

PREFÁCIO

1. Assinalando-se em 2011 os 50 anos do julgamento de Eichmann, a Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, através do Instituto de Ciências Jurídico-Políticas e do Instituto de Direito Penal e Ciências Criminais, com o apoio da Fundação para a Ciência e Tecnologia, organizou uma conferência internacional dedicada à obra *Eichmann em Jerusalém – Uma reportagem sobre a banalidade do mal*. Os objetivos fundamentais do encontro traduziram-se em evocar a obra de Hannah Arendt e refletir sobre o julgamento de Eichmann.

Eichmann em Jerusalém é efetivamente um marco fundamental para a compreensão da obra de Arendt como um todo e constitui por si mesmo um ponto de referência no tratamento de problemas cruciais de Filosofia do Direito, de Filosofia Política, de Direito Penal e de Direito Penal Internacional.

A presente obra, partilhando de tais objetivos, verte contributos originalmente proferidos no mencionado encontro ou nele inspirados e subdivide-se em seis partes: (i) Temas fundamentais; (ii) Hannah Arendt, o jurídico e o político; (iii) *Eichmann em Jerusalém* e a obra de Hannah Arendt: a noção de «banalidade do mal»; (iv) O julgamento de Eichmann; (v) O julgamento do passado e a justiça de transição; (vi) Perante o mal: reflexões a partir *Eichmann em Jerusalém*.

2. Em sede de temas fundamentais, Maria Fernanda Palma sublinha a relevância central da reflexão de Arendt sobre o problema do mal e relaciona a sua análise do julgamento de Eichmann com o problema da culpa em Direito Penal. De acordo com a Autora, o ponto crucial traduz-se em verificar se a concepção de Arendt da «banalidade do mal» conflitua com uma aceção forte de culpa e, simultaneamente, com uma solução retributiva quando se esteja perante crimes contra a humanidade que sigam o padrão da «Solução Final». A Autora questiona também se uma compreensão do mal, em dimensão correspondente à verificada a respeito do caso Eichmann, contribui para uma resposta mais profunda à questão

da determinação da culpa e da pena naqueles casos em que possa ser observada uma neutralização coletiva da consciência individual. Por fim, a Autora destaca que uma compreensão do mal e da culpa que tenha presente tal processo de neutralização implica necessariamente que nos concentremos em novos padrões éticos de prevenção criminal e de reparação traduzidos na renovação do reconhecimento do outro em si (si mesmo como um outro) como dimensão essencial do ente.

Paulo Otero assinala que no julgamento de Eichmann em Jerusalém se verifica o arvorar do mal em resposta ao mal: Eichmann surge tanto como protagonista do mal do Estado nacional-socialista, assim como vítima do próprio mal num suposto Estado democrático e de juridicidade. Assim, tal como Caim, depois de ter morto Abel, interrogava Deus sobre se era guarda do seu irmão, igualmente Israel, depois de ter julgado e executado Eichmann, poderia questionar a humanidade inteira: «seria Israel, porventura, guarda de Eichmann?» Segundo o Autor, o que se observa tanto no homicídio de Abel como no julgamento de Eichmann é uma acidental conexão do mal com um bem – este último de natureza aparente –, encontrando-se precisamente nessa conexão o elemento que tem conferido ao mal a resistência e longevidade que a história humana abundantemente registra.

3. O título dedicado a Hannah Arendt, o jurídico e o político inicia-se com uma visão geral do seu pensamento assinada por Maria Luísa Ribeiro Ferreira. É aí sustentado que o pensamento de Arendt, nos múltiplos níveis e temas em que se desdobra, mantém uma característica unificadora: o alicerce na experiência, a atenção ao que quotidianamente é ou acontece, a base na vida ela mesma. Há, pois, uma diferença fundamental entre Arendt e aqueles pensadores que desenvolvem o seu trabalho numa atitude de afastamento ou remoção face ao mundo. Essa característica do pensamento de Arendt é relacionada com a relação ambígua por si mantida com a filosofia: Arendt declara afastar-se desta última, dizendo-se empenhada na teoria política.

Massimo La Torre defende que uma concepção do Direito se encontra implicada no pensamento de Arendt. De acordo com tal concepção, a razão da existência do Direito não se encontra na restrição de possibilidades no que à ação humana diz respeito. O Direito antes encontra a sua razão essencial na abertura de novas vias e áreas de conduta humana. Nesta linha, o Direito não é regulativo ou prescritivo mas constitutivo, traduzindo-se o contributo fundamental de Arendt a este nível numa crítica à Teoria do Direito tradicional – obcecadamente centrada na experiência e modo prescritivos – e na introdução de uma alternativa à mesma.

