

Justiça de transição em sua gênese: a Alemanha pós-nazismo*

Transitional justice in its origin: Germany post-Nazism

Bruno Galindo**

RESUMO

Este artigo tem por objetivo tratar das questões referentes à justiça de transição em seu início, analisando a primeira experiência histórica do fenômeno, a Alemanha pós-nazismo e o enfrentamento dos problemas oriundos do período em que esse país esteve sob o jugo do regime nazista. O trabalho envolve a análise de algumas importantes questões do constitucionalismo alemão dos períodos envolvidos e da ascensão e queda do referido regime. Tem por base metodológica as premissas da denominada teoria intercultural da constituição, bem como a classificação das constituições quanto à conformação do processo político, do constitucionalista alemão Karl Loewenstein, e a Teoria dos Regimes Políticos Híbridos da Professora espanhola Inmaculada Szmolka Vida. No trabalho, essas perspectivas teóricas se relacionam com os conceitos fundamentais da Teoria da Justiça de Transição, o que provavelmente ainda não foi realizado em artigos temáticos a respeito. Ao fim, pretende-se traçar o alcance da justiça de transição na Alemanha em face da experiência do pós-nazismo, considerando as medidas e os objetivos propostos pela teoria da justiça de transição em seu atual estado da arte.

Palavras-chave: Justiça de transição. Pós-nazismo. Constitucionalismo. Alemanha.

ABSTRACT

This paper discusses the questions about transitional justice in its origin, analysing the first historical experience of this phenomenon, Germany post-Nazism and how to deal with the problems of Nazi period in that country. The article has the analysis of some relevant questions of German constitutionalism of those times and the rise and fall of Nazi regime. It works with methodological basis of the premises of intercultural theory of constitution, the classification of the constitution as a form of political process, proposed by the German constitutionalist Karl Loewenstein, and the theory of hybrid political regimes, proposed by Spanish Professor Inmaculada Szmolka Vida. In the article, these theoretical perspectives are thought connected with the main concepts of transitional justice theory, something that probably none of scientific works in theme had done. Finally, it aims to expose the range of transitional justice in Germany beyond the post-Nazism experience, considering the measures and objectives proposed by transitional justice theory

* Recebido em 29/12/2016
Aprovado em 23/02/2017

** Professor Associado da Faculdade de Direito do Recife/Universidade Federal de Pernambuco (UFPE); Doutor em Direito pela UFPE/Universidade de Coimbra-Portugal (PDEE); Conselheiro Estadual e Presidente da Comissão de Direitos Humanos da OAB/PE. E-mails: brunogalindoufpe@gmail.com

in its current “state of art”.

Keywords: Transitional justice. Post-Nazism. Constitutionalism. Germany.

O judeuzinho de cabelos negros espreita, horas e horas, com um prazer satânico, a menina inocente que ele macula com o seu sangue, roubando-a ao seu povo. Não há meios que ele não empregue para estragar os fundamentos raciais do povo que ele se propõe vencer. Do mesmo modo que, segundo um plano traçado, vai corrompendo mulheres e mocinhas, também não recua diante do rompimento de barreiras impostas pelo sangue, empreendendo essa obra em grande escala, no país estranho. Foram e continuam a ser ainda judeus os que trouxeram os negros até o Reno, sempre com os mesmos intuítos secretos e fins evidentes, a saber: “bastardizar” à força a raça branca, por eles detestada, precipitá-la do alto da sua posição política e cultural e elevar-se ao ponto de dominá-la inteiramente.

Decorre daí que um povo de raça pura, consciente de seu sangue, nunca poderá ser subjugado pelo judeu.

(Adolf Hitler: Minha Luta)

1. INTRODUÇÃO

Talvez nenhum acontecimento tenha sido objeto de investigação tão frequente após a 2ª Guerra Mundial quanto o nazismo alemão e seus desdobramentos. Das questões políticas às jurídicas, passando pelas visões da história dos povos e postulados morais, filosóficos, psicológicos e éticos, provavelmente nenhum fato tenha sido mais comentado, estudado, investigado, bem como abordado em revistas, livros e filmes, ficcionais ou abordando situações ocorridas de fato.

Por tal razão, não se pretende aqui aprofundar análises que outros fizeram mais e melhor do que o autor destas linhas. O objetivo desse ensaio é bem mais modesto, pois tão somente interessa colher dessa amarga experiência humana, o que é pertinente à abordagem das questões de justiça de transição. Essa análise envolve, principalmente, as questões pertinentes do constitucionalismo alemão dos períodos envolvidos e terá por base metodológica as premissas da denominada Teoria Intercultural da Constituição, bem como a classificação das constituições quanto à conformação do processo político, do constitucionalista alemão Karl Loewens-

tein, e a Teoria dos Regimes Políticos Híbridos da Professora espanhola Inmaculada Szmolka Vida¹.

