

Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 6, N. 3 (2015). Constitucionalização dos direitos humanos no Brasil, pp: 79-93. ISSN: 2237-2261 (versão eletrônica). ISSN 1809-1873 (versão impressa). Submetido em: 20/08/2015.

Eichmann em Brasília: Um relato sobre cidadania, obediência e consciência

Eichmann in Brasília : A report on citizenship, obedience and conscience.

HILDA BAIÃO RAMIREZ DELEITO¹

E-mail: hbrdeleito@gmail.com

Resumo: Trata-se de uma reflexão crítica sobre o livro *Eichmann em Jerusalém*, da filósofa alemã Hannah Arendt. O livro relata o julgamento do criminoso de guerra Adolf Eichmann pela corte judicial de Israel em razão da participação no holocausto nazista. A obra é referência na discussão sobre direitos humanos, pois expõe o ineditismo do crime do genocídio na história mundial, que somente se tornou possível com o acesso a tecnologias que tornam populações inteiras dispensáveis, sob o ponto de vista econômico e moral. Por outro lado, as pessoas que o perpetraram, os executores da “Solução Final” foram pessoas comuns, psicologicamente normais, e não psicopatas. Hannah Arendt observa que o mal perdeu a sua condição de tentação, para tornar-se absolutamente banal. A partir dessa observação, o presente artigo se propõe a questionar se crimes contra a humanidade poderiam ocorrer num ordenamento pós-positivista e como seria julgado o perpetrador hoje no Brasil. O título se refere a Brasília, como um paralelo com o título do livro de Hannah Arendt, mas poderia ocorrer em qualquer cidade brasileira. A análise das razões apresentadas por Eichmann no interrogatório revela que este desejava progredir em sua carreira como oficial da SS, e sempre obedecia estritamente às ordens recebidas. O problema não reside unicamente na lei, e no poder coercitivo do Estado em fazê-las valer, uma vez que a “Solução Final” jamais foi codificada. A questão da obediência cega às ordens recebidas permanece em aberto. Ao cidadão médio não é dado desobedecer às leis ou ordens por motivos de consciência. O preço da desobediência civil continua sendo alto: perda de carreiras e reputação, e poucos ainda hoje ousariam se insurgir. O próprio termo “genocídio” vem sendo utilizado para descrever qualquer matança com motivação étnica ou religiosa, e portanto perdeu a capacidade de impactar a opinião pública. Em síntese, as promessas do pós-positivismo não se cumpriram. Apenas os magistrados podem julgar conforme sua consciência. Os cidadãos comuns continuam devendo obediência irrestrita ao Estado, cujas ordens não devem questionar.

Palavras-chave

Pós positivismo; crimes contra a humanidade; possibilidade

¹ Analista Judiciária do TRT -1ª Região, Bacharel e Licenciada em História pela PUC/RJ, Bacharel em Direito pela Universidade Santa Úrsula, Pós Graduada em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho pela Universidade Cândido Mendes, Mestre em Direito pela Universidade Cândido Mendes, Doutoranda na Universidade Veiga de Almeida.

Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 6, N. 3 (2015). Constitucionalização dos direitos humanos no Brasil, pp: 79-93. ISSN: 2237-2261 (versão eletrônica). ISSN 1809-1873 (versão impressa). Submetido em: 20/08/2015.

Abstract: This is a critical review on the book "Eichmann in Jerusalem", written by German philosopher Hannah Arendt. The book tells the history of the war criminal Adolf Eichmann's trial by the judicial court in Israel because of participation in the Nazi holocaust. The work is a reference in the discussion on human rights because it exposes the genocide as a crime unprecedented in world history, which only became possible with new technologies that make entire populations expendable, from an economic and moral point of view. On the other hand, the executors of the "Final Solution" were ordinary people, psychologically normal, not psychopaths. Hannah Arendt observes that evil has lost its temptation condition, to become absolutely commonplace. From this observation, this article intends to question whether crimes against humanity could occur in a post-positivist planning and would be tried as the perpetrator in Brazil today. The title refers to Brasilia, as a parallel to the book title of Hannah Arendt, but could occur in any Brazilian city. An analysis of the reasons given by Eichmann in the interrogation reveals that he wanted to progress in your career as SS officer, and therefore always strictly obeyed the orders to ensure his carrier progression. The issue is not only the law, and the coercive power of the state to make them real, since the "Final Solution" was never codified. The issue of blind obedience to orders received remains open. The average citizen is not given disobey laws or orders for reasons of conscience. The price of civil disobedience remains high: loss of career and reputation, and few today would dare to rebel. The very term "genocide" has been used to describe any killing with ethnic or religious motivation, and thus lost all impact on public opinion. In short, the promises of post-positivism were not fulfilled. Only the judges can judge according to their conscience. Ordinary citizens should continue unrestricted obedience to the state, whose orders they are not supposed to question.

Keywords:

Post positivism , crimes against humanity, possibility.

Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 6, N. 3 (2015). Constitucionalização dos direitos humanos no Brasil, pp: 79-93. ISSN: 2237-2261 (versão eletrônica). ISSN 1809-1873 (versão impressa). Submetido em: 20/08/2015.

1. A história de um homem comum

O presente artigo parte de reflexões feitas com a leitura do livro *Eichmann em Jerusalém*, de Hannah Arendt. Ao falar na banalidade do mal, a filósofa expõe a ideia central da obra a discrepância abismal entre a enormidade do crime perpetrado e a insignificância do seu autor. De fato, a figura banal de um homem de meia idade, calvo e de óculos, pouco instruído e incapaz de se expressar claramente em sua língua materna contrastava duramente com a eficiência assassina da máquina de extermínio nazista e seu saldo macabro de destruição. O livro convida, portanto, a uma reflexão sobre a liberdade, consciência e o dever de obediência. Hannah Arendt destaca que o acusado jamais negou os fatos a ele imputados, entretanto sempre manteve sua inocência “no sentido da acusação” porque durante todo o regime nazista apenas havia obedecido ordens e que a obediência era uma virtude. Uma frase sua em particular me chamou a atenção, apesar de toda a sua dificuldade de expressão, ele resumiu o que considerava a sua desdita: ele era “azarado”, que devia obediência a um Estado que abusou do seu dever como cidadão.

A partir desse julgamento - ocorrido em Jerusalém em 1961- proponho uma releitura, que situo em Brasília, apenas porque esta é a capital da República, mas que poderia situar-se em qualquer cidade brasileira do século XXI. Embora felizmente, estejamos longe de ser um Estado totalitário, e, por conseguinte, seja impensável ditar ordens de eliminar 5,5 milhões de pessoas, a questão da liberdade e da consciência perante a lei permanece atual.

