

# O COSTUME COMO FONTE DO DIREITO INTERNACIONAL: RELEMBRANDO NUREMBERG

---

*Adauto Suannes\**

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. O surgimento do Direito (norma); 3. A (i)legitimidade do Tribunal de Nuremberg; 4. Conclusão.

*“A reflexão sobre o Direito é um jogo de espelhos. Pois o Direito se pensa, e assim se vê ao espelho. Ai verá imagens de si próprio. E, ao ver, teorizará. E, ao teorizar, verá. Ver para teorizar; teorizar, vendo.”* (Paulo Ferreira da Cunha, *Pensar o Direito*, Livraria Medina, Coimbra, 1990)

*“Some men are born mediocre, some men achieve mediocrity, and some men have mediocrity thrust upon them.”* (Joseph Heller, *Catch-22*, Simon and Schuster Ed., 1961)

## 1. Introdução

Dizer que o Direito é, antes e acima de tudo, um fato social<sup>1</sup>, surgido da evolução da civilização, será falar do óbvio, pois até mesmo o mais leigo dos mortais tem conhecimento de que a tendência dos animais sempre foi a de se imporem sobre os demais, sejam ou não da mesma manada, donde sobreviverem os mais aptos, regra a que, evidentemente, não estavam imunes os hominídeos.

“O exame sociológico do Direito não diz apenas com as normas legais e seu substrato social, mas também com o comportamento e a atividade humanos. Que o Direito seja entendido como produto de forças sociais significa que ele é produto da atividade humana, determinada por forças sociais e determinando forças sociais”, diz Neumann.<sup>2</sup>

---

\*Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo (1960). Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça de São Paulo. Membro fundador do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Autor de *Os Fundamentos Éticos do Devido Processo Penal* (Ed. Revista dos Tribunais).

<sup>1</sup>“Where we find that such rules come into existence, there is the source of them. They rise from facts in the historical development of a community” (L. Oppenheim, *International Law*, Vol. I, Eighth Edition, 1955, Longmans, p. 24).

<sup>2</sup> Franz L. Neumann, *The Rule of Law*, Berg Publishers Ltd., Dover, 1986, p. 27.

É certo, portanto, que, em certo momento histórico, o direito da força começou a ceder terreno à força do Direito, visto ele como um conjunto de regras e princípios que normatizam a vida social dos seres humanos, algo que passou a acompanhar a vida da Humanidade, expresso em vários arquétipos, como o confronto entre Caim e Abel, símbolo mítico do que ocorre nos inter-relacionamentos humanos, com freqüente infração das regras de convívio.

Quando isso teria ocorrido? Por que teria ocorrido? Tudo o que temos são conjecturas, meras suposições, quer quando se fala da relação interpessoal existente dentro dos limites do país, como quando se cuida de grupos humanos organizados juridicamente e seu inter-relacionamento, o que chamaremos de fatos ocorrentes *extra muros*.

Isso quando não estamos diante<sup>3</sup> do comodismo positivista<sup>3</sup>, assim censurado por Paulo Ferreira da Cunha: “A identificação lei-Direito é hoje praticamente total. E pode-se ter estudado ao pormenor a teorização das fontes de direito, conceptuais ou hipotéticas e institucionais ou legais, que não vale a pena: tudo isso é teoria. Com grande pragmatismo e sentido do real, quase todos sabem que a lei é que manda, e o resto é floreado<sup>4</sup>”.

## 2. O surgimento do Direito (norma)

Supõe-se que, chegando à conclusão de que a predominância do argumento da força, a nível meramente *intra muros*, seria extremamente desgastante, transformando a vida em uma eterna disputa por território, tal como ocorre com muitos dos animais irracionais, sem haver tempo para mais nada, resolveram os seres humanos dividir melhor seu curto tempo de vida. Quando se considera o que ocorre com os símios, começa-se a alçar uma das pontas do véu do mistério: num grupo composto de adultos e jovens, masculinos e femininos, um deles, no geral do sexo masculino, acaba por impor-se, vindo a ser aceito por todos os membros do grupo, como seu líder, até que, envelhecendo, venha a ceder o posto a um membro mais jovem. Até esse momento tal liderança é respeitada, não sendo raro que o ex-líder imponha a si próprio a pena do ostracismo, após ceder, forçado pelas circunstâncias, o posto ao novo líder. Essa escolha de liderança é feita, à falta de melhor critério, ainda pela imposição física, mas o grupo já possui certas normas de conduta que regem a inter-relação dos seus elementos componentes, sendo notável a continuidade dessas normas de comportamento, qualquer que seja o líder do grupo.

<sup>3</sup> “Quando Bugnet afirmava nem sequer saber o que era o Direito Civil, pois só ensinava o Código Napoleão; quando Demolombe proclamava como seu dever e profissão de fé a fidelidade aos textos e a nada mais, ambos poderiam dizer não possuir uma filosofia do Direito, porque este, na sua cegueira, se resumiria à lei. Mas é para qualquer observador claro, claríssimo, que eram fiéis devotos desse positivismo legalista a tapar o sol da Filosofia com a peneira da sua negação – afinal, uma lupa de aumento” (Paulo Ferreira da Cunha, *Pensar o Direito*, Livraria Medina, Coimbra, 1990, tomo I, p. 13).

<sup>4</sup> Ob. cit., p. 42.

Donde dizer Paulo da Cunha que, no que se refere ao Direito, “se está diante de um produto sofisticado da civilização, uma criação eminentemente cultural, do mais cultural que há: uma construção epistemológica”<sup>5</sup>.

*Extra muros*, ainda temos muito a avançar, pois é de nossos dias o modo ajurídico como desavenças entre nações são resolvidas, com número incontável de vidas humanas sacrificadas nessas contendas<sup>6</sup>.

A unidade ética da vida moral impõe considerarmos que o Direito não pode ser algo absolutamente apartado das regras que as consciências bem formadas têm por indispensáveis à vida social. Daí mostrarem os autores a convergência entre tais normas, que costumam ser sublinhadas em uns tantos princípios, situados acima do próprio direito positivo, tais como o reconhecimento da *vulnerabilidade humana*.

“As exigências comuns do Direito e da Moral consistem, na sua maior parte, não em serviços activos a serem prestados, mas em abstenções, as quais são usualmente formuladas na forma negativa, como proibições. Destas, as mais importantes para a vida social são as que restringem o uso da violência para matar ou causar ofensas corporais. 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 facto de termos regras de *qualquer* outro tipo?”, indaga-nos Herbert L. A. Hart.<sup>7</sup>

O mesmo autor nos lembra que “constitui um facto de muito grande importância para a compreensão das formas diferentes do Direito e da Moral a circunstância de nenhum indivíduo ser muito mais poderoso do que os outros, de tal modo que alguém seja capaz, sem cooperação, de dominar ou subjugar os outros por tempo superior a um período curto.”<sup>8</sup> Por isso, a vida social constitui “um sistema de abstenções mútuas e de compromisso que está na base, quer da obrigação jurídica, quer da moral. A vida social, com 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 aproximadamente iguais”, como são os humanos<sup>9</sup>.

No campo interno não é difícil imaginar como teriam surgido essas normas. Para não irmos muito longe, vejamos um fato bastante conhecido e não tão remoto que bem ilustra isso: o estabelecimento de normas disciplinando as atividades do rei da Inglaterra, como expressão de seu poder.