A concepção do político é objeto de atenção por Miguel Morgado, que, a este respeito, encontra em Arendt uma assinalável continuidade relativamente à concepção de Montesquieu. Muito particularmente, Morgado assinala que a noção arendtiana de «princípio de ação» – muito relevante no tratamento por Arendt do totalitarismo – constitui um resultado direto da reflexão da Autora incidente sobre a teoria dos regimes políticos de Montesquieu.

Alexandre Franco de Sá centra a atenção no tratamento por Arendt do totalitarismo, sustentando haver uma surpreendente continuidade entre tal tratamento e a caracterização por Carl Schmitt da República de Weimar nos seus últimos anos como correspondente a «um Estado total». Com efeito, de acordo com tal caracterização, no «Estado total» é admitida aos partidos políticos a tomada do aparelho de Estado e a disseminação através deste da sua ideologia, verificando-se concomitantemente uma dissolução da separação entre Estado e sociedade.

4. O segundo título é dedicado especificamente a *Eichmann em Jerusalém*, muito particularmente à noção de «banalidade do mal» aí introduzida.

Debruçando-se sobre tal noção, António de Araújo discute-a à luz do pensamento de Arendt incidente sobre o tema da publicidade e do espaço público, por um lado, e da crítica kantiana da faculdade de juízo, por outro. Neste contexto, a análise arendtiana das origens do totalitarismo é articulada com as noções de «banalidade do mal» e de «mal radical».

Relacionando também a noção de «banalidade do mal» com o pensamento político de Arendt, Miguel Nogueira de Brito encontra na mesma noção a epítome desse pensamento, aí verificando sumarizados aqueles que têm como os seus pontos fundamentais: o secularismo, o cosmopolitismo, um contratualismo radical, o pensamento individual como último baluarte da comunidade política e a recusa da teoria como base da política e do pensamento político. Para Nogueira de Brito, a «banalidade do mal» – algo que se traduz no abandono do pensamento pelas pessoas comuns – simboliza tanto a responsabilidade das pessoas comuns de pensarem como a recusa, em certo sentido, da filosofia política. Este aparente paradoxo é resolvido tendo em conta que, para Arendt, a esfera da política é a esfera da opinião, não da verdade.

Luís Pereira Coutinho debruça-se também sobre o significado da noção de «banalidade do mal», sublinhando a respectiva relevância jus-filosófica em sede de distinção entre Direito e não-Direito. Nesse âmbito, sustenta que a «banalidade do mal» se pode compreender como uma ausência: a um primeiro nível, como uma ausência de sentido; a um segundo nível, como uma ausência do sujeito capaz de pensar o sentido das suas próprias ações, tornando-se responsável pelas mesmas – um sujeito designado como «pessoa» no âmbito da tradição personalista. Na verdade, o retrato de Eichmann por Arendt denota a destruição da pessoa nesse sentido, a qual dá lugar a um ente inteiramente distinto, que se designa como agente totalitário. A diferença ontológica entre personalidade e agência totalitária constitui uma chave importante para a compreensão da diferença entre Direito e não-Direito.

Por último, Rui Guerra da Fonseca ilustra que a recondução do julgamento de Eichmann à categoria do jurídico se revela problemática, tanto mais por se estar perante algo que se insere no âmbito do político. Tendo isto presente, Guerra da Fonseca reconstrói a influência que o julgamento de Eichmann exerceu sobre a obra tardia de Arendt, sobretudo centrada na análise das capacidades humanas de

«pensar» e de «querer». Segundo o Autor, essas capacidades encontram correspondência precisamente nas categorias do jurídico e do político.

5. O título dedicado ao julgamento de Eichmann inicia-se com uma análise do julgamento por Paulo de Sousa Mendes. O Autor aborda a preocupação de Arendt de que esse julgamento servisse exclusivamente o interesse da justiça. Analisa e comenta as passagens do livro que revelam a concorrência de outros objetivos que nortearam o julgamento de Eichmann, culminando num «julgamento-espetáculo». David Ben-Gurion, Primeiro-Ministro de Israel, foi o encenador invisível deste processo, falando pela voz da acusação pública, protagonizada pelo próprio Procurador-Geral de Israel, Gideon Hausner. Na ideia de Arendt, tais objetivos políticos não serviam a justiça. Arendt lembra ainda que fazer justiça significa muito mais do que simplesmente aplicar a pena justa. Há uma função do julgamento que transcende largamente a finalidade da própria pena, o que não pode deixar de constituir uma excelente lição para os penalistas, tantas vezes ocupados com a discussão dos fins da pena criminal, mas raras vezes atentos à função do próprio julgamento.