Otto Adolf Eichmann foi seqüestrado em Buenos Aires em 11/05/60 por agentes israelenses e levado a julgamento em 11/04/61 acusado de crimes contra o povo judeu, crimes contra a humanidade e crimes de guerra. Ao contrário dos julgamentos convencionais, em que se presume a inocência do acusado, o sequestro apenas aconteceu porque se presumia a culpa de Eichmann e cabia à promotoria formar um caso exemplar, mostrar ao mundo que o novo Estado Judaico não iria tolerar tamanhos atos de barbárie. Infelizmente, o acusado era material inadequado para um julgamento exemplar. Não possuía a presença marcante do alto escalão do partido nazista. Não era sombrio como Josef Goebbels ou ameaçador como Hermann Göring. Era comum, na aparência inclusive. Estava na faixa dos 50 anos quando foi julgado, magro, de óculos e controlava com dificuldade os tiques nervosos isolado numa redoma de vidro. No tribunal, dava a impressão de ser um típico membro da classe média baixa, e essa impressão era confirmada por cada palavra que falou ou escreveu na prisão (ARENDR, 2014, p. 43). Facilmente manipulável, primeiramente declarou em julgamento que jamais faria um julgamento, porque assim teria aprendido em uma “vida desperdiçada”, para a seguir, ao ser informado de que teria que prestar juramento para que pudesse testemunhar em sua própria defesa, mudar prontamente de ideia (ARENDR, 2014, p. 67/68). Depois de insistir que “a pior coisa que poderia fazer” seria tentar escapar de suas responsabilidades com um pedido de clemência, concordou com seu advogado e pediu clemência por escrito. Vários psiquiatras atestaram a sua normalidade, sua atitude “inteiramente desejável” com “esposa e filhos, mãe e pai, irmãos, irmãs e amigos” (ARENDR, 2014, p. 37). Quando um guarda na prisão lhe ofereceu o livro *Lolita*, devolveu-o ao término de poucos dias, com o comentário “*ein sehr unerfreuliches Buch*” (um livro muito desagradável). Apesar dessa normalidade e do convencional em tudo na sua pessoa, “só ficava com a consciência pesada quando não fazia aquilo que lhe ordenavam – embarcar milhões de homens, mulheres e crianças para a morte, com grande aplicação e o mais metucioso cuidado” (ARENDR, 2014 p. 37)

Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 6, N. 3 (2015). Constitucionalização dos direitos humanos no Brasil, pp: 79-93. ISSN: 2237-2261 (versão eletrônica). ISSN 1809-1873 (versão impressa). Submetido em: 20/08/2015.

Muito ao contrário, quando sua utilidade ao *Reich* como especialista em assuntos judaicos se perdeu e não havia mais transportes aos campos de concentração, almoçava sozinho em sua unidade, pois nenhum dos distintos cavalheiros que compunham os escalões médios e superiores da SS se dignava a chama-lo a se juntar a eles. Ao final da guerra, quando os mais capazes dentre os nazistas acharam oportuno se tornarem moderados, Eichmann “primitivo demais para aqueles educados ‘cavalheiros’ de classe média alta, contra os quais alimentou o mais violento ressentimento até o final” tampouco fez parte do seletivo grupo (ARENDETT, 2014 p.162). Morto o *Führer*, seguiu o destino dos soldados, juntou-se à resistência contra os russos e depois desapareceu nos escombros.

Eichmann teve uma história comum. Nascido em 1906 em Solingen, às margens do Reno, o mais velho de cinco filhos, e apenas ele não terminou a escola secundária, nem a escola vocacional para a Engenharia. Trabalhou como mineiro comum na empresa do pai até conseguir um emprego como vendedor na Companhia *Oberösterreichischer Elektrobau*, ficou dois anos. A essa altura, Eichmann já se tornara um embaraço para a própria família, um filho *declassé* de uma sólida família de classe média. Coube a um primo da madastra conseguir-lhe um emprego de vendedor viajante da Companhia de Óleo Austríaca, onde passou cinco anos. Em 1932, foi despedido e entrou para o partido nazista, depois de tentar sem êxito entrar para a maçonaria. Durante todo esse período, não havia assumido seu compromisso para com a noiva de longa data, presumivelmente pela incerteza de seu futuro como vendedor viajante. A hesitação entre a maçonaria e o emergente partido nacionalsocialista indicava o desejo do acusado de pertencer a algum lugar, já que a essa altura era um fracassado aos olhos da própria família. Como muitos outros trabalhadores desqualificados na Alemanha, Eichmann abraçou um movimento que daria sentido à sua vida e lhe traria uma sólida carreira. Apesar de sua fraca escolaridade e dificuldades com o idioma alemão, no qual jamais conseguiu se expressar sem usar clichês e coloquialismos, Eichmann construiu uma carreira na SS e chegou ao posto de *Obersturmbannführer*, situação que dificilmente alcançaria em situação de paz em um emprego civil. Tanto é, que ao final da guerra, vivia em condições de penúria em um subúrbio de Buenos Aires, sem eletricidade ou água encanada. Inobstante o peso do dever e da admiração a Hitler, é claro que Eichmann conhecia a alternativa para sua renúncia a um cargo bem remunerado na burocracia nazista: a volta a empregos incertos, instáveis e mal-remunerados. Era só um homem comum, tentando sobreviver num mundo impiedoso.

O interrogatório policial realizado entre 29/5/60 e 17/1/61 segundo ARENDETT (p. 61) possui um toque de humor intraduzível. Conduzido em alemão e perante um capitão igualmente alemão, o interrogatório torna-se uma “luta heróica que Eichmann trava com a língua alemã, que invariavelmente o derrota”. Por exemplo, não domina o vocabulário e utiliza o coloquialismo *gegflügelte Worte* (literalmente palavras aladas) em lugar de *Redensarten* ou *Schlagworte*, para dizer frases feitas. Mais adiante no julgamento, usa a expressão *kontra geben*, que não é compreendida pelo Juiz alemão Landau, e não consegue se lembrar de nenhum sinônimo. O interrogatório também oferece um indicativo para a inconsciência de Eichmann quanto à gravidade de seus atos. Esperava encontrar simpatia do capitão judeu alemão Avner Less que conduzia o interrogatório por uma “vida desperdiçada”, foi inteiramente honesto quanto a sua atuação durante a guerra, supondo que a falta de rancor específico contra os judeus seria causa de exclusão de ilicitude. O próprio Less se descreveria como “padre confessor de Eichmann”. O interrogado, para sua grande “tristeza e sofrimento” nunca passou de *Obersturmbannführer* da SS (posto equivalente a tenente-coronel), embora se esforçasse para cumprir da melhor forma possível as missões que lhe foram confiadas. Ao ingressar no partido nazista na

Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 6, N. 3 (2015). Constitucionalização dos direitos humanos no Brasil, pp: 79-93. ISSN: 2237-2261 (versão eletrônica). ISSN 1809-1873 (versão impressa). Submetido em: 20/08/2015.