Em relação à justiça de transição, faz-se necessária uma definição para estabelecer os pontos de partida das análises deste ensaio. Para tal, o conceito de Louis Bickford traz uma definição bastante abrangente do que vem a ser a justiça de transição diante da variedade de experiências existentes. Para o autor, a justiça transicional consiste em um conjunto de medidas consideradas necessárias para a superação de períodos de graves violações a direitos humanos, ocorridas durante conflitos armados (ex: guerras civis) e/ou regimes autoritários (ditaduras), implicando a adoção de providências com os seguintes objetivos:

- esclarecimento da verdade histórica e judicial, dentre outras coisas com a abertura dos arquivos estatais do período de exceção;
- instituição de espaços de memória (ex.: memorial do Holocausto, na Alemanha), para que as gerações presentes e futuras possam conhecer e compreender a gravidade do que ocorreu no período de exceção;
- reformas institucionais em relação aos serviços de segurança, adequando-os à pauta axiológica do Estado democrático de direito, bem como sedimentando nas instituições públicas uma cultura democrática e humanista;
- reparação dos danos às vítimas (indenizações, reabilitações etc.);
- realização da justiça propriamente dita, com a responsabilização em variados graus dos violadores dos direitos humanos².

1 GALINDO, Bruno. **Teoria Intercultural da Constituição:** a transformação paradigmática da Teoria da Constituição diante da integração interestatal na União Europeia e no Mercosul. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006; LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución.** Barcelona: Ariel, 1964; SZMOLKA VIDA, Inmaculada. Los regímenes políticos híbridos: democracias y autoritarismos con adjetivos: su conceptualización, categorización y operacionalización dentro de la tipología de regímenes políticos. **Revista de Estudios Políticos**, n. 147, Madrid, p. 103-135, 2010.

2 BICKFORD, Louis. Transitional justice. In: **The encyclopedia of genocide and crimes against humanity.** Michigan: Macmillan Reference USA, 2004. v. 3. p. 1045-1047.; GALINDO, Bruno. Constitucionalismo e justiça de transição: em busca de uma metodologia de análise a partir dos conceitos de autoritarismo e democracia. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, nº 67. Belo Horizonte: UFMG, pp. 100-102, 2015; GREIFF, Pablo de. La contribución de la justicia transicional a la construcción y consolidación de la democracia. In: BLEEKER, Mò; CIURLIZZA, Javier; BOLAÑOS-VARGAS, Andrea (Org.). **Memorias:** Conference Paper. Bogotá: ICTJ, 2007. p. 25-35. p. 26. Com ligeiras variações, cf. tb. PORTO, Humberto A. Sierra. La función de la corte constitucional en la protección de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación en Colombia. **Anuario de**

A partir desses objetivos, é possível traçar políticas concretas de justiça de transição, que envolvem todos ou alguns deles. Verdade histórica e judicial, preservação da memória, transformação da cultura autoritária em cultura democrática através de reformas das instituições, compensação possível pelas perdas das vítimas e de suas famílias dentro da perspectiva do Estado democrático e de direito e sem a generalizada “caça às bruxas” — estabelecimento da punibilidade dos agentes da repressão política que tenham perpetrado graves violações de direitos humanos

Diante disso, o estudo inicia por contextualizar o advento do nazismo no constitucionalismo do período dos anos 20/30 do século passado, procurando abordar as questões de maior relevância ao debate proposto. Em seguida, passa-se a analisar o surgimento e desenvolvimento da justiça de transição na Alemanha pós-nazismo, desde as medidas de caráter punitivo até as não judiciais, considerando-se o complexo contexto da divisão da Alemanha, das imposições dos Aliados e das opções político-constitucionais consentidas tomadas pelos próprios alemães. Ao fim, pretende-se traçar o alcance da justiça de transição na Alemanha em face da experiência do pós-nazismo, considerando as medidas e os objetivos propostos pela teoria da justiça de transição acima referida.

2. CONTEXTUALIZANDO O ADVENTO DO NAZISMO

Faz-se necessário contextualizar, introdutoriamente, a ascensão da ideologia nazista na Alemanha e como seu ideário levou ao cometimento dos crimes que horrorizaram a humanidade e resultaram em tão drásticas medidas político-jurídicas no período pós-nazismo.

A ideologia nazista pressupõe ao menos dois fundamentos: 1) nacionalismo germânico exacerbado, do qual decorrem posições políticas pangermanistas e ódio

ao que se coloca como influência estrangeira e internacional, dentre as quais a ideologia comunista internacionalista (daí o ferrenho anticomunismo dos nazistas, bem como o antiliberalismo)³ e 2) aceitação da desigualdade entre as raças, havendo por natureza raças superiores e inferiores e defendendo com este fundamento a supremacia da raça ariana, especialmente em relação aos judeus, e o igualmente ferrenho antissemitismo daí decorrente⁴. E interessados na “pureza” da raça ariana e da cultura germânica “superior”, outros grupos sociais e raciais foram discriminados e violentamente perseguidos, a exemplo dos ciganos e homossexuais.

Em relação ao nacionalismo nazista, a sua postura abertamente anticomunista atraiu vários setores conservadores da direita alemã, temerosos que eram do advento de uma revolução nos moldes do bolchevismo russo. Embora antiliberal, a doutrina nacional-socialista assegurava aos empresários e proprietários (desde que arianos) proteção em relação às suas propriedades e empresas, mantendo os fundamentos capitalistas da economia. A pouca tradição liberal alemã, aliada aos efeitos devastadores da Crise de 1929, fez com que as elites da Alemanha paulatinamente apoiassem os nazistas, resultando na recuperação econômica do país. A implacável perseguição aos comunistas alemães completou a sedimentação de um modelo capitalista não liberal com a quase total destruição da oposição política na Alemanha dos anos 30 do século passado.