---

<sup>5</sup> Ob. cit., p. 44.

<sup>6</sup> Cf. Adauto Suannes, *Entre a Civilização e a Barbárie*, in *Escritos em Homenagem a Alberto Silva Franco*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2003, cap. I.

<sup>7</sup> *O Conceito de Direito*, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, trad. de A. Ribeiro Mendes, 2ª. ed., 1996, p. 210.

<sup>8</sup> Ob. cit., p. 211.

<sup>9</sup> Id., ib.

Desde antes de William, o Conquistador (1066-1087), assumir a ilha, os reis ingleses exibiam uma crueldade ímpar, à conta da necessidade de impor o poder sobre os súditos, ainda que fosse à custa do terror. Por exemplo, “a caminho da Terceira Cruzada, Ricardo Coração de Leão (1189-1199) fez uma lei contra o furto praticado por marinheiros, que dizia: ‘Quem quer que seja condenado por furto, terá sua cabeça raspada, besuntada com piche, sobre o qual se despejarão as penas de um travesseiro, para que ele seja reconhecido (como ladrão); e será ele posto na primeira praia que seja tocada pela embarcação e ali deixado’.”<sup>10</sup>

Os métodos de julgamento beiravam o ridículo, não fossem as conseqüências trágicas que quase sempre produziam. Assim era o julgamento pelo *corsned*<sup>11</sup>. “Godwine, o pai do Rei Harold (Janeiro-outubro de 1066), foi acusado de assassinato durante o reinado de Eduardo o Confessor e julgado de acordo com o metido do *corsned*. Uma onça de pão foi cosagrada pelo exorcista e determinado ao réu que o comesse, mas o pão entalou na garganta de Godwine e ele morreu.”<sup>12</sup>

Morto Richard, na batalha de Chalus, assumiu o trono John the Lackland, seu irmão, que, em vida, por mais de uma vez havia tentado, sem êxito, destroná-lo.

“John I não era, como fora seu irmão, um guerreiro. Entretanto, herdou a situação caótica do Reino, que Ricardo havia levado praticamente à falência com gastos realizados em atividades bélicas no Exterior. Os barões, que não aceitavam o modo como os reis vinham limitando a autoridade deles, não tinham, porém, um pretexto adequado para insurgirem-se contra o soberano. O próprio rei, contudo, deu-lhes esse motivo quando, afrontando a autoridade papal, se recusou a aceitar a designação de Stephen Langton para assumir o Arcebispado de Canterbury, em 1206. O papa Inocêncio III, em represália, além de excomungar o rei, determinou o fechamento de todas as igrejas do país, o que significou ficar o sofrido povo inglês sem o refrigerio trazido por sua fé. A insatisfação popular levou o soberano a reconsiderar seu ato, submetendo-se à autoridade papal em 1213. Esse precedente seria habilmente explorado pela nobreza no futuro.

“De fato, no ano seguinte, uma fracassada tentativa do rei de retomar parte das terras ocupadas pela França elevou o clima de confronto entre o baronato e o soberano. Estrategicamente, encarregaram ninguém menos do que o arcebispo de Canterbury para redigir uma petição dirigida ao rei, na qual era reivindicado o reconhecimento de alguns direitos dos súditos em face do monarca. Eram 63 temas, a maioria dos quais, porém, interessando apenas ao baronato.

<sup>10</sup> Nigel Cawthorne, *The Strange Laws of Old England*, Piatikus Books, London, 2004, p. 27.

<sup>11</sup> “A species of ordeal in use among the Saxons, performed by eating a piece of bread over which the priest had pronounced a certain imprecation. If the accused ate it freely, he was pronounced innocent; but, if it stuck in his throat, it was considered as a proof of his guilt” (*Black's Law Dictionary*).

<sup>12</sup> Cawthorne, ob. cit., p. 34.

“Inicialmente o rei recusou-se a apor o selo real no documento, o que justificou que bispos e nobres realizassem a marcha do Exército de Deus e da Santa Igreja em direção à cidade de Londres, que foi por eles tomada, ameaçando alastrar a revolta por todo o país. No dia 15 de junho de 1215 John I finalmente reconheceu que não tinha escolha e acolheu a petição, comprometendo-se a pautar sua conduta em relação aos súditos de acordo com o ali proposto. Após o selo real no documento, exclamando a frase célebre: *As well may they ask for my crown!*<sup>13</sup>

“Formalizou-se, assim, a *Magna Carta Libertatum, seu Concordia inter regem Johannem et Barones pro concessione libertatum ecclesiae et regni Angliae*,<sup>14</sup> semente do constitucionalismo moderno.”<sup>15</sup>

Ora, a exclamação do soberano aponta claramente para um fato: o acordo que havia acabado de fazer com a nobreza e o alto clero era, na prática, limitações de seu poder, pois lhe deixaram apenas o símbolo dela, sua inútil coroa. Mesmo porque esse poder jamais poderia, na evolução da Humanidade, ser absoluto, como pretendia o monarca, cujas atribuições, daí em diante, só fizeram diminuir.

Na história inglesa tal fato é inequívoco. “James I cometeu um grave erro quando, em 1607, quatro anos depois de haver chegado da Escócia e estando ainda pouco afeito às normas locais, haver resolvido julgar um caso relativo a disputa de terras, dando a ele seu julgamento. A decisão foi reformada de acordo com as normas locais, pois incidia aí o *common law*. Ele justificou-se dizendo, ironicamente, que julgava que o Direito estava fundado na razão e que ele, tanto quanto os juizes, possuía bom discernimento. Mas o Lord Chief Justice da Inglaterra, Sir Edward Coke, notável jurista, negou que isso bastasse”<sup>16</sup>. Travou-se uma queda de braço entre o rei e o jurista, que acabou sendo preso, porém sempre sustentando que o rei extrapolara de seus poderes constitucionais. Continuou ele a afirmar que Deus havia provido Sua Majestade de muito conhecimento e excelente discernimento, mas Sua Majestade desconhecia as leis do Reino da Inglaterra, as quais determinavam que as causas relativas à vida, herança e bens não deveriam ser decididas pelo senso comum, pena razão natural, pois são questões que exigem longa formação e muita experiência.<sup>17</sup>

A submissão do governante à lei, naquele país e em todos os países democráticos, é fundamental para que o Direito não seja fruto do capricho do legislador nem do desdém do seu executor, mas ato que expresse o sentir médio do povo, ao qual há de submeter-se não só quem tenha a atribuição de formalizar as normas jurídicas

<sup>13</sup> Segundo outros autores, a frase seria interrogativa: “*Why do they not ask for my kingdom?*” (cf. Pontes de Miranda, *História e Prática do Habeas Corpus*, Saraiva, 8.ª ed., 1979, tomo I, p. 16).

<sup>14</sup> Pontes de Miranda, ob. e loc. cit.

<sup>15</sup> Cf. Adauto Suannes, *Os Fundamentos Éticos do Devido Processo Penal*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999, p. 115.

<sup>16</sup> Nigel Cawthorne, *The Strange Laws of Old England*, Piatikus Books, London, 2004, p. 2.

<sup>17</sup> Cawthorne, ob. cit., p. 3.

como quem as deva executar e fazer cumprir, bem como quem deva apreciar as dúvidas que sua aplicação possa gerar.

