a ciência jurídica.

Essa proposta, no entanto, foi criticada principalmente após a 2ª Guerra Mundial por ser considerada responsável por legitimar governos autoritários e normas flagrantemente injustas ou extremamente imorais, como o Nazismo Alemão. Gustav Radbruch, positivista, republicou sua obra mais conhecida com um apêndice voltado aos acadêmicos que buscava fazê-los refletir sobre as injustiças possibilitadas pelo Positivismo Jurídico e seus critérios de validade da lei independentemente dos conteúdos trazidos. Essa crítica é reforçada por Robert Alexy em seu *Conceito e validade do Direito*, porém rechaçada por Hart que aponta a falha de caráter humano como responsável pelos horrores do sistema nazista.

25 Esse termo é utilizado tanto por Gustav Radbruch, em seus *Cinco minutos de filosofia do Direito*, como por Robert Alexy, em *Conceito e validade do Direito*, ao analisar as teses do positivismo.

Os Direitos Humanos devem ser considerados efetivamente acima de qualquer ordenamento jurídico vigente no globo terrestre, pois toda pessoa os possui, mesmo que o país em que vive não os preveja em suas normas. Os Direitos Humanos, em uma perspectiva positivista, seriam normas morais, mas, ainda assim, seriam normas imperativas, cogentes, que todo estado estaria obrigado a observar, e que atingiriam tanto o campo jurídico quanto o político, pois implicariam em atuação política do Estado para sua concretização.

Nessa perspectiva, o Nazismo não poderia ser legitimado e suas normas não poderiam ser obedecidas, pois afrontavam os Direitos Humanos já reconhecidos e também uma Moral universalmente considerada, apesar de Kelsen refutar essa possibilidade. O Positivismo Jurídico, em sua forma mais pura, seria capaz de legitimar grandes injustiças, pois a exclusão dos conteúdos morais e políticos possui um 'outro lado', que é a facilitação do autoritarismo e dos regimes ditatoriais.

Para o reconhecimento supra ordenamental dos Direitos Humanos, a proposta purista do Positivismo precisa ser revisitada. Uma ciência do Direito que exclua os direitos mais fundamentais das pessoas, que exclua as normas morais apenas por refutar a influência política no Direito, não pode prosperar na sociedade globalizada do Século XXI, sendo imprescindível que, contemporaneamente, o conhecimento jurídico se faça com a inclusão dos Direitos Humanos e com o reconhecimento de sua importância para todos os ordenamentos jurídicos, bem como o rechaço ao seu descumprimento, em uma perspectiva global e de consciência.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Conceito e validade do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- AÑÓN, José Garcia. *C. S. Nino y los derechos morales*. In **Anuario de Filosofía del Derecho**, XI, 1994, pp. 209-228.
- CARNAP, Rudolf; NEURATH, Otto; HAHN, Hans. *A concepção científica do mundo: o Círculo de Viena*. In **Cadernos de História e Filosofia da Ciência**, 1986, pp. 5-20.
- COELHO, Fábio Ulhôa. **Para entender Kelsen**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- HART, H. L. A. **O conceito de Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2012.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes,

1998.

NINO, Carlos Santiago. **Ética y derechos humanos**: un ensayo de fundamentación. 2 ed. Buenos Aires: Alestrea, 1989.

RADBRUCH, Gustav. *Five minutes of legal philosophy*. In **Oxford Journal of Legal Studies**, Vol. 26, No. 1, 2006, pp. 13–15. Trad. Bonnie Litschewski Paulson e Stanley L. Paulson.

_____. **Introdução à Filosofia do Direito**. Trad. Prof. Jacy de Souza Mendonça. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

SARMENTO, Daniel. *Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda*. In SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais**: estudos de direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional**: Teoria, história e métodos de trabalho [e-pub]. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2012.