Por outro lado, se o nacionalismo germânico era, relativamente, recente em termos práticos, este não se pode afirmar do antissemitismo. Nem mesmo este pode ser atribuído apenas à sociedade alemã, pois o vasto

3 Hannah Arendt, ao contrário da maioria, vê o nacionalismo nazista a partir de outras variáveis, muito mais como uma estratégia de tomada e manutenção do poder político do que como algo genuíno, considerando os moldes do nacionalismo clássico na Europa. Para ela, “Os nazistas não eram meros nacionalistas. Sua propaganda nacionalista era dirigida aos simpatizantes e não aos membros convictos do partido. O “nacionalismo” nazista assemelhava-se à propaganda nacionalista da União Soviética, que também é usada apenas como repasto aos preconceitos das massas. Os nazistas sentiam genuíno desprezo, jamais abolido, pela estreiteza do nacionalismo e pelo provincianismo do Estado-nação. Repetiram muitas vezes que seu movimento, de âmbito internacional (como, aliás, é o movimento bolchevista), era mais importante para eles do que o Estado, o qual necessariamente estaria limitado a um território específico” ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo:** anti-semitismo, imperialismo, totalitarismo. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 23-24.

4 MANN, Michael. **Fascistas.** Rio de Janeiro: Record, 2008. p. 192.

Derecho Constitucional Latinoamericano, ano 15, Montevideo, p. 179-188, 2009.; UPRIMNY, Rodrigo; SAFFON, María Paula. **Justicia transicional y justicia restaurativa:** tensiones y complementaridades. 2010. Disponível em: <http://www.idrc.ca/en/ev-84576-201-1-DO_TOPIC.html>. Acesso em: 26 nov. 2010.; PIOVESAN, Flávia. Lei de anistia, sistema interamericano e o caso brasileiro. In: GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Org). **Crimes da ditadura militar:** uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 73-86. p. 78.

apoio que os nazistas tiveram de nacionais de outros países, como França, Hungria, Polônia e demais que sofreram ocupação militar durante a 2ª Guerra, foi em grande medida decorrente de uma simpatia de muitos cidadãos desses países pela postura antissemita do nazismo.

O antissemitismo pode ser, conceitualmente, dividido em tradicional e moderno. O primeiro remonta a tradições muito antigas, a começar pela aversão europeia medieval aos judeus. A Igreja Católica sustentou, durante séculos, violentos ataques aos judeus ao afirmar a superioridade do cristianismo. Daí se estabelecer com tamanha força mitos como o do deicídio (morte de Jesus de Nazaré atribuída aos judeus – “o seu sangue caia sobre nós e nossos filhos”, Evangelho segundo Mateus 27, 25) e da substituição do judaísmo pelo cristianismo. Isso se espalhou pela comunidade cristã, embora não se veja episódios de genocídios e congêneres associados ao antissemitismo tradicional⁵.

O antissemitismo moderno nasceu no século XIX, mais especificamente no seu último terço. Surgiu em termos práticos e, quase simultaneamente, na Alemanha, na Áustria e na França, associando-se aos escândalos financeiros e fraudes milionárias ocorridos nesses países com o envolvimento de grandes capitalistas e banqueiros judeus. Ao lado de fatos como esses e culminando com o tristemente célebre Caso Dreyfus na França (acusações forjadas contra um capitão judeu – Alfred Dreyfus – condenado à prisão perpétua em 1894 e reabilitado em 1906), o antissemitismo moderno também contou com um aumento de sofisticação teórica, deixando de lado teses religiosas como a do deicídio e apelando à História e à natureza para justificar a desigualdade racial e explicar a supremacia da raça branca/ariana, condenando os judeus a um plano de inferioridade racial. Destaque-se os escritos do diplomata francês Joseph Arthur de Gobineau, enfatizando a impossibilidade de civilização verdadeira fora da raça branca, e do inglês (posteriormente naturalizado alemão) Houston Stewart Chamberlain, com a exaltação da “pureza do sangue teutônico” e da necessidade dos genuínos arianos tomarem posse da “herança da humanidade”⁶.

Esse arcabouço ideológico, embora influente, não teve consequências mais sérias do que o Caso Dreyfus até meados da década de 20 do século XX. Mesmo com a derrota alemã na 1ª Guerra Mundial, o regime político que adveio foi democrático com a promulgação da Constituição de 1919 (a “Carta de Weimar”) e a pluralidade político-partidária. Os grupos extremistas de direita e de esquerda já eram ativos, mas não possuíam significativa inserção social nos primeiros anos daquela década. Foram nesses anos, todavia, que os nazistas deram seus primeiros passos: a fundação do Partido Nacional Socialista dos Trabalhadores Alemães (NSDAP - *Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei*), rapidamente direcionado para a liderança quase absoluta de Adolf Hitler; a organização de um movimento de insurreição capitaneado por esse partido na Bavária para derrubar – sem sucesso – o governo estadual socialista daquele Estado alemão; a prisão e encarceramento de Hitler, ocasião em que este expõe, pela primeira vez, de forma escrita, suas ideias no famoso livro “Minha luta” (*Mein Kampf*); a estruturação partidária posterior em vários Estados alemães, concorrendo às suas eleições; a criação de forças paramilitares como as SA (*Sturmabteilung* – Esquadrão Tempestade) e as SS (*Schutzstaffel* – Escalão de Proteção).