Alemanha, Eichmann recebeu treinamento e pediu transferência para a SD (*Sicherheitsdienst* da SS), onde ficou lotado no departamento de informações, primeiro coletando informações sobre a maçonaria, e depois sobre o judaísmo. A entrada para a SD se deu por equívoco quanto ao significado da sigla, e de qualquer maneira suas primeiras incumbências não possuíam natureza criminoso. Leu Theodor Herzl (*Der Judenstaat*), segundo a autora o primeiro livro sério que leu na vida. Chegou a ler mais um livro sobre o assunto: História do Sionismo de Josef Böhm. No interrogatório, o acusado falava com rancor dos oportunistas que mais tarde se ocupavam da Questão Judaica sem terem lido um ou dois livros básicos.

A primeira tarefa prática foi a emigração forçada em Viena em 1938, que corresponde à primeira fase da Solução Final: Expulsão. Apenas nessa missão se revela o caráter criminoso da organização, cinco anos depois de sua admissão. Deveria convencer os judeus a deixarem a Áustria voluntariamente, levando apenas o necessário para sua sobrevivência imediata nos países de destino. Observadores judeus horrorizados compararam o esquema a uma linha de montagem em que os judeus entravam ricos, passavam por várias repartições, onde deixavam patrimônio e direitos e saíam pobres e apátridas. Entre 1937 e 1941, recebeu quatro promoções, foi reconhecido como “autoridade” em evacuação, pois conseguiu resultados: 60% da população judaica da Áustria de fato abandonou o país. O resultado não surpreende pois as lideranças judaicas tinham estado presos desde a Anexação. Da maneira como narra suas cordiais relações com seus interlocutores judeus, o interrogado não percebeu que eram vítimas de extorsão.

Nos capítulos finais Hannah Arendt assim resume o caráter de Eichmann:

Falo num nível estritamente factual, apontando um fenômeno que nos encarou de frente no julgamento. Eichmann não era nenhum lago, nenhum Macbeth, e nada estaria mais distante de sua mente do que a determinação de Ricardo III de “se provar um vilão”. A não ser por sua extraordinária aplicação em obter progressos pessoais, ele não tinha nenhuma motivação. E essa aplicação em si não era de forma alguma criminoso; ele certamente nunca teria matado seu superior para ficar com seu posto. Para falarmos em termos coloquiais, ele *simplesmente nunca percebeu o que estava fazendo*. Foi precisamente essa falta de imaginação que lhe permitiu sentar meses a fio na frente do judeu alemão que conduzia o interrogatório da polícia, abrindo seu coração para aquele homem e explicando insistentemente como ele conseguira chegar só à patente de tenente-coronel da SS e que não fora falha sua não ter sido promovido (ARENDDT, 2014, p. 310/311)

Segundo Hannah Arendt, foi só com a eclosão da guerra em 1º de setembro de 1939 que o regime nazista se tornou abertamente totalitário e criminoso. Considerando-se que então judeus já haviam perdido a sua nacionalidade e forçados a abandonar a Áustria anexada, esse termo inicial deve ser visto com certa cautela. De qualquer sorte, a eclosão do conflito coincide com a fusão do Serviço de Segurança da SS com a polícia regular do Estado, do qual fazia parte a Gestapo. A época também a segunda etapa da Questão Judaica: a Concentração. Nessa época foi criado o campo de *Theresienstadt*, também conhecido como *Altersghetto*, o único campo sob a responsabilidade de Eichmann. Este campo apenas abrigava casos especiais, como veteranos de guerra, funcionários judeus e cônjuges judeus de casamentos mistos. Esse campo nunca serviu aos propósitos de extermínio, e uma das atribuições de Eichmann era acompanhar a Cruz Vermelha ao local para atestar as relativas boas condições dos presos. A partir de 1939, a importância de Eichmann diminuiu gradualmente, pois a expulsão dos judeus havia sido substituída por seu confinamento em campos de trabalho e concentração. A chamada Questão Judaica era resolvida simultaneamente por várias divisões da SS – e até mesmo do Exército regular – para

Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 6, N. 3 (2015). Constitucionalização dos direitos humanos no Brasil, pp: 79-93. ISSN: 2237-2261 (versão eletrônica). ISSN 1809-1873 (versão impressa). Submetido em: 20/08/2015.

grande desapontamento de Eichmann, que via minguarem suas perspectivas de ascensão profissional na SS à medida em que seu campo de especialização invadido por oportunistas de última hora, que sequer conheciam os livros básicos sobre sionismo (ao contrário dele mesmo).

Em 22/06/41, deu-se o ataque à União Soviética, e segundo a autora iniciou-se a 3ª etapa: Solução Final. Em 31 de julho Heydrich recebeu uma carta de Göring determinando que apresentasse uma proposta para a implementação da Solução Final. Foram usadas metáforas como “evacuação” (*Umsiedlung*), e “trabalho no leste” (*Arbeitsinsatz im Osten*), evitando a carga negativa de deportações e extermínio. As câmaras de gás eram “morte misericordiosa”, em oposição ao fuzilamento pelos *Einsatzgruppen*. Os níveis de acesso a informações sobre o extermínio dividiam os cidadãos entre “portadores de ordens” e “portadores de segredos”. De qualquer sorte, Eichmann nunca esteve em situação de ditar as ordens e nada teve a ver com as câmaras de gás, apenas com a capacidade de extermínio do campo e quantos carregamentos por semana poderia absorver. Simplesmente assinava as ordens de transporte, não decidia os números, ou o destino das vítimas, ou quem seria poupado. A visita que fez a campos de extermínio deixou-o enojado e Hannah Arendt concluiu que jamais teria coragem para matar. O extermínio era uma operação em escala industrial, em que se decidia matematicamente e friamente a capacidade de absorção de determinado campo, e a capacidade operacional das câmaras de gás, por conseguinte, excluía homens simples e sem instrução formal como Eichmann. Era um trabalho meramente burocrático. Admitiu perante a corte que poderia ter recuado sob um pretexto qualquer e que outros da SS o fizeram.

A Conferência de Wannsee em janeiro de 1942 coordenou todos os esforços na implementação da Solução Final. A linha de montagem da indústria da morte atingiu a perfeição. Peritos legais tornaram apátridas as vítimas, o Ministério das Finanças e Banco Central recebiam os bens e Ministério dos Transportes deportava as vítimas. Nos campos tudo dos corpos das vítimas seria aproveitado e comercializado. Hannah Arendt nomeia o capítulo “Pôncio Pilatos”, pois seria o momento em que Eichmann teria se convencido do acerto de suas escolhas. Tratou-se de uma conferência de Secretários de Estado, em que o oficial menos graduado era justamente Eichmann, que esteve encarregado da redação das atas. Cercado dos altos escalões do partido, integrantes da elite alemã, Eichmann teria-se convencido (se é que precisava de convencimento) de que o extermínio era o correto a se fazer.