“Todos são tentados por vezes a preferir os seus próprios interesses imediatos e, na ausência de uma organização especial para a sua descoberta e punição, muitos sucumbiriam à tentação. Indubitavelmente, as vantagens das abstenções recíprocas são tão palpáveis que o número e a força dos que cooperariam voluntariamente num sistema coercivo serão normalmente maiores do que qualquer associação possível de malfetores”, diz Hart, com otimismo<sup>18</sup>. “Contudo, excepto em sociedades muito pequenas e fortemente coesas, a submissão a um sistema de restrições seria loucura, se não houvesse nenhuma organização para a coerção daqueles que tentariam então obter as vantagens do sistema, sem se sujeitarem à suas obrigações”, diz ele, realisticamente<sup>19</sup>.

Entretanto, quando dizemos que, no campo interno, a soberania é o poder de querer coercitivamente, centralizado em alguém, estamos a omitir algo que culturalmente sempre esteve presente nesse conceito: esse poder não pode ser absoluto. Seja por força do poder maior atribuído aos deuses, seja por respeito à pessoa humana, digna desse respeito pelo só fato de ser humana, há na idéia de Direito, qualquer que seja o conceito que nossa ciência possa traçar para defini-lo, esse ponto que não parece ser mais discutível: nenhum poder humano deve ser absoluto. Seu limite é a dignidade do ser humano.

Força é convir, no entanto, que, naquilo que chamamos sistema *intra muros*, há uma relação vertical entre o titular do poder e cada uma das pessoas subordinadas a ele. Esse é o modo gráfico de se entender o conceito de soberania nesse tipo de relacionamento. Já no que diz com as relações ocorrentes *extra muros*, a soberania não pode manifestar-se verticalmente, por isso que inexistente o tal “querer coercitivamente”.

Assim, a mesma palavra designa agora fenômeno outro: soberania significa a possibilidade de uma nação organizada juridicamente relacionar-se com outra nação, também assim organizada, e ambas estabelecerem normas definidoras de seus mútuos interesses. Lá, soberania diz com poder de imposição: aqui, diz com liberdade, com poder de escolha.

Sendo tão diverso o conceito de soberania quando se cuida de fenômenos que ocorram para lá ou para cá do muro demarcatório da nação, é para perguntar se o Direito se forma da mesma maneira lá como cá. É a tormentosa questão da fonte do Direito.

“Como a base do Direito das Nações é o consenso dos Estados-membros da Família das Nações, é evidente que devem existir muitas fontes do Direito Internacional, dada a multiplicidade de fatos sobre os quais esse consenso pode incidir. Um Estado, tanto quanto um indivíduo, deve dar seu consentimento, seja diretamente, numa declaração

---

<sup>18</sup> Hart, ob. cit., p. 214.

<sup>19</sup> Id., ib.

expressa, seja tacitamente, pela conduta que ele tomaria caso não concordasse com a proposta feita.”<sup>20</sup>

Se Estado é, por definição, sinteticamente falando, uma nação organizada juridicamente<sup>21</sup>, temos na própria definição a exigência de existência de normas que identificarão essa nação, fazendo-a diferir de todas as demais nações, dotadas igualmente de soberania. Para conhecer esse Estado, vamos buscar conhecer o modo como essa nação se constituiu em Estado, como funcionarão seus órgãos representativos e como serão tratadas as pessoas físicas que compõem a população que habita esse país, palavra a designar o limite físico da nação. E essa nação, na medida em que sua população se dispõe a constituir-se juridicamente em Estado, estabelecerá o estatuto dela, que outro nome não poderia ter, dada sua finalidade, senão Constituição, conjunto de *têtes de chapitres*, disposições programáticas a serem observadas pelos órgãos administrativos e pela população, uma vez explicitados em normas complementares os princípios e as normas constantes dessa lei primeira.

O Direito, pois, no campo interno, só será Direito quando componha um conjunto de normas (regras e princípios) cuja observância há de ser imposta pelas autoridades constitucionalmente designadas para tanto. O chamado “Direito Natural” é, em termos pragmáticos, um conjunto de princípios gerais de que o exegeta seguramente se valerá quando cuidar de dar ao Direito formalizado ou ao costume o seu desejável sentido, dada precisamente a ausência da coercitividade.

Sintetizando-se isso numa fórmula teremos: *potestas + norma = jus*.

Bem diverso é o que ocorre além dos muros nacionais. Como em tal campo não há *potestas*, falta um dos elementos para o surgimento da mesma equação. Logo, não é em uma super-lei que se irão buscar as normas que regularão as relações entre nações soberanas. Sendo a soberania, em tal terreno, o poder de contratar, é nesse contrato que se assentarão as regras e os princípios que regerão aquelas relações.

Mas, ainda assim, estamos diante de um impasse: se no campo interno a obediência daqueles que estão sujeitos à norma jurídica é imposta coercitivamente, como poderá dar-se esse cumprimento por parte de organizações internacionais livres, como são as nações organizadas juridicamente, vale dizer, os Estados soberanos? Note-se que não mais estamos diante de algo que graficamente poderia ser mostrado como uma relação de verticalidade, mas sim de uma relação de horizontalidade, pois só a igualdade dos Estados, em termos de serem titulares do poder de contratar, justifica que tal relacionamento não se faça pela força.

<sup>20</sup> Oppenheim, ob. cit., p. 25.

<sup>21</sup> “A people permanently occupying a fixed territory bound together by common-law habits and custom into one body politic exercising, through the medium of an organized government, independent sovereignty and control over all persons and things within its boundaries, capable of making war and peace and of entering into international relations with other communities of the globe”, na longa definição do *Black's Law Dictionary*.

Não há dúvida de que isso decorrerá do fato de, ao longo do tempo, as nações entenderem ser de sua conveniência respeitarem a palavra dada, mesmo não havendo, como não poderia haver, norma de Direito dizendo isso. Há no relacionamento entre nações a presença necessária da boa-fé, no sentido de que as partes contratantes estão supondo que a outra parte honrará a palavra empenhada, que de outro modo não poderá ser cobrada, ao reverso do que ocorre no campo do Direito interno. É o costume que alicerça essas normas.

Fácil dizer; difícil comprovar. Já houve quem afirmasse serem as normas consuetudinárias como que esfínges, à espera de decifradores.<sup>22</sup>

“Geralmente se considera que o costume deve ter dois elementos: a prática do Estado e a *opinio juris*. A prática do Estado refere-se a uma prática geral e consistente por parte dos Estados, enquanto a *opinio juris* significa que essa prática é seguida da crença de ser ela legalmente obrigatória.”<sup>23</sup>

Alguns autores encontram paradoxo na exigência do elemento subjetivo, pois, que motivos haveria para alguém supor que a norma fosse obrigatória senão o erro? Sendo isso assim, seria lícito atribuir ao erro a causa do direito? Robert Kolb expõe tal tese e procura refutá-la com respeitáveis argumentos.<sup>24</sup>

Pode dizer-se que “a natureza fundamental de tais regras pode exprimir-se numa pergunta: se não houvesse regras, que sentido poderia ter, quanto a seres como nós próprios, o facto de termos regras de qualquer outro tipo? A força desta questão retórica repousa no facto de que os homens são simultaneamente levados a efectuar, de forma ocasional, ataques físicos e, normalmente, são vulneráveis a estes”.<sup>25</sup> Dito de outro modo, é o conhecimento da natureza humana que nos dá a certeza de que sem o estabelecimento desses pactos de convivência e a disposição de serem eles mantidos, por força da boa-fé com que foram instituídos, a vida em coletividade, seja *intra muros*, seja *extra muros*, perigaria.