Até a Crise de 1929, entretanto, o máximo que os nazistas conseguem em termos eleitorais são 12 cadeiras parlamentares, equivalendo à representação de 2,6% do total do eleitorado⁷.

A recessão deflagrada pela referida Crise com a queda da Bolsa de Nova York, entretanto, terminou por ser um divisor de águas. A Alemanha é fortemente atingida, pressionada pelos financistas norte-americanos em relação à sua dívida externa, o desemprego atinge patamares elevados e a moeda se desvaloriza drasticamente. O cenário de grave crise a torna celeiro fértil a ideias extremistas.

Em tal contexto, os nazistas conseguem se tornar uma força política de grande relevância. Em 1932, Adolf Hitler concorre à Presidência da República, sen-

Rio de Janeiro: Elsevier; FGV, 2012. p. 20-21.

7 AMBOS, Kai; MEYER-ABICH, Nils. La superación jurídico-penal de las injusticias y actos antijurídicos nacionalsocialistas y realsocialistas en Alemania. *Revista Penal*, n. 24, Hannover/Göttingen: ZIS (Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik), p. 3-22, 2009; MANN, Michael. *Fascistas*. Rio de Janeiro: Record, 2008. p. 250-251; LACERDA, Gabriel. *Nazismo, cinema e direito*. Rio de Janeiro: Elsevier; FGV, 2012. p. 9-10.

5 CARNEIRO, Maria Luiza Tucci. A Era nazi e o anti-semitismo. In: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi (Org.). *Faces do fanatismo*. São Paulo: Contexto, 2004. p. 102-133.

6 ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo: anti-semitismo, imperialismo, totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 129 - 201.; LACERDA, Gabriel. *Nazismo, cinema e direito*.

do derrotado no 2º turno pelo já octogenário Marechal Hindenburg, reeleito após mandato de sete anos como Presidente. Ainda assim, Hitler obteve 35% dos votos. Com a dissolução do parlamento e a realização de novas eleições o partido nazista alcança 32% dos votos e eleger 230 parlamentares, tornando-se partido majoritário da Alemanha. Em janeiro de 1933, diante de inúmeras pressões políticas, o Presidente Hindenburg nomeia Hitler Primeiro-Ministro⁸.

Após sua ascensão ao poder, curiosamente ocorrida com respeito às formas democráticas da Constituição de Weimar, os nazistas conseguiram, em menos de um ano, transformar a Alemanha de uma democracia política em uma ditadura totalitária. O famoso episódio do incêndio do edifício do *Reichstag* é utilizado por eles para justificar a edição de decreto de emergência suspendendo a esmagadora maioria das garantias constitucionais. A perseguição aos comunistas é generalizada e o Partido Comunista Alemão é esmagado. Outros partidos são dissolvidos ou pressionados a tal, de modo que em julho de 1933 o NSDAP já se torna o único partido alemão. A perseguição aos judeus começa a ganhar vulto.

Os acontecimentos posteriores são por demais conhecidos: a morte de Hindenburg em 1934 permite a Hitler acumular os dois cargos – Primeiro-Ministro e Presidente da República; as leis raciais de Nuremberg são aprovadas, facilitando a perseguição aos judeus, que aumenta gradativamente até chegar aos campos de concentração e à “solução final”; os nazistas promovem o nacionalismo expansionista, iniciando a 2ª Guerra Mundial que, nos seus primeiros anos, é significativamente vitoriosa para a Alemanha, tendência posteriormente invertida, com a entrada dos EUA no conflito e com a reação da então União Soviética, tornando-se esses países aliados (incluídos aqui o Reino Unido e o governo francês no exílio) contra os nazistas e seus apoiadores⁹.

Com a completa capitulação alemã, vieram à tona os graves crimes perpetrados pelos nazistas e sua dimensão tornou-se efetivamente conhecida. O antisse-

mitismo moderno mostrou sua face mais intensamente desumana. Como se percebe, ao contrário do antissemitismo tradicional, o moderno trouxe consequências humanitárias muito mais devastadoras. Contou com justificativas teóricas mais sofisticadas e elaboradas, ainda que falsas, com meios tecnológicos mais avançados e, com as decisões políticas de levar o antissemitismo às últimas consequências, vieram, paulatinamente, a perseguição discriminatória, o esvaziamento de direitos de cidadania, a guetização e, por fim, os campos de concentração e a “solução final”.

A partir de tais informações e a considerar os objetivos do presente trabalho, vejamos como se deu esse advento do ponto de vista constitucional.

3. CONSTITUCIONALISMO WEIMARIANO E SEU ESVAZIAMENTO MATERIAL

A profunda ruptura política ocorrida na sociedade alemã com o advento do nazismo não foi acompanhada de uma ruptura igualmente profunda nas formas constitucionais. Aparentemente, os nazistas preservaram a essência das formas do texto constitucional da República de Weimar, nunca o revogando expressamente, tendo, contudo, esvaziado de sua materialidade o constitucionalismo da época, notadamente na questão dos direitos fundamentais e do exercício da cidadania.

Nesse contexto, é fundamental analisar o desenvolvimento do constitucionalismo weimariano como processo político-jurídico, de acordo com os conceitos expostos em outro trabalho, especialmente a classificação das constituições quanto à conformação do processo político, do constitucionalista alemão Karl Loewenstein, e da teoria analítica dos regimes híbridos, da Professora espanhola Inmaculada Szmolka Vida, verificando, a partir do seu texto constitucional, seu desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial, sua inserção histórica e social e as mudanças e rupturas ocorridas sob sua vigência¹⁰.