A história de Eichmann é a de um homem comum, que certamente jamais sairia do anonimato se não vivesse durante o 3º Reich ou aderido ao Partido Nazista. Teve uma oportunidade de ascensão social e aproveitou-a. Como salientou Hannah Arendt não era ambicioso ao ponto de matar seu chefe na SS, mas tampouco sacrificou seu atraente salário por motivos de consciência.

2. Positivismo e dever de obediência

Ao fim da guerra, não só os nazistas e o povo alemão estiveram sob julgamento, o positivismo jurídico também foi julgado e condenado. Coube ao jusnaturalista Radbruch formular a crítica que explicava o direito como radicalmente divorciado da moral, da vontade do povo e cuja validade repousa unicamente sobre a força. O positivismo colocaria, então, civis e soldados na mesma situação: ambos devem obediência cega: o soldado à lei, o cidadão civil à lei.

Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 6, N. 3 (2015). Constitucionalização dos direitos humanos no Brasil, pp: 79-93. ISSN: 2237-2261 (versão eletrônica). ISSN 1809-1873 (versão impressa). Submetido em: 20/08/2015.

Ordens são ordens, é a lei do soldado. A lei é a lei, diz o jurista. No entanto, ao passo que para o soldado a obrigação e o dever de obediência cessam quando ele souber que a ordem recebida visa a prática dum crime, o jurista, desde que há cerca de cem anos desapareceram os últimos jusnaturalistas, não conhece exceções deste gênero à validade das leis nem ao preceito de obediência que os cidadãos lhes devem. A lei vale por ser lei, e é lei sempre que, como na generalidade dos casos, tiver do seu lado a força para se fazer impor. Esta concepção da lei e sua validade, a que chamamos Positivismo, foi a que deixou sem defesa o povo e os juristas contra as leis mais arbitrárias, mais cruéis e mais criminosas. Torna equivalentes, em última análise, o direito e a força, levando a crer que só onde estiver a segunda estará também o primeiro (RADBRUCH, 1945).

A posição de Radbruch, independente de suas motivações, na prática absolvía todos os simpatizantes do nazismo de qualquer culpa, que transferia para a lei. A posição era, sem dúvida, bastante conveniente para muitos antigos nazistas e assim foi prontamente aceita e serviu como justificativa para que a elite de juristas do Reich pudesse voltar à ativa. Juan Antonio Garcia Amado, em seu artigo sobre Kelsen lembrou que a posição de Kelsen era minoritária durante a República de Weimar, e muito atacada por juristas de ideologias variadas, e foi desqualificado pelo regime nazista como judeu liberal perigoso para o Estado. Ao contrário de Kelsen, vários juristas que depois de 1933 haviam saudado, apoiado e legitimado o nazismo como Carl Schmitt, Otto Koellreutter, Reinhard Höh, Georg Dahm e Karl August Eckart puderam voltar às respectivas cátedras depois de um breve período de suspensão ou um processo de desnazificação. Garcia Amado assinalou que a grande maioria dos professores de Direito que ensinavam nas universidades da Alemanha Ocidental do pós-guerra eram os mesmos do 3º Reich e os mesmos já se encontravam ativos antes da ascensão do nazismo. Hannah Arendt também assinalou que a administração Adenauer não poderia ser demasiado exigente em compor seus quadros, ou não haveria administração alguma, e somente excluía aqueles demasiado comprometidos com o antigo regime.

Os mesmos professores e juristas que haviam servido ao regime nazista, alguns se “converteram” em jusnaturalistas, ou em defensores de uma concepção do Direito com forte base moral. Eram os mesmos, ressaltou Garcia Amado, que antes se haviam oposto com todas as forças ao positivismo jurídico, por considera-lo individualista, liberal, judaico e inimigo da grandeza e da expansão do povo alemão.

A síntese de Radbruch segundo Garcia Amado se converte em mera estratégia para permitir que a condenação aos juízes e servidores públicos nazistas se converta em condenação moral ao positivismo, ainda que nenhum deles fosse positivista ou seguidor de Kelsen. A estratégia de Radbruch, insistiu Garcia Amado, implica que os juízes obcecados pela ideia de obediência, ficaram cegos para a injustiça da lei, de modo que ainda que suas ações objetivamente fossem objetivamente antijurídicas, faltava-lhes o elemento subjetivo de dolo e, conseqüentemente, não deveriam ser condenados. O nazismo, ao contrário, havia excluído tanto Radbruch quanto Kelsen da cátedra, e forçado este último ao exílio, enquanto prosperavam acadêmicos abertamente antipositivistas e antikelsenianos como Carl Schmitt.

No prefácio da Teoria Pura do Direito, redigido em Genebra em 1932, Kelsen queixava-se dos ataques que recebia e cuja virulência lhe parecia pouco acadêmica e demasiado passional. Apenas pretendia fazer ciência, não política. Portanto, não entendia como podiam acusá-lo justamente do oposto, de ocultar-se por detrás de uma fachada de

Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 6, N. 3 (2015). Constitucionalização dos direitos humanos no Brasil, pp: 79-93. ISSN: 2237-2261 (versão eletrônica). ISSN 1809-1873 (versão impressa). Submetido em: 20/08/2015.

neutralidade científica. Segundo ele, os fascistas declaram-na “liberalismo democrático”, enquanto os sociais-democratas consideram-na “um posto avançado do fascismo”, e os comunistas classificam-na como “ideologia de um estatismo capitalista”. Todas essas críticas parecem-lhe igualmente dolorosas, porque se considerava antes de tudo um cientista do direito, e seu ambicioso projeto era formular as bases de uma ciência do direito, igualmente equidistante do direito natural e das divergências políticas.

Agora o positivismo era acusado de promover a separação entre Direito e moral e seria a causa pela qual o povo alemão não souberam entender o real significado do nacional-socialismo e emprestaram seu assentimento ao regime. Obviamente essa operação de exclusão de culpa incluía a rejeição visceral à obra de Kelsen, juspositivista ainda produtivo e internacionalmente conhecido no pós guerra, como defensor da virtude moral de todo Direito formalmente válido e o dever de obediência as quaisquer leis promulgadas pelo poder.