É o que sublinha a melhor doutrina. “O Direito Internacional tem-se expandido desde 1945, para incluir muitos temas morais, tais como direitos humanos, o uso da força e a proteção ambiental. Louis Henkin caracteriza esse desenvolvimento como um movimento dos valores do Estado para os valores do ser humano, e de um Estrado liberal para um liberal para um *welfare system*. As práticas dos Estados são menos importantes na formação dos modernos costumes porque estes costumes estabelecem padrões de conduta ideais mais do que descrevem práticas já existentes. Por exemplo, a

---

<sup>22</sup> “As with everything which cannot be seen or grasped, customary law remains something of a smiling sphinx in the realm of legal theory” (Robert Kolb, *Electing Problems in the Theory of Customary International Law*, in *Netherlands International Law Review*, 2003, p. 119).

<sup>23</sup> Anthea Elizabeth Roberts, *Traditional and Modern Approaches to Customary International Law*, *The American Journal of International Law*, vol 95, p. 757.

<sup>24</sup> *Selected Problems*, p. 137.



consuetudinária proibição da tortura expressa mais uma rejeição moral da tortura do que uma precisa descrição de uma prática de algum Estado.”<sup>26</sup>

Os internacionalistas falam haver costume quando “um claro e contínuo hábito no modo de fazer algo é observado, sob a égide da convicção de que estas ações estão de acordo com o Direito Internacional, sendo pois obrigatórias.”<sup>27</sup>

É isso algo que diz com a Ética, não com o Direito, como é de todo curial. E essa postura foi sendo observada ao longo do tempo pelas nações<sup>28</sup>, que viram nisso algo que era de seu interesse. Esse modo de agir reiterado, essa *consuetudo*, é que se tornou a norma. Donde poderemos estabelecer outra fórmula, diversa daquela: *modus (consuetudo) + tempus = jus*.

“O elemento objetivo do direito internacional costumeiro, a prática, é baseada em três elementos: duração, uniformidade e generalidade”, diz a doutrina, ressaltando Kolb que “o direito costumeiro não é *duration + uniformity + generality*, mas um complexo desses três elementos.”<sup>29</sup>

Não nos esqueçamos, porém, de que a *opinio juris*, como elemento subjetivo, deve fazer-se presente, no sentido de que tal prática, era, de fato, obrigatória. No dizer de Kolb, “se se considerar que a formação do costume é um processo gradual, pode-se perfeitamente aceitar que uma *legal conviction* (isto é, a concepção de que a prática é, em primeiro lugar, legalmente útil, depois é legalmente emergente e, por fim legalmente obrigatória) amadurece lentamente.”<sup>30</sup>

*Intra muros*, a observância do preceito decorre do *jus*, fruto da *potestas*, a possibilidade de impor-se coercitivamente tal observância, enquanto que, *extra muros*, dá-se exatamente o inverso: o *jus* decorre da observância de um preceito, que as partes estão aceitando como sendo de obrigatória observância, ainda que não haja possibilidade de impor-se ele coercitivamente. Ainda uma vez valemo-nos da sempre oportuna lição de mestre Oppenheim: Como o mero uso tem uma tendência para tornar-se costume, a questão que se apresenta é: “*at what stage does an usage turn into a custom?*” Quando o mero uso se transforma em costume? Esta questão, diz ele, não é uma questão de fato, mas de teoria. Tudo o que a teoria pode dizer é: sempre que uma linha de conduta, no campo internacional, é adotada com frequência por Estados, sendo considerada por eles de

<sup>25</sup> Hart, ob. cit., p. 210.

<sup>26</sup> Roberts, ob. cit., p. 764.

<sup>27</sup> Oppenheim, ob. cit., p. 26, onde ele distingue *custom* from *usage*, havendo este, não aquele, quando não há aquela convicção de obrigatoriedade na prática usual.

<sup>28</sup> Quer individualmente consideradas, quer como partes integrantes de organismos internacionais, os quais devem ser incluídos no rol de sujeitos de Direito Internacional (cf. Kolb, ob. cit., p. 120).

<sup>29</sup> Ob. cit., p. 134.

<sup>30</sup> Ob. cit., p. 139.

observância obrigatória, a regra que pode ser retirada dessa conduta é uma regra de direito costumeiro internacional.<sup>31</sup>

Registre-se que os elaboradores do Estatuto da Corte Internacional de Justiça parece não haverem levado em conta essa inversão, ao enumerar as fontes do Direito Internacional: “a) convenção internacional, seja geral ou particular, estabelecendo regras expressamente reconhecidas pelos Estados signatários; b) costume internacional, “as evidence of a general practice accepted as law” (art. 38).

Fosse-nos permitido o atrevimento de propor modificação do texto, ele apresentaria as duas fontes em ordem inversa, dada a relevantíssima importância do costume, alterando-se sua redação: “international custom, as a general practice accepted as law”. Por outro lado, tanto no primeiro como no segundo caso, temos regras e princípios de Direito (*Law's rules and principles*).

Essa distinção é fundamental quando se cuida do problema da fonte do Direito.

Que é fonte? “A palavra fonte apresenta, normalmente, o sentido de lugar de onde provém alguma coisa. Quando dizemos fonte de água, estamos distinguindo a água da fonte, muito embora uma exista necessariamente com a outra (sem água não se poderia falar em fonte; sem fonte não se produziria a água)”, dissemos alhures<sup>32</sup>.

Dizíamos mais: “quando falamos em fonte do Direito, nós queremos indicar esses dois sentidos: como nasce o Direito (fonte de produção) e como é o Direito (fonte de conhecimento)”<sup>33</sup>.

Oppenheim não concorda com isso. E se utiliza desse mesmo símile para distinguir entre o conhecimento do Direito e a produção do Direito. Subirmos o regato da norma jurídica até atingirmos o local onde essa água brota jamais nos mostrará como a água se formou, pois isso se dá nas profundezas da terra, lá onde o oxigênio, casando-se adequadamente com o hidrogênio, dará nascimento ao precioso líquida. Tudo o que a fonte pode nos proporcionar é o conhecimento do Direito, jamais como ele se forma, diz ele. Há, a seu ver, que distinguir, entre *causa* do Direito e *fonte* do Direito, coisas que os juristas, a seu ver, bastas vezes confundem. “Fontes do Direito (*sources of law*) é, na verdade, o nome para um fato histórico do qual regras (*rules*) de conduta surgiram e adquiriram força legal”<sup>34</sup>. Note-se a necessária distinção feita por ele entre *law* e *rule*, o que, como quase tudo em Direito Internacional, não é tema pacífico.

<sup>31</sup> Id., p. 27.

<sup>32</sup> Cf. Adauto Alonso S. Suannes, *Noções de Direito Público e Privado*, Editora Max Limonad, São Paulo, 2ª. ed., 1980, p. 50.

<sup>33</sup> Id., ib.

<sup>34</sup> Ob. cit., p. 25.