8 Segundo Michael Mann, os nazistas conseguiram tomar o poder porque sua liderança soube mobilizar 3 fontes essenciais do poder: o ativismo violento dos seus militantes, os votos de, pelo menos, um terço do eleitorado alemão e a ambivalência das elites nacionais em relação à democracia de Weimar. MANN, Michael. **Fascistas**. Rio de Janeiro: Record, 2008. p. 252-270.

9 LACERDA, Gabriel. **Nazismo, cinema e direito**. Rio de Janeiro: Elsevier; FGV, 2012. p. 11-16; FRIEDRICH, Otto. **O fim do mundo**. Rio de Janeiro: Record, 2000. p. 359s.

10 GALINDO, Bruno. Constitucionalismo e justiça de transição: em busca de uma metodologia de análise a partir dos conceitos de autoritarismo e democracia. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, n. 67, Belo Horizonte, p. 75-104, 2015.; LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Barcelona: Ariel, 1964. p. 217-218; SZMOLKA VIDA, Inmaculada. Los regímenes políticos híbridos: democracias y autoritarismos con adjetivos: su conceptualización, categorización y operacionalización

A Constituição alemã de 1919, conhecida como “Carta de Weimar” por ter sido elaborada e aprovada nesta cidade, é um caso singular em termos de legado histórico-constitucional. É quase sempre considerada como o marco inicial do constitucionalismo social do Estado de bem-estar e normalmente vista pelos estudiosos do direito constitucional como uma constituição essencialmente boa em seu texto e em seus objetivos¹¹. É praticamente certo que, em qualquer manual ou curso elementar de direito constitucional, estará presente alguma alusão, ainda que superficial, à Constituição de Weimar, normalmente com comentários elogiosos.

Entretanto, foi uma constituição fracassada em termos políticos, não obstante seus grandiosos objetivos. Seu fracasso se deu precisamente pelo contexto no qual esteve inserida, situação histórica que não favoreceu o desdobramento dos propósitos textuais da referida Carta, antes os esvaziou. Foi um texto constitucional de qualidade elevada, mas elaborado em um contexto adverso.

Em 1919, a Alemanha era um país humilhado pela derrota na Primeira Guerra Mundial. Em pleno processo constituinte, é assinado o Tratado de Versailles que impõe pesados ônus aos alemães derrotados, incluindo significativas perdas territoriais. A nova Alemanha republicana nasceu dos destroços do antigo *Reich* imperial com uma Constituição promulgada e democrática, porém, sem gozar da confiança das forças políticas, desde os trabalhadores e as facções socialistas de esquerda à direita burguesa cética em relação ao novo Estado¹².

A Constituição de 1919 abarca, em seu texto, uma tentativa de conciliar perspectivas ideológicas distintas. Consagra postulados ideológicos clássicos do liberalismo constitucional, como um sistema de freios e contrapesos (em que pese a existência de um poder presidencial moderador extremamente forte para um sistema parlamentarista) e direitos e garantias civis e políticos. Ao mesmo tempo, incorpora novidades constitucionais oriundas dos pleitos da classe trabalhadora e dos setores à esquerda no espectro político, como a ampliação

da educação obrigatória e gratuita, o condicionamento da liberdade econômica à realização de algum grau de justiça social – com limites ao direito de propriedade –, e ainda o reconhecimento da legitimidade dos movimentos trabalhistas e a criação de um sistema geral de seguridade social.

É uma Carta elaborada, essencialmente, por acadêmicos e professores – à frente Hugo Preuß – que tiveram uma grande preocupação com o fomento a uma cultura republicana e democrática na Alemanha, vislumbrando no texto constitucional um potencial que não encontrou terreno fértil na conjuntura política germânica da época¹³. Foi uma Constituição que passou por grandes provas de fogo contextuais, não fornecendo elementos para a solução das instabilidades dos anos 20/30 do século passado e não conseguindo ser o fator de integração política da sociedade alemã que autores como Rudolf Smend vislumbraram¹⁴.

Os primeiros anos da vigência da Constituição de 1919 não foram tranquilos, mas pode-se afirmar que ela pode inicialmente garantir as liberdades democráticas e o pluralismo político, admitindo até mesmo a organização de partidos e organizações sociais abertamente anti-democráticas (o que terminou por se revelar letal para o constitucionalismo weimariano). Os direitos sociais não são implementados da mesma maneira, mas a situação menos adversa da economia propicia uma conjuntura momentânea favorável à Carta alemã então vigente.

A Crise de 1929, todavia, mudou, completamente, esse cenário. A Alemanha é pesadamente atingida pela crise econômica mundial e a crise interna se agrava avassaladoramente no fim dos anos 20. A ineficiência da democracia republicana em relação à solução da crise fortalece, politicamente, os partidários de propostas extremistas. Os partidos nazista e comunista são os mais votados nas eleições parlamentares de 1932. As medidas

dentro de la tipología de regímenes políticos. **Revista de Estudios Políticos**, n. 147, Madrid, p. 103-135, 2010.