Essa releitura política de sua obra certamente aborrecia Kelsen, pois seu propósito sempre foi fazer ciência e não política, como expressou no prefácio de sua obra mais conhecida:

Há mais de duas décadas que empreendi desenvolver uma teoria jurídica pura, isto é, purificada de toda a ideologia política e de todos os elementos de ciência natural, uma teoria jurídica consciente da sua especificidade porque consciente da legalidade específica do seu objeto. Logo desde o começo foi meu intento elevar a Jurisprudência, que - aberta ou veladamente - se esgotava quase por completo em raciocínios de política jurídica, à altura de uma genuína ciência, de uma ciência do espírito. Importava explicar, não as suas tendências endereçadas à formação do Direito, mas as suas tendências exclusivamente dirigidas ao conhecimento do Direito, e aproximar tanto quanto possível os seus resultados do ideal de toda a ciência: objetividade e exatidão. (KELSEN, 1998, VII).

Garcia Amado cita textualmente o jurista Erik Wolf que escreveu em 1934: deve restar claro que quando falamos da vinculação do juiz à lei hoje em dia, fazemos com um sentido distinto do de antes. Por um lado, porque a ciência jurídica alemã reconheceu desde muito tempo que os parágrafos puramente formais da lei não são nunca capazes, em razão da possibilidade judicial da livre valoração de assegurar uma plena igualdade de tratamento na Justiça, o que não se deve à má disposição, mas à essência mesma da lei, que contem e deve conter elementos necessitados de complemento valorativo, aptos para apreender a vida real. Por outro lado, porque com a identidade que atualmente se dá entre o legislador e o governo fica garantida uma direção autoritária ao juiz por meio dos princípios básicos do governo estatal, proporcionando-lhe dessa maneira um supedâneo firme para sua livre valoração. Precisamente aqui repousa a garantia de que toda vontade do Führer encontre sua expressão em forma de lei e satisfaça a necessidade de segurança jurídica do povo. Nessa medida também o Estado nacional-socialista é um “Estado de Direito”, porém não no sentido formal e positivista de um Estado de artigos de lei com um legislador inatingível, pluriforme, e em última análise irresponsável, mas no sentido de um Estado material de Direito, Estado de justiça material ligada a um povo. Neste Estado, aparece como ideal jurídico um juiz que é mandatário da comunidade popular. Sua liberdade não está delimitada nem pela arbitrariedade, nem pelo princípio da segurança jurídica concebido de modo formal abstrato, porque essa liberdade é guiada e limitada no necessário através da ideia jurídica popular encarnada no Führer e acrescentada à lei”

A isso respondeu Kelsen, no prefácio à Teoria Pura do Direito:

Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 6, N. 3 (2015). Constitucionalização dos direitos humanos no Brasil, pp: 79-93. ISSN: 2237-2261 (versão eletrônica). ISSN 1809-1873 (versão impressa). Submetido em: 20/08/2015.

Agora, como antes, uma ciência jurídica objetiva que se limita a descrever o seu objeto esbarra com a pertinaz oposição de todos aqueles que, desprezando os limites entre ciência e política, prescrevem ao Direito, em nome daquela, um determinado conteúdo, quer dizer, crêem poder definir um Direito justo e, conseqüentemente, um critério de valor para o Direito positivo. E especialmente a renascida metafísica do Direito natural que, com esta pretensão, sai a opor-se ao positivismo jurídico.

O problema da Justiça, enquanto problema valorativo, situa-se fora de uma teoria do Direito que se limita à análise do Direito positivo como sendo a realidade jurídica. Como, porém, tal problema é de importância decisiva para a política jurídica, procurei expor num apêndice o que há a dizer sobre ele de um ponto de vista científico e, especialmente, o que há a dizer sobre a doutrina do Direito natural. (KELSEN, 1998, X)

Em resumo, nunca o positivismo de Kelsen afirma que existe uma obrigação moral de obediência a normas jurídicas, da mesma maneira que não há para o sujeito obrigação jurídica geral de obediência a normas morais. Ao contrário, uma doutrina que inclui elementos externos ao Direito como a vontade do Führer jamais poderia ser qualificada como positivismo, pois reconhece fontes do Direito que apesar de não codificadas, assim mesmo são exigíveis dos cidadãos. O postulado foi melhor explicado por outro jurista, Hans Frank, Governador Geral da Polônia ocupada pelos nazistas, como agir de tal forma que o *Führer*, se souber de sua atitude, a aprove. A ideia de que a lei extrai sua validade por sua adequação à vontade de um líder carismático, supostamente identificado com a vontade geral, nada tem de positivista.

Ao contrário do que pretendem seus detratores, o positivismo de Kelsen reconhece a proximidade entre Direito e moral, ambos regulam a conduta dos homens:

Ao lado das normas jurídicas, porém, há outras normas que regulam a conduta dos homens entre si, isto é, normas sociais, e a ciência jurídica não é, portanto, a única disciplina dirigida ao conhecimento e à descrição de normas sociais. Essas outras normas sociais podem ser abrangidas sob a designação de Moral e a disciplina dirigida ao seu conhecimento e descrição pode ser designada como Ética. Na medida em que a Justiça é uma exigência da Moral, na relação entre a Moral e o Direito está contida a relação entre a Justiça e o Direito (KELSEN, 1998, p. 42).

Ao passo que a moral se refere à consciência do indivíduo e o Direito à conduta externa Moral e Direito se podem distinguir pela forma indicada: referir-se aquela à conduta interna ao passo que este também dispõe sobre a conduta externa.

Direito e moral para Kelsen possuem a mesma fonte, que é o costume ou a elaboração consciente, inclusive com um viés religioso, ético. A criação autoritária não é possível para Kelsen. O que distingue Direito e moral, já que ambos são positivos, e proveem da mesma fonte é que a moral não possui força coercitiva externa, apenas a coerção interna (ligada à consciência do indivíduo).

Tal como as normas do Direito, também as normas da Moral são criadas pelo costume ou por meio de uma elaboração consciente (v. g. por parte de um profeta ou do fundador de uma religião, como Jesus). Neste sentido a Moral é, como o Direito, *positiva*, e só uma Moral positiva tem interesse para uma Ética científica, tal como apenas o Direito positivo interessa a uma teoria científica do Direito.

Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 6, N. 3 (2015). Constitucionalização dos direitos humanos no Brasil, pp: 79-93. ISSN: 2237-2261 (versão eletrônica). ISSN 1809-1873 (versão impressa). Submetido em: 20/08/2015.

O Direito só pode ser distinguido essencialmente da Moral quando - como já mostramos - se concebe como uma ordem de coação, isto é, como uma ordem normativa que procura obter uma determinada conduta humana ligando à conduta oposta um ato de coerção socialmente organizado, enquanto a Moral é uma ordem social que não estatui quaisquer sanções desse tipo, visto que as suas sanções apenas consistem na aprovação da conduta conforme às normas e na desaprovação da conduta contrária às normas, nela não entrando sequer em linha de conta, portanto, o emprego da força física. (KELSEN, p. 44).