De fato, observa Oppenheim que diferentes escritores que escreveram sobre a Lei das Nações discordam largamente com respeito às espécies e número das fontes do Direito Internacional. O fato é que o termo fonte do Direito (*source of Law*) é usado com diferentes significados pelos diferentes autores, seja quando se cuida de Direito Internacional, seja de Direito em geral.<sup>35</sup>

Tradicionalmente afirma-se haver uma fonte primária do Direito e fontes secundárias dele, no sentido *oppenheimiano* de que a água não brota necessariamente de uma única nascente. “Além da lei, que é a fonte do Direito Positivo por excelência, quando mais não seja porque o Estado, ao promulgá-la, se compromete a emprestar sua força para proteger de fato aquele que na lei aparece como titular do direito aí previsto, devemos considerar aquelas outras fontes que, juntamente com a lei ou em sua falta, permitem que a vida social não sofra solução de continuidade, no conflito de interesses que essa vida social pode propiciar”, dizíamos, falando do costume, ao cuidar do que ocorre *intra muros*<sup>36</sup>.

Sobre o costume, sempre em face do Direito interno, e tendo em mente as especificidades do Direito brasileiro, dizíamos: “O direito que se contém nas fontes mediatas ou indiretas não pode, evidentemente, ser contrário ao direito que está na lei. É possível, realmente, que o costume acabe por impor a modificação da lei. Na realidade, historicamente, é o costume que mostra ao legislador aquilo que deve conter a lei, sendo, sob tal aspecto, anterior à lei. Entretanto, em sistemas de direito escrito, é sempre perigoso pretender-se colocar o costume acima da lei ou no mesmo pé de igualdade, tanto assim que nossa legislação determina que se lance mão do costume no caso de falta ou omissão da lei.”<sup>37</sup>

E a prática consuetudinária possui alguns pressupostos que se poderiam chamar naturais, tal como o natural acontecer das coisas, o *quod plerumque accidit*.

“Os homens não são demônios dominados por um desejo de se exterminarem uns aos outros e a demonstração de que, por força apenas da finalidade modesta da sobrevivência as regras básicas do Direito e da Moral são coisas necessárias, não deve ser identificada com o ponto de vista falso de que os homens são predominantemente egoístas e não têm uma preocupação desinteressada na sobrevivência ou no bem-estar dos seus semelhantes. Mas, se 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 recíprocas simultaneamente necessário e possível.”<sup>38</sup>

<sup>35</sup> Id., ib.

<sup>36</sup> Cf. Adauto Alonso S. Suannes, *Noções*, cit., p. 61.

<sup>37</sup> Ob. cit., p. 62.

<sup>38</sup> Hart, ob. cit., p. 212.

Destarte, até mesmo para que não nos precipitemos no desespero decorrente de uma visão catastrófica da vida, é necessário que nos esforcemos para acreditar que há no ser humano uma tendência para o bem, da mesmíssima forma como os vegetais tendem para a luz, por mais adverso que seja o ambiente em que elas vicejam. Isso deve constituir um pressuposto básico, seja quando se cuida de normas jurídicas, seja quando nos empenhamos em descobrir quais são os comportamentos que, por sua reiteração, possam ser chamados de costume.

E se isso é assim no campo interno, algo um pouco diverso ocorre no campo externo, ainda que os pressupostos sejam os mesmos, até porque a vida *extra muros*, tanto quanto a vida *intra muros*, tem o mesmo ser humano como seu protagonista. É que, como já dito, a norma primária do Direito no ambiente externo é e só pode ser o costume. Antes de os Estados resolverem registrar por escrito as normas que regerão suas relações, havia o proceder generalizado de que aquilo que as nações juridicamente organizadas costumavam fazer tinha o caráter de norma obrigatória, assentando-se isso não na lei, que não havia, mas na *bona fide* que sempre regeu tais relações.

Realmente, os tratados constituem uma segunda fonte (*second source*) do Direito Internacional, e uma fonte que é de suma importância, ressalva Oppenheim<sup>39</sup>. Eles são a cristalização daquilo que os Estados entendem ser a melhor regência de suas recíprocas relações, dando-se seu surgimento depois do tempo necessário à maturação do proceder que ali será cristalizado. É simplesmente impensável que os Estados resolvam reunir-se para criar do nada regras que regerão suas futuras relações<sup>40</sup>. Da mesma forma como é impensável que um Estado não se faça representar (ou apresentar, como prefere o jurista brasileiro Pontes de Miranda, no sentido de que a pessoa jurídica, um ser abstrato, *se faz presente* por intermédio da pessoa física) por alguém dotado de poderes tais que possa obrigar o Estado que o designou para aquele conclave. E o adjetivo que se dá a tal representante não deixa margem a dúvida: plenipotenciário. A soberania do Estado está nas mãos de seu representante, que tem amplos poderes para falar por quem o designou.

A ser assim, é simplesmente impensável que um Estado que, por seu ministro plenipotenciário, se tenha obrigado a observar determinada conduta, ou a abster-se disso, venha no futuro negar valor à palavra dada, o que, no campo do Direito interno, se vitupera com o *nemo allegare turpitudinem suam potest*.

Se não for para alegar a própria torpeza, que motivos seriam invocáveis para tal rompimento? Eticamente falando, nenhum.

O mesmo raciocínio vale quando a manifestação do Estado não se faz de modo formal e explícito, pela assinatura e ulterior formalização do tratado, como quando se

---

<sup>39</sup> Ob. cit., p. 27.

<sup>40</sup> Uma das exceções a esse princípio, citadas pelos autores, é o Tratado de Paz, que, evidentemente, propõe que se faça exatamente o inverso do que os Estados-partes estavam fazendo até ali.

cuida de outros atos cuja aprovação necessitou do consentimento de vários Estados, ainda que não estejam sujeitos a tais ratificações. Pense-se, por exemplo, na redação e aprovação do estatuto de uma organização plurinacional.

Temos aqui duas possibilidades. De um lado, muito embora o Estado não tenha formalizado sua adesão ao ato de que se cuida, passou ele a agir em conformidade com tal ato. Ora, em tal caso, a origem da obrigação não estará na fonte secundária do Direito internacional (o tratado), mas na fonte primária: o costume. *Modus* (a observância do preceito sugerido) mais *tempus* (a reiteração dessa observância) dará origem ao dever jurídico (*jus*).

Tal raciocínio permite resolver, por exemplo, a abrolhosa questão da pretensa não-obrigatoriedade das recomendações baixadas por organismos internacionais.

Há a considerar aqui dois aspectos. Em primeiro lugar, esses órgãos plurinacionais existem no interesse das nações que os compõem. É de presumir, portanto, que suas deliberações reflitam o pensamento da maioria desses Estados, se não for o da totalidade de seus membros. Ora, se a norma que rege a aprovação dessas deliberações foi baixada de acordo com o estatuto dessa entidade, o que sempre se presume tenha ocorrido, segue-se que, ao aprovarem esse estatuto, os Estados deram, *ex ante*, ao órgão deliberativo poder de representá-los quando não se exija manifestação expressa de todos os membros da entidade.