Kai Ambos expõe três teses a propósito do julgamento de Eichmann. A primeira tese – a única em que refere o livro de Arendt – é a de que no caso Eichmann se assistiu pela primeira vez, pelo menos de forma explícita neste tipo de casos de macrocriminalidade, a uma confrontação entre os operadores judiciários, os *insiders* (i.e., o procurador, o defensor e os juízes) e os observadores externos, os *outsiders* (e.g., o historiador, o antropólogo). A segunda tese é a de que o então recém-criado Estado de Israel demonstrou no caso Eichmann a sua capacidade para conduzir um processo justo, um *fair trial*, num contexto em que outros Estados não foram capazes de o fazer. A terceira tese é a de que, no campo da autoria e da participação, o acórdão é, por um lado, muito confuso, mas, por outro lado, estabelece a responsabilidade de Eichmann como participante na empresa criminal da «Solução Final».

Miguel Galvão Teles enfrenta as objeções segundo as quais Eichmann teria sido julgado por um tribunal de vencedores e condenado com base em lei retroativa. O Autor sustenta que, ao tempo dos fatos, não havia fonte de direito internacional a impor o princípio *nullum crimen sine lege praevia*, pelo que a questão da retroatividade tem de ser considerada num plano meta-positivo, ainda que não de direito natural. Neste plano, a retroatividade justifica-se em última análise, até por virtude de os tipos criminais estabelecidos na lei israelita serem tipos complexos formados por tipos simples já incrimináveis anteriormente aos fatos nos locais onde estes foram praticados.

6. No tema do julgamento do passado e justiça de transição, Francisco Muñoz Conde aborda a utilização jurisprudencial da figura da autoria mediata através do domínio de um aparelho organizado de poder na punição de ditadores da América Latina por violações de direitos humanos, designadamente nos vários processos contra os membros das Juntas Militares ou contra outros

responsáveis por crimes cometidos no período de 1976 a 1983, na Argentina, bem como nos processos contra o General Manuel Contreras, no Chile, ou contra o Senador Alvaro Alfonso Romero, na Colômbia, ou ainda contra o líder do Sendero Luminoso Abimael Guzmán ou contra o antigo Presidente da República Alberto Fujimori, no Peru. A figura da autoria mediata através do domínio de um aparelho organizado de poder foi concebida por Claus Roxin, em 1963, tomando por referência o modo de funcionamento do regime nazista e a sua política de extermínio dos judeus, nos termos amplamente documentados no julgamento de Eichmann. No topo da hierarquia do regime nazista estavam Adolf Hitler e Heinrich Himmler, mas o funcionamento da organização nazista implicava a ação concertada de milhares de indivíduos, os quais, obedecendo a uma rigorosa cadeia de comando, operavam aos mais diversos níveis da organização. A noção de autoria mediata através do domínio de um aparelho organizado de poder visa questionar precisamente a tentativa de retratar os líderes políticos e militares nazistas, bem como os membros dos níveis intermédios do regime nazista como meros cúmplices na execução da infame «Solução Final», considerando-os, ao invés, como verdadeiros autores dos crimes em causa. Os casos analisados pelo Autor no presente artigo demonstram que a figura da autoria mediata através do domínio de um aparelho organizado de poder está destinada a desempenhar um papel de central importância na determinação da responsabilidade criminal de dirigentes políticos e altas patentes militares que usem as organizações sob o seu controlo para a prática de crimes.

Pablo Galain Palermo recorda que um processo penal como o julgamento de Eichmann corresponde apenas a um meio, entre outros, de enfrentar uma questão de violação de direitos humanos. Tendo presente a experiência do Uruguai, Galain Palermo sustenta que o Direito Penal não é, seguramente, o melhor meio para atingir os fins da justiça de transição, nomeadamente a elaboração do passado, o conhecimento da verdade, a reparação das vítimas e a realização da justiça. Não obstante isso, o Direito Penal e o processo penal continuam a ser necessários para assegurar os propósitos da justiça retributiva nos casos mais graves de violações de direitos humanos. O Autor refere que Arendt chega a uma conclusão semelhante no epílogo do seu livro *Eichmann em Jerusalém*.

7. A presente obra termina com duas reflexões suscitadas por *Eichmann em Jerusalém*, as quais inevitavelmente constituem reflexões perante o mal, sobre as suas raízes e sobre a possível reação ao mesmo.

Augusto Silva Dias recorda a experiência Milgram, levada a cabo pelo psicólogo norte-americano Stanley Milgram e iniciada em 1961, a qual constituiu a primeira de uma série de experiências que testaram empiricamente a tese filosófica de Arendt sobre a banalidade do mal. Como reagem as pessoas quando são submetidas à autoridade (no caso, a autoridade científica), eis a questão a que a experiência Milgram (e outras posteriores) procurou dar resposta. O estudo do Autor tem por finalidade analisar aquela experiência e os seus resultados e

discutir as suas implicações no Direito Penal, especialmente nos domínios em que a punibilidade se relaciona com o problema da sujeição à autoridade.