Mais adiante, Kelsen afirmou que o Direito é, em essência moral pois sempre descreve um dever ser:

Sob estes pressupostos, a afirmação de que o Direito é, por sua essência, moral, não significa que ele tenha um determinado conteúdo, mas que ele é norma e uma norma social que estabelece, com o caráter de devida (como devendo-ser), uma determinada conduta humana. Então, neste sentido relativo, todo o Direito tem caráter moral, todo o Direito constitui um valor moral (relativo). Isto, porém, quer dizer: a questão das relações entre o Direito e a Moral não é uma questão sobre o conteúdo do Direito, mas uma questão sobre a sua forma. Não se poderá então dizer, como por vezes se diz, que o Direito não é apenas norma (ou comando), mas também constitui ou corporiza um valor. Uma tal afirmação só tem sentido supondo-se um valor divino absoluto. Com efeito, o Direito constitui um valor precisamente pelo fato de ser norma: constitui o *valor jurídico* que, ao mesmo tempo, é um valor moral (relativo). Ora, com isto mais se não diz senão que o Direito é norma. (KELSEN, p. 46).

Kelsen sustenta que não existem valores morais absolutos (ao contrário do que afirmavam os jusnaturalistas e atualmente os neoconstitucionalistas), e que o critério da moralidade absoluta pode servir a propósitos totalitários, ao legitimar uma determinada comunidade jurídica, em detrimento de outros ordenamentos, que são desqualificados como “imorais”. Para Kelsen, o propósito da ciência jurídica não é legitimar ou validar, apenas descrever o fenômeno jurídico.

A tese de que o Direito é, segundo a sua própria essência, moral, isto é, de que somente uma ordem social moral é Direito, é rejeitada pela Teoria Pura do Direito, não apenas porque pressupõe uma Moral absoluta, mas ainda porque ela na sua efetiva aplicação pela jurisprudência dominante numa determinada comunidade jurídica, conduz a uma legitimação acrítica da ordem coercitiva estadual que constitui tal comunidade. Com efeito, pressupõe-se como evidente que a ordem coercitiva estatal própria é Direito. O problemático critério de medida da Moral absoluta apenas é utilizado para apreciar as ordens coercitivas de outros Estados. Somente estas são desqualificadas como imorais e, portanto, como não-Direito, quando não satisfaçam a determinadas exigências a que a nossa própria ordem da satisfação, v. g., quando reconheçam ou não reconheçam a propriedade privada, tenham caráter democrático ou não-democrático, etc. Como, porém, a nossa própria ordem coercitiva é Direito, ela tem de ser, de acordo com a dita tese, também moral. Uma tal legitimação do Direito positivo pode, apesar da sua insuficiência lógica, prestar politicamente bons serviços. Do ponto de vista da ciência jurídica ela é insustentável. Com efeito, a ciência jurídica não tem de legitimar o Direito, não tem por forma alguma de justificar - quer através de uma Moral absoluta, quer através de uma Moral relativa - a ordem normativa que lhe compete - tão-somente - conhecer e descrever. (KELSEN, p. 49).

Os supostos vícios do positivismo não foram sequer alegados no julgamento de Eichmann. A tese de seu advogado, Dr. Servatius - que paradoxalmente jamais se filiou ao partido

Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 6, N. 3 (2015). Constitucionalização dos direitos humanos no Brasil, pp: 79-93. ISSN: 2237-2261 (versão eletrônica). ISSN 1809-1873 (versão impressa). Submetido em: 20/08/2015.

nazista e militava como advogado particular empresarial e tributário em Colônia - repetia a tese expendida em Nuremberg de que se tratava de “atos de Estado”, puros atos de obediência, insuscetíveis de crivo judicial.

O próprio Eichmann em seu julgamento usou a expressão *Kadavergehorsamkeit* (Arendt, p. 152), “obediência cadavérica”, para descrever a sua passividade no cumprimento das ordens, mas não seguiu a linha dos “Atos de Estado”. Seus argumentos também passavam ao largo de um suposto legado maldito do positivismo. Ao contrário, o acusado fez um complicado *tour de force* com a ideia kantiana de dever. Declarou que a menção a Kant foi que “o princípio da minha vontade deve ser sempre tal que possa se transformar no princípio de leis gerais” (ARENDR, p. 153). Deixou-se de lado a racionalidade kantiana para chegar à determinação de que o cidadão médio não só obedeça à lei, mas se identifique com o princípio do qual brotou a lei. A razão prática kantiana é substituída pela vontade do *Führer*, como fonte de legitimidade e validade.

Hannah Arendt descreve o dilema da desobediência civil, fazendo uma analogia com a situação do soldado:

A posição de Eichmann, portanto, demonstrava uma semelhança muito desagradável com aquela do muito citado soldado que, agindo dentro de um quadro legal normal, se recusa a executar ordens que contrariam a sua experiência normal de legalidade e que podem ser reconhecidas por ele como criminosas. A extensa literatura sobre o assunto geralmente baseia suas afirmações no sentido comum equívoco da palavra “lei”, que neste contexto significa às vezes a lei local – ou seja, a lei positiva e constituída – e às vezes a lei que supostamente fala ao coração de todos os homens com a mesma voz. Em termos práticos, porém, para serem desobedecidas, as ordens têm que ser “manifestamente ilegais” e a ilegalidade tem que “parar como uma bandeira negra acima [delas] como um aviso de “Proibido!” – conforme o tribunal indicou. (ARENDR, p. 165/166).

Varias questões cercam a desobediência civil nos moldes defendidos pelo tribunal de Jerusalém, tanto na Alemanha Nazista. A primeira delas é que tanto a “morte misericordiosa” dos doentes incuráveis como a Solução Final jamais foram codificada. E se a “morte misericordiosa”, tentada na própria Alemanha enfrentou resistência da população, o mesmo não aconteceu com a Solução Final, que foi implementada por etapas, as primeiras das quais não eram manifestamente ilegais. Hannah Arendt encontra paralelos entre as leis raciais de Nuremberg com a legislação de outros países, em particular da Holanda. As etapas subsequentes da chamada “Solução Final”, a perda da nacionalidade, a expulsão e as deportações, como foram feitos por paulatinamente, não levantaram a tal “bandeira” de proibido, a que se referia o tribunal de Jerusalém. A sociedade simplesmente se acostumou a elas, e não percebia nada de abertamente criminoso. Hannah Arendt salienta também que existia uma “oposição silenciosa” a Hitler, cujos números exatos jamais serão conhecidos, porque poucos tiveram a coragem de não se filiar ao partido nazista, e sacrificar suas reputações e carreira, cátedras ou empregos públicos. Eichmann, em particular, que nunca percebeu o caráter criminoso do que fazia, nunca sequer questionou o dever de obediência ao Estado (e não à lei). Em Jerusalém acusou os poderosos de ter feito mau uso de sua obediência. O cidadão de um bom governo tem sorte, o de um mau governo é azarado (ARENDR, p. 194).