Por outro lado, se meras recomendações passaram a ser observadas por alguns ou por todos os Estados, como se obrigatórias fossem, caímos na vala comum da fonte primária do Direito internacional: o costume, expressão de uma conduta ética que se presume. É que, “quando o altruísmo não é ilimitado, exige-se um processo permanente destinado a regular os actos autovinculativos, com a finalidade de criar uma forma mínima de confiança no comportamento futuro dos outros e para assegurar a previsibilidade necessária à cooperação.”<sup>41</sup>

Como desdobramento destas reflexões, deveríamos ater-nos ao papel da jurisprudência, como inequívoca fonte de conhecimento do Direito, no sentido de que o declara a cada caso concerto julgado<sup>42</sup>. Se for verdade o dito célebre de Benjamin Cardozo, no sentido de que a Constituição norte-americana diz aquilo que a Suprema Corte diz que ela diz, uma vez que os Estados reconheçam que cabe a um tribunal internacional declarar o Direito, tal papel será de grande utilidade quando se procurar conhecer o real alcance daquilo que, com as naturais limitações humanas, o costume tanto quanto o tratado, procuraram explicitar.

---

<sup>41</sup> Hart, *ob. cit.*, p. 213

<sup>42</sup> “The insufficiency of the traditional theory of custom is equally visible in the filed of international jurisprudence law”, destaca Kolb (*ob. cit.*, p. 128).

Ainda uma vez, a aceitação do papel da Corte feita pelos Estados, implica aceitação também das normas que ele, exegeticamente, explicitará. A Corte Internacional, embora não considere suas decisões anteriores com força vinculativa, refere-se a elas com grande freqüência (*"The International Court, while prevented from treating its previous decisions as binding, has referred to them with increasing frequency"*).

É provável que, em face das dificuldades de se obter uma codificação do Direito Internacional, "os tribunais internacionais contribuam, no futuro, de modo cuidadoso mas eficiente, na grande tarefa de desenvolver os princípios do Direito Internacional."<sup>43</sup>

É que "os costumes podem mudar e realmente mudam de tempos em tempos, sendo uma fonte do Direito fluida (*"is a fluid source of law"*). O conteúdo do costume não é algo fixo; ele pode desenvolver-se e mudar à luz de novas circunstâncias. A formação e a modificação do costume é um processo incerto porque o Direito Internacional não tem nenhum critério obrigatório para indicar o número de vezes, a duração e a freqüência de uma prática de Estado requeridos para desenvolver ou mudar um costume."<sup>44</sup>

Daí a importância da Corte, como local de conhecimento do Direito Internacional, especialmente quando se cuida de Direito consuetudinário, ou quando trata da interpretação de cláusulas de um tratado ou de uma convenção.

No dizer de Hart, "os juízes não estão confinados, ao interpretarem, quer as leis, quer os precedentes, às alternativas de uma escolha cega e arbitrária, ou à dedução mecânica de regras com um sentido pré-determinado. A sua escolha é guiada muito freqüentemente pela consideração de que a finalidade das regras que se está a interpretar é razoável, de tal forma que não se pretende com as regras criar injustiças ou ofender princípios morais assentes."<sup>45</sup>

Assim, "uma simples afirmação feita por um juiz de que aquela proposição se aplica além do vínculo que liga as partes contendoras poderá fazer dessa proposição uma norma aplicável pelo Direito Internacional, uma vez que, por uma ficção legal, os tribunais declaram o Direito."<sup>46</sup>

### 3. A (i)legitimidade do Tribunal de Nuremberg

Esse tipo de entendimento, no que diz com as tradicionais fontes do Direito Internacional, auxiliará, segundo cremos, na resolução de alguns problemas jurídicos

<sup>43</sup> Oppenheim, ob. cit., p. 31.

<sup>44</sup> Roberts, ob. cit., p. 757.

<sup>45</sup> Ob. cit., p. 220.

<sup>46</sup> Kolb, ob. cit., p. 128.

que vêm desafiando os internacionalistas, como, por exemplo, o da legitimidade da Corte de Nuremberg, para trazeremos à reflexão um caso extremo.

Como se sabe, encerrada a II Guerra Mundial, suscitaram alguns governantes a questão da responsabilização jurídica dos autores de atos consistentes na imposição desnecessária de sofrimento a número incalculável de pessoas, principalmente em face de serem não-arianos ou homossexuais, conduta que se pautava pelo Direito germânico, que a lastreava. Como, porém, julgá-los, se não havia ainda nenhuma Corte Internacional com competência para tanto? Como julgá-los se não havia ainda documento escrito, de valor transnacional, a dizer que o genocídio constituía crime contra a Humanidade? Como julgar quem havia agido *secundum jus*?

Doug Linder assim relata o impasse, que os mais novos talvez não conheçam em seus pormenores: Em 1944, quando eventual vitória sobre as forças do Eixo parecia provável, o Presidente Franklin D. Roosevelt pediu ao Departamento de Guerra (*War Department*) para esboçar um plano para punição dos criminosos de guerra. Antes que aquele Departamento apresentasse tal plano, o Secretário do Tesouro, Henry Morgenthau, mandou ao Presidente um projeto sobre o assunto. A sugestão de Morgenthau era que se eliminassem os mais destacados líderes nazistas, aplicando-se o olho-por-olho, a pena de Talião, tão logo fossem eles presos, banindo-se líderes inferiores para locais distantes. Pelo plano de Morgenthau, a Alemanha deveria ser forçada a reconstruir a Europa. O objetivo do Secretário do Tesouro era destruir o que sobrasse do parque industrial alemão, tornando-a um país fraco, dependente apenas da agricultura.

O Secretario da Guerra Henry Stimson via as coisas de modo diverso. A contra-proposta de Stimson, elaborada pelo coronel Murray Bernays, do setor de projetos especiais (*Special Projects Branch*), era no sentido de se responsabilizarem os líderes nazistas nos tribunais. O Departamento de Guerra considerava as atrocidades cometidas como crimes de guerra. Além disso, propunha que se tratasse o regime nazista como autor de conspiração criminosa (*“as a criminal conspiracy”*).

O presidente Roosevelt preferiu o plano do Departamento de Guerra. Outros líderes aliados, contudo, tinham suas próprias idéias. Winston Churchill informou Joseph Stalin de que era favorável à execução dos líderes nazistas, ao que Stalin objetou: na União Soviética nós não executamos ninguém sem prévio julgamento (*“in the Soviet Union, we never execute anyone without a trial.”*). Churchill concordou com isso, dizendo *“of course, of course, we should give them a trial first”*. Os três líderes reuniram-se em Yalta, em fevereiro de 1945, concordando na redação de regras para tal julgamento.<sup>47</sup>

---

<sup>47</sup> Cf. Doug Linder, Artigo *The Nuremberg Trials*, in *Famous World Trials*, no sítio da Internet [www.law.umkc.edu/faculty/projects/trials/trials.htm](http://www.law.umkc.edu/faculty/projects/trials/trials.htm), 2000.

Deliberada a realização do julgamento, nos termos do costume invocado por Stalin, a ubiquação jurídica dos fatos a serem imputados aos réus e qual o tribunal competente para o julgamento, escolheu-se para tanto o local onde se deram os fatos.

Havia base jurídica para isso?

Realmente, no dizer da Magna Carta, que desde 1215, havia antecipado aquilo que viria a se constituir no *due process of law*<sup>48</sup>, cláusula que permanece em vigor até os dias de hoje<sup>49</sup>, nenhum réu poderia ser julgado por fato que ainda não constituía crime ao tempo do cometimento. Nem poderia ser julgado por tribunal *ad hoc*. O “*Nullum crimen sine prævía lege*” e o “*Nullum iudex post factum*” estão aí compreendidos, quando se diz que o rei não poderá substituir o Juízo natural, devendo, outrossim, a infração estar prevista na lei da terra, o que supõe sua necessária anterioridade ao fato.