Por fim, Cristina García Pascual debruça-se sobre aquilo que designa como o «mal absoluto», assinalando que, perante a sua novidade, se revelam insuficientes as tradicionais categorias de pensamento e inapropriadas as noções jurídicas, morais e políticas de que usualmente nos socorremos. Segundo a Autora, tais categorias e noções não permitem apreender esse mal ou compreender a urgência em o pensar. A partir daqui, a Autora procura arrimos conceptuais que possam contribuir para a superação desse obstáculo.

8. Deve mencionar-se, por último, que da conferência resultou a presente publicação, em forma de atas, cabendo aqui lavrar um penhorado agradecimento à prestigiada editora Marcial Pons e ao seu Diretor Executivo para o território brasileiro, Prof. Doutor Marcelo Porciuncula. Também existe uma edição em língua inglesa, acordada com a famosa editora berlinense Duncker und Humblot e possibilitada graças ao apoio do Prof. Doutor Dr.h.c. Kai Ambos.

Agradecemos ainda ao Centro de Estudos de Direito Penal e Processual Penal Latino-americano (CEDPAL) e aos seus Diretor-Geral Prof. Doutor Dr.h.c. Kai Ambos e Diretor Acadêmico Prof. Doutor Ezequiel Malarino, em cuja série de estudos se inclui a presente publicação, que é patrocinada pelo CEDPAL, pelo Centro de Investigação de Direito Público (CIDP), coordenado pelo Prof. Doutor Carlos Blanco de Moraes, pelo Centro de Investigação em Direito Penal e Ciências Criminais (CIDPCC), coordenado pela Prof.^a Doutora Maria Fernanda Palma, e pela Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa (AAFDL), que assegura a distribuição em Portugal.

PAULO DE SOUSA MENDES

LUÍS PEREIRA COUTINHO

Lisboa, novembro 2016.

SUMÁRIO

Apresentação.....	5
Prefácio	7

I

TEMAS FUNDAMENTAIS

MARIA FERNANDA PALMA

Eichmann em Jerusalém: a banalidade do mal ou a excepcionalidade do bem nas sociedades totalitárias.....	19
---	----

PAULO OTERO

O julgamento de Eichmann: deve o mal ter como resposta o mal?	25
---	----

II

HANNAH ARENDT, O JURÍDICO E O POLÍTICO

MARIA LUÍSA RIBEIRO FERREIRA

Apresentando Hannah Arendt: panorâmica geral	37
--	----

MASSIMO LA TORRE

Hannah Arendt y el concepto de Derecho. Contra la tradición.....	53
--	----

MIGUEL MORGADO

O «princípio» da ação: Arendt e Montesquieu.....	77
--	----

ALEXANDRE FRANCO DE SÁ

Do Estado total ao totalitarismo: Carl Schmitt e Hannah Arendt	93
--	----

III

EICHMANN EM JERUSALÉM E A OBRA DE HANNAH ARENDT:
A NOÇÃO DE BANALIDADE DO MAL

ANTÓNIO ARAÚJO

Hannah Arendt, Adolf Eichmann. Do mal radical e da sua banalidade 105

MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO

A relevância do conceito de banalidade do mal no pensamento político
de Hannah Arendt..... 113

LUÍS PEREIRA COUTINHO

A banalidade do mal como ausência de Direito: breve reflexão a partir
de Eichmann em Jerusalém 131

RUI GUERRA DA FONSECA

Eichmann em Jerusalém: entre o político e o jurídico no pensamento
de Hannah Arendt..... 145

IV

O JULGAMENTO DE EICHMANN

PAULO DE SOUSA MENDES

Julgar Eichmann no interesse da Justiça 159

KAI AMBOS

Algumas considerações sobre o caso Eichmann 175

MIGUEL GALVÃO TELES

Eichmann em Jerusalém 50 anos depois: uma modalidade específica
de retroatividade da lei penal..... 187

V

JULGAMENTO DO PASSADO E JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO:
OUTRAS EXPERIÊNCIAS E OUTROS MODOS

FRANCISCO MUÑOZ CONDE

La autoría mediata por dominio de un aparato de poder como instrumento para la elaboración jurídica del pasado	199
--	-----

PABLO GALAIN PALERMO

Como reagir contra os crimes do passado? Justiça de transição e elaboração do passado no Uruguai.....	229
---	-----

VI

PERANTE O MAL: REFLEXÕES A PARTIR DE
EICHMANN EM JERUSALÉM

AUGUSTO SILVA DIAS

A experiência Milgram e o Direito Penal: um ensaio sobre a banalidade do mal.....	249
---	-----

CRISTINA GARCÍA PASCUAL

¿Puede el mal absoluto ser sometido a la justicia?.....	277
---	-----

Autores.....	299
--------------	-----