11 GRIMM, Dieter. **Constituição e política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 266.

12 RÜRUP, Reinhard. Génesis y fundamentos de la Constitución de Weimar. **Ayer**, n. 5, p. 125-158, 1992. Disponível em: <http://www.ahistcon.org/docs/ayer/ayer5_05.pdf>. Acesso em: 11 set. 2012.

13 VEIGA, Gláucio. O direito econômico em Weimar: mito e espírito. **Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito**, n. 12. Recife: UFPE, 2002. p. 233-246.; RÜRUP, Reinhard. Génesis y fundamentos de la Constitución de Weimar. **Ayer**, n. 5, p. 125-158, 1992. Disponível em: <http://www.ahistcon.org/docs/ayer/ayer5_05.pdf>. Acesso em: 11 set. 2012.

14 SMEND, Rudolf. **Constitución y derecho constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.; GALINDO, Bruno. **Teoria Intercultural da Constituição: a transformação paradigmática da Teoria da Constituição diante da integração interestatal na União Européia e no Mercosul**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 79-80; GRIMM, Dieter. **Constituição e política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 266-267.

de caráter autoritário emergencial, previstas na Constituição para situações extremas, são utilizadas de forma generalizada pelo poder executivo para tentar resolver a crise, destacando-se nesse particular os denominados “decretos de emergência” (*Notverordnungen*)¹⁵.

O art. 48º, § 2º, da referida Carta previa esses decretos com o seguinte texto:

[...]

§ 2º. No caso de perturbação ou ameaça grave à segurança e ordem pública no Império compete ao Presidente decretar as medidas necessárias ao restabelecimento da ordem e da segurança, mesmo com o recurso à força armada. Para este fim, pode suspender, total ou parcialmente, os direitos fundamentais dos artigos 114º, 115º, 117º, 118º, 123º, 124º e 153º.

Se inicialmente a ideia de que tal prerrogativa na competência do chefe de Estado, o Presidente do *Reich* é considerada de suma importância contra tentativas de subversão violenta da república, o conceito de “emergência” é ampliado irrestritamente, compreendendo ações políticas referentes a problemas econômicos (eleições e reduções de tributos, controle de capitais e do comércio de divisas), sendo quase todas as medidas impopulares do governo em relação às crises ocorridas por meio dos referidos decretos, numa relação de substituição da lei por eles¹⁶.

Os artigos referidos como passíveis de suspensão pelo dispositivo são, provavelmente, os mais importantes em termos substantivos, pois envolvem desde o direito à livre manifestação do pensamento até a propriedade e a liberdade de locomoção, o que possibilita ao Presidente por meio de um decreto unilateral e sem debate legislativo empreender o solapamento desses direitos e garantias.

A ascensão de Adolf Hitler ao cargo de Chanceler na esteira da vitória nazista nas eleições parlamentares de 1932 possibilita maior pressão contra os movimentos politicamente contrários, especialmente os comu-

nistas. O temor de parte da elite tradicional alemã de uma revolução bolchevique ou algo do gênero leva os partidos conservadores a apoiarem o novo líder e suas propostas.

O famoso episódio do incêndio do *Reichstag* – até hoje não completamente esclarecido¹⁷ – leva os nazistas a aproveitarem a acusação aos comunistas para sustentarem a existência de uma conspiração destes para subverter a ordem pública e conseguem do então Presidente Hindenburg a assinatura, em 28 de fevereiro de 1933 (dia seguinte ao incêndio), de um decreto de emergência, o *Reichstagbrandverordnung*, que “para a proteção do povo e do Estado” permite na ocasião a suspensão de todos aqueles dispositivos constitucionais aludidos no art. 48º, § 2º, “até segunda ordem”¹⁸. Tal decreto permitiu ao governo do *Reich* empreender uma perseguição generalizada aos opositores políticos que, rapidamente, são presos e outros fogem ainda nos primeiros meses de 1933.

Em 24 de março do mesmo ano, é aprovada pelo *Reichstag* a Lei de Outorga de Poderes (*Ermächtigungsgesetz*) que transfere ao governo o poder de fazer leis. A partir daí, os próprios instrumentos normativos de-

17 O incêndio do Reichstag foi utilizado como pretexto para uma vasta perseguição aos comunistas e tornou-se decisivo à afirmação concreta do poder nazista. Contudo, mesmo com todo o clima político de “caça às bruxas”, o próprio processo de responsabilização penal dos réus foi profundamente inconclusivo: julgados em Leipzig, em 21 de setembro de 1933, dos cinco acusados, apenas Marinus van der Lubbe, holandês que já havia confessado o crime, foi condenado e sentenciado. Lubbe afirmou ao tempo inteiro que agira só e pouco se interessou em efetivamente se defender. Já os demais acusados, o comunista alemão Ernst Torgler e outros três comunistas de nacionalidade búlgara, foram absolvidos diante da absoluta ausência de provas concretas contra os mesmos na acusação realizada, não obstante figuras de proa do regime nazista terem dado depoimentos em favor da condenação dos réus, a exemplo de Hermann Goering. O fato é que até hoje pesquisadores se debatem entre a versão da ação isolada de Lubbe, a possível colaboração dos comunistas com este ou mesmo a possibilidade de os próprios nazistas terem atestado fogo ao edifício para utilizarem o ocorrido como pretexto culpabilizador de seus inimigos, como terminaram por fazer, embora a versão de que incendiaram o prédio também não esteja provada. READER'S DIGEST. **Os grandes mistérios do passado**. Rio de Janeiro: Reader's Digest Brasil, 1996; THE GARDIAN. **75 years on, executed Reichstag arsonist finally wins pardon**. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/world/2008/jan/12/second-worldwar.germany>>. Acesso em: 27 dez. 2016.