Na narrativa de Linder, em abril de 1945, duas semanas depois da morte do presidente Roosevelt<sup>50</sup>, o juiz da Suprema Corte norte-americana Robert Jackson recebeu em sua casa Samuel Rosenman, que, em nome do presidente Harry S. Truman<sup>51</sup>, o convidou para ser o chefe dos acusadores, representando os Estados Unidos no julgamento que ocorreria tão logo a guerra terminasse. Truman queria para tal função uma figura respeitável, um homem de integridade moral inatacável, para representar o país naquela Corte. Três dias depois Jackson aceitou o convite. Em maio Harry Truman formalmente o indicou como chefe dos acusadores (“*formally appointed him chief prosecutor*”). Mas, indaga o autor, acusador de quem, e sob que autoridade? Essa e outras questões permaneceram sem resposta.<sup>52</sup>

Como quer que fosse, passados dez dias e discussão, o perfil do procedimento a ser observado foi ficando mais claro. A corte de tal julgamento seria chamada Tribunal Militar Internacional (*the International Military Tribunal*) e cada país indicaria um juiz e um suplente. O sistema acusatório, preferido por norte-americanos e ingleses, seria o utilizado no julgamento. As acusações evitariam falar em cumprimento de ordens superiores (“*The indictments against the defendants would prohibit defenses based on superior orders*”). Os delegados dos países foram instruídos a não permitir que ois acusados e seus defensores pusessem em dúvida a conduta das forças aliadas (“*Delegates were determined not to let the defendants*

---

<sup>48</sup> Textualmente, “ne corpus liberi hominis capiatur, nec imprisonetur, nec dissuasietur, nec utlagetur, nec exsuletur, nec aliquo modo destruat, nec rex eat vel mittat super eum vi, nisi per iudicium parium suorum vel per legem terrae”.

<sup>49</sup> Nigel Cawthorne, ob. cit., p. 5.

<sup>50</sup> “Franklin Delano Roosevelt died in 1945, while on vacation in Georgia.”

<sup>51</sup> “Harry S. Truman became the new USA’s President. Truman did not have a middle name, but only a middle initial. It was a common practice in southern states to use initials rather than names.”

<sup>52</sup> Cf. Doug Linder, Artigo *The Nuremberg Trials*, in *Famous World Trials*, no sitio da Internet [www.law.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/ftrials.htm](http://www.law.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/ftrials.htm), 2000.



*and their German lawyers turn the trial into one that would expose questionable war conduct by Allied forces.*”).<sup>53</sup>

Para muitos internacionalistas, “O Tribunal de Nuremberg aplicou fundamentalmente o costume internacional para a condenação criminal de indivíduos envolvidos na prática de crimes contra a paz, crime de guerra e crimes contra a Humanidade”, tal como constou do Acordo de Londres, pelo qual se criou aquela Corte, pouco importando que se cuidasse de *lex post factum comissum*<sup>54</sup>.

Pouco lhes importou aos internacionalistas que os acusados houvessem obrado em perfeita conformidade com o Direito germânico, não demonstrando terem consciência da gravidade do que haviam confessadamente feito. Realmente, quem veio aos julgamentos esperando encontrar ali monstros sádicos, ficou desapontado. O que era chocante no julgamento de Nuremberg era precisamente isso: os réus eram homens comuns, que deviam ser bons pais de família, amantes dos animais, e que haviam, mesmo sem o assumir, cometido crimes indescritíveis. Anos mais tarde, referindo-se ao julgamento de Adolf Eichmann, Hannah Arendt escreveu sobre a banalidade do mal. Como Eichmann, muitos réus de Nuremberg nunca haviam pensado em virem a ser vilões. Além disso, eles se identificavam com uma causa ideológica e sofreram de falta de imaginação ou de empatia em relação às vítimas: eles não poderiam apreciar de modo total as conseqüências de suas decisões políticas.<sup>55</sup>

Ou seja, o que ali se viu foram bons *pater familias*, que haviam agido de acordo com o sadio espírito do povo alemão, o *Volksgeist*, princípio superior de Direito que informava toda a hermenêutica nazista.

---

<sup>53</sup> Diz ainda Linder: “Jackson believed that the war crimes trials should be held in Germany. Few German cities in 1945, however, had a standing courthouse in which a major trial could be held. One of the few cities that did was Nuremberg, site of Zeppelin Field and some of Hitler’s most spectacular rallies. It was also in Nuremberg that Nazi leaders proclaimed the infamous Nuremberg Laws, stripping Jews of their property and basic rights. Jackson liked that connection. The city was 91% destroyed, but in addition to the Palace of Justice, the best hotel in town - the Grand Hotel - was miraculously spared and would serve as an operating base for court officers and the world press. Over the objection of the Soviets (who preferred Berlin), Allied representatives decided to conduct the trial in Nuremberg. On August 6, the representatives signed the Charter of the International Military Tribunal, establishing the laws and procedures that would govern the Nuremberg trials. Six days later, a cargo plane carrying most of major war trial defendants landed in Nuremberg. Allied military personnel loaded the prisoners into ambulances and took them to a secure cell block of the Palace of Justice, where they spent the next fourteen months. Judges for the IMT met for the first time on October 13. The American judge was Francis Biddle, who was appointed to the job by Harry Truman - perhaps out of a feeling of guilt after the President dismissed him as Attorney General. Robert Jackson pressured Biddle, who desperately wanted the position of chief judge, to support instead the British judge, Sir Geoffrey Lawrence. Jackson thought the selection of a British as president of the IMT would ease criticism that the Americans were playing too large a role in the trials. Votes from the Americans, British, and French elected Lawrence chief judge. With a November 20 opening trial date approaching, Nuremberg began to fill with visitors. A prosecutorial staff of over 600 Americans plus additional hundreds from the other three powers assembled and began interviewing potential witnesses and identifying documents from among the 100.000 captured for the prosecution case.” (loc. cit.)

<sup>54</sup> Cf. Flávia Piovesan, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, Max Limonad, São Paulo, 5ª. Ed., 2002, p. 136, com farta citação doutrinária.

<sup>55</sup> Cf. Doug Linder, ob. e loc. cit.

De fato, a partir de abril de 1934, o direito de julgar casos de traição, por exemplo, que até então havia sido da jurisdição exclusiva da Suprema Corte alemã, foi transferido para uma nova corte, a *Volksgerichtshof*, ou Corte Popular, que logo se tornou o tribunal mais temido do país. Tinha a forma de escabinado, sendo composta de dois juízes togados e cinco juízes leigos, escolhidos dentre os funcionários do partido, da polícia e das forças armadas.

Lembremos, *en passant*, que o “espírito do povo”, que Savigny, inspirado em Hegel, concebia como a fonte por excelência do Direito, era para Weber produto de inumeráveis variáveis culturais e não o fundamento real de todos os fenômenos culturais de um povo, como ocorria na Alemanha nazista. O desconhecimento dessa diferença é que teria levado aquelas autoridades a concluir que *omne quod licet honestum est*, esquecidos de que outra era a lição dos sábios romanos.