Segundo ARENDR (p. 121), Himmler usava também justificativas ideológicas para vencer a resistência psicológica dos mais sensíveis ao holocausto. Reconhecia o esforço “sobre-humanamente desumano” na implementação da Solução Final para que as futuras gerações não tivessem mais que travar batalhas contra “bocas inúteis”. A primeira câmara

Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 6, N. 3 (2015). Constitucionalização dos direitos humanos no Brasil, pp: 79-93. ISSN: 2237-2261 (versão eletrônica). ISSN 1809-1873 (versão impressa). Submetido em: 20/08/2015.

de gás foi construída para permitir a “morte misericordiosa” de “doentes incuráveis” (ARENDDT, p. 12). Em ambas as hipóteses, estamos falando da eliminação de indesejáveis em nome do bem comum.

Em síntese, não há como traçar um nexo de causalidade entre positivismo e ditadura totalitária. As motivações para a obediência cega são as mais diversas, desde o puro oportunismo à identificação ideológica com a eliminação de populações indesejáveis, passando pelo senso de dever em relação ao Estado.

3. O julgamento no Brasil de hoje

Hannah Arendt descreve como o mal perdeu a sua natureza de tentação para se tornar corriqueiro e banal. Essa banalização apenas aumentou com o decorrer dos anos. O termo genocídio é aplicado indistintamente a qualquer conflito étnico ou religioso, como sinônimo de matança. A sua repetição torna-o cada vez menos impactante. A noção de que seres humanos são descartáveis também se aprofundou. Refugiados são recusados rotineiramente e devolvidos a seus países de origem como meros objetos extraviados. Mesmo no Brasil, a imigração de haitianos pobres enfrenta oposição.

Suponhamos que algum agente público decidisse pela “morte misericordiosa” dos indesejáveis: delinquentes reincidentes, drogados, doentes mentais, e outros, que deveriam ser recolhidos das ruas e transportados até centros de extermínio. A bem da argumentação, conjectura-se que a meta seja cumprida com profissionalismo e frieza, e milhões de pessoas sejam mortas, seus restos mortais aproveitados, de modo que gerem recursos para o Estado até depois de mortos. Imagine-se o julgamento do responsável pela assinatura das ordens de transporte dos “subumanos”.

Primeiramente, seria julgado por seus pares no tribunal do júri, que evidentemente sentiriam muito mais empatia do que os juízes do julgamento Eichmann, parte da elite intelectual e econômica pela qual o acusado sempre nutriu indistinto ressentimento (e que sempre retribuiu o sentimento). A defesa quase certamente apresentará a tese de estrito cumprimento a ordens recebidas, não manifestamente ilegais e, de fato, não existe nada abertamente ilícito em transportar pessoas. A única condenação seria moral, diante da completa indiferença ao sofrimento de seus semelhantes. Se o acusado, em depoimento pessoal, houvesse por bem justificar-se com a necessidade de preservar o emprego, o único disponível que lhe permitia sustentar condignamente sua família (como certamente era o caso de Eichmann), não haveria sequer a condenação moral. Um júri composto de pessoas do povo, em contínua luta pela sobrevivência, certamente concordaria que o primeiro dever de um pai é o de prover o sustento dos seus e seria irresponsável (e condenável) de sua parte abdicar de um emprego seguro e bem remunerado apenas para salvar a vida de indesejáveis (ou subumanos).

A hipótese de sacrifício da consciência moral em face do dever de obediência não é tão distante e abstrato quanto parece.

Em matéria publicada na revista *Veja*, o médico polonês Bogdan Chazan, católico convicto, recusou-se a praticar um aborto alegando razões de fé e foi demitido de seu cargo de diretor no hospital da Sagrada e Família de Varsóvia e sofreu ação disciplinar. O Ministério de Saúde polonês considerou que Chazan teria a obrigação legal de realizar o aborto ou facilitar à paciente um centro alternativo onde poderia interromper sua gravidez. A fala do primeiro-ministro, o liberal Donald Tusk, foi ainda mais explícito quanto ao dever de obediência e afirmou que “nenhum médico deveria estar acima da

Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 6, N. 3 (2015). Constitucionalização dos direitos humanos no Brasil, pp: 79-93. ISSN: 2237-2261 (versão eletrônica). ISSN 1809-1873 (versão impressa). Submetido em: 20/08/2015.

Lei". O médico foi absolvido pelo comitê disciplinar que julgou o caso, argumentando que a recusa do médico "não justifica denúncias por má prática no tratamento aos pacientes", mas no cômputo final ainda sofre os efeitos da mão pesada do Estado. Perdeu seu cargo de diretor no hospital, sofreu a humilhação pública do julgamento, ou seja perdeu o cargo e a reputação.

O caso é possível no ordenamento jurídico brasileiro, pois muito embora o artigo 28 do Código de Ética Médico permita "recusar a realização de atos médicos que, embora permitidos por lei, sejam contrários aos ditames de sua consciência" é seu dever informar à mulher sobre seus direitos e, no caso de objeção de consciência, deve garantir a atenção ao abortamento por outro profissional da instituição ou de outro serviço. Se não houver outro profissional habilitado disponível, o médico está obrigado a realizar o procedimento, quaisquer que sejam suas objeções. Não pretendo aqui discutir o direito ao abortamento. O que causa espécie é que em pleno século XXI, depois de todo o horror do holocausto, um profissional médico que obviamente acredita que a vida começa com a concepção seja obrigado a prestar auxílio no abortamento. Paradoxalmente, médicos não podem prestar assistência na eutanásia, por mais que acreditem na preservação da dignidade humana, em casos de extremo sofrimento de pacientes terminais.

O neoconstitucionalismo principiológico obviamente falhou em chegar à consequência lógica da sua promessa de forjar um Direito impregnado pela Ética. Os princípios, axiomas muito próximos ao Direito Natural defendido por Radbruch apenas podem ser invocados em juízo. Os magistrados podem julgar de acordo com princípios, mas o cidadão comum não pode invocar razões de consciência para excusar-se ao cumprimento da lei. O modelo misto de princípios e regras proposto por Alexy e atualmente adotado no Brasil manteve as "regras", a vinculação ao texto constitucional (e leis ordinárias). E não legitimou a desobediência às "regras", por razões de consciência.