18 “Ordem Presidencial para a proteção do povo e do Estado: Com base no art. 48, parágrafo 2º, da Constituição do Reich Alemão, e em defesa contra atos de violência comunista que põem em perigo o estado, fica determinado o seguinte: § 1º. Os arts. 114, 115, 117, 118, 123, 124 e 153 da Constituição do Reich Alemão ficam suspensos até segunda ordem.”

15 MÜLLER, Friedrich. As medidas provisórias no Brasil diante do pano de fundo das experiências alemãs. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). **Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 337-355. p. 339.

16 MÜLLER, Friedrich. As medidas provisórias no Brasil diante do pano de fundo das experiências alemãs. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). **Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 337-355. p. 341-342.

nominados de leis serão, na verdade, decretos do governo, embora haja exceções relevantes, como as leis raciais de 15 de setembro de 1935 (conhecidas como “leis raciais de Nuremberg” – *Nürnberger Rasse-Gesetze*), aprovadas pelo *Reichstag* em sessão extraordinária realizada em Nuremberg¹⁹. Antes disso, em agosto de 1934, o Marechal Hindenburg, Presidente do *Reich*, morre, e ainda, de acordo com as formalidades constitucionais – especificamente o art. 51^{o20} –, Adolf Hitler acumula as funções de Chanceler e Presidente do *Reich*, embora torne permanente na prática o “transitório” previsto no dispositivo, tornando-se, politicamente, senhor absoluto do poder estatal alemão.

Ou seja, em pouco mais de dois anos, ainda que mantidas certas formas constitucionais, a Constituição de Weimar já está, materialmente, esvaziada. Como destacam Ambos e Meyer-Abich, os pilares do constitucionalismo democrático sucumbem completamente, sendo o decreto de emergência para a “proteção do povo e do Estado” a norma demolidora dos direitos fundamentais, ao passo que a Lei de Outorga de Poderes o ato normativo que destrói qualquer resquício de sistema de freios e contrapesos ou separação de poderes no direito alemão do período nazista²¹.

Além da constitucionalização formal dos atos normativos do governo de Hitler e da aceitação social das políticas oriundas de tais atos, aceitação esta ampliada pela aniquilação violenta das forças oposicionistas, os nazistas tiveram farta colaboração da doutrina e da jurisprudência.

Em relação à doutrina, a maior parte dos juristas de Weimar termina por aderir ao novo regime, embora poucos possam ser considerados efetivamente nazistas. José Esteve Pardo, em ensaio sobre a doutrina publicista alemã durante o nazismo, divide as posturas dos juristas germânicos (incluindo aí austríacos como Kelsen) em

relação ao regime nacional-socialista em quatro grupos:

- a. Exilados externos – aqueles que corriam, direta e efetivamente, risco de vida (por sua origem judaica, militância política ou outra razão) com a ascensão dos nazistas ao poder e fugiram para garantir a própria vida. Cita entre eles o próprio Hans Kelsen, bem como Hans Nawiasky, Hermann Heller e Karl Loewenstein, que já em 1933 se evadiram do território alemão;
- b. Exilados internos – aqueles que cortaram completamente ou reduziram ao mínimo sua vida pública e acadêmica, não obstante não terem fugido da Alemanha. Foram os casos de Gerhard Anschütz, Heinrich Triepel, Richard Thoma e Rudolf Smend;
- c. Adesionalistas (expressão minha) – aqueles que, embora não tivessem vínculos prévios com o nazismo, aderiram ao novo regime e colaboraram com o mesmo. O mais célebre deles foi Carl Schmitt, mas outros renomados juristas da Era Weimar também figuraram entre eles, a exemplo de Ernst Forsthoff, Otto Koellreuter, Theodor Maunz e Ulrich Scheuner. Esse grupo é considerado amplamente majoritário;
- d. Nazistas – aqueles declaradamente partidários do nazismo, destacando-se Herbert Best, Reinhard Höhn e Walter Stuckart²².

Em relação à jurisprudência, a resistência ao regime nazista foi ainda mais tênue e isolada. Os nazistas foram eficientes em decretar normas que afastaram rapidamente do poder judiciário os juízes judeus e os considerados “politicamente indesejáveis”, deixando na função judicante basicamente os magistrados subservientes aos novos poderosos. Nesse contexto, a posição dos magistrados é de cumprimento da ordem jurídica nazista, especialmente em instâncias superiores como o *Reichsgericht*, o tribunal mais relevante na estrutura constitucional weimariana do poder judiciário. As escassas decisões judiciais contrárias ao regime advinham da jurisdição de instâncias inferiores e normalmente eram reformadas pelo Tribunal do *Reich*²³. Uma das poucas ocasiões em que esse último tribunal não atendeu aos interesses do III^o *Reich* é quando condena apenas Marinus van der Lubbe pelo incêndio do prédio do *Reichstag* e absolve, por ausência de provas, os demais acusados, provocan-

19 RIGAUX, François. **A lei dos juízes**. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 109.

20 “Em caso de impedimento transitório das funções presidenciais ou em caso de vagatura da presidência, enquanto não se realizar a nova eleição, fica o chanceler investido nas atribuições de Presidente do Império, conjuntamente com as do seu cargo. No entanto, se o impedimento deve prolongar-se, a forma de substituição é regulada por lei.”