“Não há dúvida de que a teoria Nacional Socialista e sua prática rejeitam o postulado da regra do Direito. Direito é nada mais do que a vontade do Líder”, diz Neuman.<sup>56</sup> Aliás, é para perguntar se essa estrutura de poder não desnaturaria aquilo que se entende por Estado de Direito. “*Is the National Socialist state a Rechtsstaat?*” indaga o mesmo autor.<sup>57</sup>

Entretanto, é para indagar se, ao aceitar que a vontade do Fuherer, como síntese da vontade do povo alemão, fosse, por excelência, a fonte do Direito, sem fazer cogitações de ordem moral, estariam as autoridades germânicas sob erro desculpável? Seria lícito dizer que elas poderiam escolher entre impor o sacrifício da vida aos não-arianos e o sacrifício da própria vida (pois a tanto levaria a recusa ao cumprir a vontade do Fuherer), em um clima de terror oficial, como havia na Alemanha nazista? Não nos esqueçamos que a punibilidade do criminoso se assenta em um pressuposto ético: a exigibilidade de conduta diversa.

Difícil, pois, responder tais indagações, já que tanto o Direito quanto a Moral não almejam que os seres humanos atinjam a santidade, mas apenas que pautem sua vida de tal modo que, sendo seu exemplo observado por todos, em todo tempo e em todo lugar, não só o ser humano, como o ambiente em que ele vive tenderão a evoluir, no sentido do ótimo, e não involuir no sentido do péssimo.

Digna de recordar a indagação de Herbert Hart: “Em que medida, quando se está confrontado com pedidos moralmente iníquos, é melhor pensar ‘isto não é direito em nenhum sentido’, em vez de ‘isto é direito demasiado iníquo para se lhe obedecer ou para o aplicar’?”<sup>58</sup>

---

<sup>56</sup> Neumann, ob. cit., p. 293.

<sup>57</sup> Ob. e loc. cit.

<sup>58</sup> Ob. cit., p. 226.

Dito de outro modo: “Tornaria isto os homens mais esclarecidos ou prontos para desobedecer, quando a moral o exige? Conduziria isto a modos mais eficazes de resolver problemas, tais como os que o regime nazi deixou atrás de si?”<sup>59</sup>

Como quer que seja, importa anotar que doze julgamentos, envolvendo uma centena de réus e várias Cortes, tiveram lugar em Nuremberg de 1945 a 1949. De longe, a maior atenção, por motivos óbvios, foi dada ao primeiro desses julgamentos, quando vinte e um réus, dentre os mais graduados membros do governo nazista, foram julgados. Muitos dos onze julgamentos restantes, contudo, também envolveram casos interessantes, como, por exemplo, o julgamento de dezesseis juizes germânicos e oficiais do Ministério do Reich, quando se discutiu a responsabilidade criminal dos juizes que aplicavam leis imorais (“*German judges and officials of the Reich Ministry considered the criminal responsibility of judges who enforce immoral laws.*”).<sup>60</sup>

Assim relata Ferencz a constituição do Tribunal e suas conseqüências futuras: dezenove outras nações adeririam à chamada Carta de Nuremberg. Os princípios vigentes no julgamento e o próprio julgamento foram confirmados pela Assembléia Geral da ONU em 1945. Impressionada pelas desumanidades reveladas pelos julgamentos de Nuremberg, as Nações Unidas prontamente nomeou comissões para codificar os Princípios de Nuremberg em um código penal e para criar uma jurisdição criminal internacional onde tais ofensas, incluindo o crime de genocídio, poderiam ser julgados e punidos.<sup>61</sup>

#### 4. Conclusão

Em resumo, tal precedente sugere que mentes bem formadas não podem invocar desconhecimento daquilo que é intuitivo, como o respeito à dignidade humana e a possibilidade de responsabilização jurídica em caso de descumprimento a tal norma costumeira, que diz com a própria evolução da Humanidade.

De outra parte, também se conclui que a existência de norma interna negando tal costume, tal como aquela que, em nome do *Volksgeist*, determinava o genocídio, não é de proveitosa invocação, da mesma forma como o *timor reverentialis* e a obediência hierárquica não se podem sobrepor a um costume que diz com o devido respeito à dignidade da pessoa humana, que se presume conhecido e aceito por todas as pessoas razoavelmente civilizadas, principalmente quando, por dever de ofício, cabe-lhes aplicar o Direito.

“O conteúdo moral da moderna concepção do costume explica a forte tendência para não se dar importância às práticas contrárias dos Estados. A não ser que o assunto dos costumes modernos não seja moralmente neutro, a comunidade internacional tende a

<sup>59</sup> Id., ib.

<sup>60</sup> Ferencz, ob. e loc. cit.

<sup>61</sup> Benjamin B. Ferencz, *The Evolution of International Criminal Law*, Silverburg, Sanford R. Ed., McFarland Publishing, 1999.

não aceitar norma estabelecida pelo Estado” que afronte princípios morais de genérica aceitação” pelas nações civilizadas.<sup>62</sup>

Dito de outra forma, nem mesmo o estado de necessidade (o sacrifício de bem jurídico alheio em proveito próprio, em circunstâncias especialíssimas, como o risco de morte a que estavam sujeitos os agentes do Estado germânico em caso de desobediência), pode justificar o agente que se tenha afastado dessa exigência superior a qualquer norma jurídica em sentido diverso, pois sempre lhe restaria a possibilidade de renunciar ao cargo por ele ocupado.

Há nessa paradoxal conclusão uma proposta ética embutida: uma vez reconhecido pelos homens de bem, assim considerados aqueles cuja consciência sempre se pautou pela observação dos mais elementares preceitos morais (sendo o principal deles o reconhecimento da dignidade do ser humano), que a autoridade constituída institui normas jurídicas que atentam contra a dignidade humana, não estaremos diante do direito individual de descumpri-las, mas diante de um dever de lutar para que tais normas sejam revogadas, pena de pecarmos por omissão. Luta, que evidentemente, não poderá ser a de um só indivíduo, mas de uma multidão de heróis anônimos. Negar-se a isso será pactuar com as atrocidades cometidas com supedâneo na lei iníqua.

Sendo o Direito, tanto quanto a Moral, um conjunto de regras e princípios voltados, não para o presente, menos ainda para o passado, mas voltado para o futuro, o compromisso do ser humano com a espécie humana e com o meio ambiental<sup>63</sup>, onde se desenvolvem ele e os demais seres humanos a que está naturalmente vinculado, inclui-se no costume, como fonte de direitos e obrigações, pois a vida só se justifica tendo-se dela uma visão escatológica, no sentido teológico, não no sentido fisiológico, como é a de muitos seres humanos.

Será ela uma vida que não é digna de ser vivida, enquadrando-se o omissor no rol dos mediócras, a quem José Ingenieros dedicou páginas candentes:

“La continuidad de la vida social sería posible sin esa compacta masa de hombres puramente imitativos, capaces de conservar los hábitos rutinarios que la sociedad les trasfunde mediante la educación?”

“El mediocre no inventa nada, no cria, no empuja, no rompe, no egendra, pero, en cambio, custodia celosamente la armazón de automatismos, prejuicios y dogmas acumulados durante siglos, defendiendo ese capital común contra la asechanza de los inadaptables”<sup>64</sup>.

---

<sup>62</sup> Roberts, ob. cit., p. 765.

<sup>63</sup> Cf. Ian Brownlie, *A Survey of International Customary Rules of Environmental Protection*, in *Natural Resources Journal*, Oxford, 1973.

<sup>64</sup> José Ingenieros, *El Hombre Mediocre*, Editora Latino Americana, Buenos Aires, 1957.