Ao contrário dos regimes totalitários, temos plena liberdade de expressão, podemos criticar abertamente nossos dignitários, mas não avançamos um milímetro em direção à liberdade de ação. O cidadão modelo ainda é o autômato cumpridor de leis e ordens. Somos meros destinatários passivo de normas, cuja validade decorre de sua legalidade. O nosso processo legislativo muitas vezes reflete a força de grupos de pressão minoritários, porém mais organizados. Nossos representantes eleitos também adotam atitudes paternalistas e deixam de adotar reformas desejadas pela esmagadora maioria da população, como a reforma penal. A moral coletiva que deveria informar as leis pelo positivismo kelseniano não tem espaço nos conchavos partidários. Negociam-se cargos, recursos orçamentários, e a ética é estranha a esses ajustes. Existe pouca ou nenhuma democracia direta, plebiscitos raramente são convocados, e quando o são, tenta-se induzir a resposta, como ocorreu na questão do desarmamento. A reforma política, por exemplo, foi decidida internamente pelo Congresso Nacional sem qualquer consulta à população. Quanto menor a participação popular, melhor. O Direito normatizado não tem espaço para o consenso, para o convencimento racional dos cidadãos a respeito do acerto de determinada medida. É assim porque o Estado-Legislador quis assim, e retire-se logo o povo das galerias. Legislar é basicamente impor pela força a vontade da elite política. A consciência e a moral podem subsistir no íntimo, mas não autorizam a ação.

A obediência é uma virtude. Até mesmo mentes liberais como Rawls apenas concebem a desobediência civil como estratégia coletiva para a revisão de leis injustas². O ato

² CF. o capítulo VI de Uma Teoria da Justiça.

Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 6, N. 3 (2015). Constitucionalização dos direitos humanos no Brasil, pp: 79-93. ISSN: 2237-2261 (versão eletrônica). ISSN 1809-1873 (versão impressa). Submetido em: 20/08/2015.

individual de resistência está fadado ao fracasso no confronto com poder coercitivo do Estado. Da mesma maneira que os alemães assistiram fleumáticamente ao holocausto, qualquer povo moderno e educado do século XXI faria o mesmo. Poucos tem vocação para mártires, e os atos individuais de rebeldia cobram um preço elevado.

Ainda mais problemática do que o dever de obediência a leis, é o dever de obediência a ordens. Pior do que um processo legislativo descomprometido com a moralidade, porém conduzido publicamente e frequentemente televisionado, são as ordens emanadas no recesso dos gabinetes. A Solução Final, bem como a “morte misericordiosa” dos incuráveis foram objeto de ordens emanadas de Hitler e transmitidas por Himmler ao alto escalão. A ordem não foi presenciada por pessoas estranhas ao seletto grupo.

Não por acaso os nazistas distinguiam os “portadores de segredos” (*Geheimnisträger*) dos “portadores de ordens” (*Befehlsträger*). Na sua hierarquia, aqueles que eram informados explicitamente das ordens do *Führer* progrediam de “portadores de ordens” a “portadores de segredos” (ARENDDT, p. 100) e tinham de submeter-se a um juramento especial. Apenas entre si os “portadores de segredos” podiam falar em linguagem não codificada. Apenas a Deus, como *Höher Sinnesträger* (“portador de sentido superior”) era dada a compreensão perfeita do ordenamento (ARENDDT, p. 39). Modernamente, os assessores seriam os portadores de segredos; os agentes públicos, os atuais portadores de ordens. A população civil está alijada, hoje e sempre, desse processo, que continua tão antidemocrático como era antes. Obedecemos passivamente a soldados da polícia militar que fazem uma *blitz*, por mais arbitrário que nos pareça o local ou o horário, afinal eles SEMPRE estão armados. Por fim, existe também a manipulação ideológica, a arma mais poderosa do arsenal coercitivo do Estado. Assim como Himmler justificava o extermínio de 5,5 milhões de pessoas para a construção de um futuro melhor para a nação alemã, ainda é muito mais eficaz manipular o altruísmo do que apelar ao mero temor reverencial pela autoridade. No Brasil, em que o “jeitinho” garante que leis continuem válidas, porém ignoradas pelos cidadãos, a ideologia fornece o suporte perfeito de obediência. Mais do que obediência, a identificação perfeita com a vontade superior do governante.

Em resumo, a obediência ainda é uma virtude, talvez a única exigida pelo Estado, mesmo no apogeu da nova ordem constitucional. É improvável que o cidadão, de quem se exige normalmente apenas uma “obediência cadavérica” e que submete quotidianamente a sua racionalidade e os seus princípios morais à vontade da Lei ou do governante, saiba reconhecer uma ordem criminoso quando recebê-la, ou mesmo sentir-se incomodado com o seu teor. A sensibilidade se embota aos poucos, ao preço dos pequenos sacrifícios realizados cotidianamente para preservar carreiras, cargos e reputações, como aconteceu na Alemanha nazista. Num mundo cada vez mais fragmentado, o Direito tem falhado como fator de agregação de indivíduos isolados, e ainda se mantém pela força coercitiva do Estado e não pelo consenso argumentativo. A construção da cidadania brasileira certamente não depende de um ordenamento jurídico perfeito, ou do reconhecimento de mais gerações de direitos fundamentais. O verdadeiro exercício da cidadania se constrói pela liberdade de consciência, e o direito à resistência civil. Se o cidadão deve fazer concessões ao direito de consciência para a convivência em sociedade, que seja pelo convencimento e não pela força do Estado.

4. Referências bibliográficas:

ARENDDT, Hannah, Eichmann em Jerusalem: um relato sobre a banalidade do mal, São Paulo, Companhia das Letras, 2014.

Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 6, N. 3 (2015). Constitucionalização dos direitos humanos no Brasil, pp: 79-93. ISSN: 2237-2261 (versão eletrônica). ISSN 1809-1873 (versão impressa). Submetido em: 20/08/2015.

GARCIA AMADO, Juan Antonio, Se puede ser antikselseniano sin mentir sobre Kelsen, disponível em <http://garciamado.blogspot.com.br/2009/11/se-puede-ser-antikelseniano-sin-mentir.html>, acesso em 01/05/2015;

HABERMAS, Jürgen, Direito e Democracia: entre facticidade e validade, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1997.

KELSEN, Hans, Teoria Pura do Direito, São Paulo, Martins Fontes, 1998.

Política de saúde e ética médica, disponível em <https://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Jornal&id=479>, acesso em 14/06/2015.

RADBRUCH, Gustav, Cinco Minutos de Filosofia do Direito, disponível em <http://direitoavista.blogspot.com.br/2011/04/cinco-minutos-de-filosofia-do-direito.html>, acesso em 06/07/2015.

RAWLS, John, Uma Teoria da Justiça, São Paulo, Martins Fontes, 2000.

<http://veja.abril.com.br/noticia/mundo/medico-polones-que-se-negou-a-realizar-aborto-por-razoes-religiosas-e-absolvido>/acesso em 12/06/2015.