21 AMBOS, Kai; MEYER-ABICH, Nils. La superación jurídico-penal de las injusticias y actos antijurídicos nacionalsocialistas y real-socialistas en Alemania. **Revista Penal**, n. 24, Hannover/Göttingen: ZIS (Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik), p. 3-22, 2009.

22 PARDO, José Esteve. La doctrina alemana del derecho público durante el régimen nacionalsocialista: crónica de un debate tardío. **Revista Española de Derecho Constitucional**, n. 67, Madrid, p. 171-180, 2003.

23 RIGAUX, François. **A lei dos juízes**. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 127-128.

do reação imediata dos nazistas, instituindo em 1934 o Tribunal do Povo (*Volksgerichtshof*) com a competência para julgamento dos crimes políticos cometidos contra o regime. Em 1936, é criado o Tribunal de Guerra do Reich (*Reichskriegsgericht*)²⁴.

O que se percebe é que os nazistas, não obstante violarem continuamente a constitucionalidade material da Carta de Weimar, tiveram um curioso empenho em cobrir a brutalidade e o terror do regime que instauraram com uma espécie de véu de legalidade formal²⁵. Praticamente, todos os atos normativos realizados pelos nazistas aparentam respeito às formas constitucionais da Constituição de 1919, não obstante violarem contínua e cotidianamente os mais elementares aspectos substantivos da referida Lei Maior.

Essa Carta corresponde como poucas a uma constituição semântica no conceito loewensteiniano, tendo sofrido, em termos de constitucionalismo, uma mutação no que diz respeito à conformação do poder político: com esse referencial, pode-se afirmar que a referida Constituição foi nominalista entre 1919 e 1933 e semântica a partir daí até 1945²⁶.

Com a percepção do esvaziamento material pelo qual passou a Carta de Weimar, pode-se perceber melhor a natureza do regime autocrático nazista.

A partir dos conceitos de Franz Neumann, a autocracia nazista configura o tipo totalitário, com o domínio ditatorial dos meios tradicionais de coerção, a adesão popular à figura cesarista de Adolf Hitler e o desenvolvimento dos controles sociais totalitários através do partido único, da polícia política e da dominação absoluta da educação e dos meios de comunicação²⁷.

24 AMBOS, Kai; MEYER-ABICH, Nils. La superación jurídico-penal de las injusticias y actos antijurídicos nacionalsocialistas y realsocialistas en Alemania. **Revista Penal**, n. 24, Hannover/Göttingen: ZIS (Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik), p. 3-22, 2009; LACERDA, Gabriel. **Nazismo, cinema e direito**. Rio de Janeiro: Elsevier; FGV, 2012. p. 32.

25 RIGAUX, François. **A lei dos juizes**. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 107; AMBOS, Kai; MEYER-ABICH, Nils. La superación jurídico-penal de las injusticias y actos antijurídicos nacionalsocialistas y realsocialistas en Alemania. **Revista Penal**, n. 24, Hannover/Göttingen: ZIS (Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik), p. 3-22, 2009.

26 LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Barcelona: Ariel, 1964. p. 217-218.

27 NEUMANN, Franz. **Estado democrático e Estado autoritário**. Rio de Janeiro: Zahar, 1969; GALINDO, Bruno. Constitucionalismo e justiça de transição: em busca de uma metodologia de análise a partir dos conceitos de autoritarismo e democracia. **Revis-**

Estabelecendo uma precisão ainda maior do perfil da ditadura nazista, cabe a utilização dos critérios fornecidos por Szmolka Vida para análise dos regimes políticos, considerando a pontuação 1 como a do regime mais autoritário possível e a 4 o mais democrático possível, ficando os números 2 e 3 para situações normalmente intermediárias²⁸:

1ª dimensão analítica: pluralismo e competição política na obtenção do poder e no desenvolvimento dos processos políticos

Variáveis e pontuações:

pluralismo político: 1

competição política: 1

periodicidade das eleições: 1

competição eleitoral: 1

transparência do processo eleitoral: 1

exercício do direito ao voto: 1

sistema eleitoral e distribuição de assentos parlamentares: 1

funções das eleições de representação e formação do governo: 2

2ª dimensão analítica: funcionamento do governo

Variáveis e pontuações:

autonomia das instituições representativas no exercício de suas funções: 1

governo sujeito à responsabilidade política (accountability): 1

agentes que decidem em nome do Estado não sujeitos à responsabilidade política: 1

domínios reservados: 2

fenômenos de corrupção e clientelismo: 1

3ª dimensão analítica: direitos e liberdades públicas

Variáveis e pontuações:

direitos de associação e reunião: 1

liberdade de expressão: 1

liberdade de imprensa e pluralidade de meios de comunicação e acesso a fontes alternativas de

ta da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, n. 67, Belo Horizonte, p. 75-104, 2015. p. 92-95. p. 82-83.

28 SZMOLKA VIDA, Inmaculada. Los regímenes políticos híbridos: democracias y autoritarismos con adjetivos: su conceptualización, categorización y operacionalización dentro de la tipología de regímenes políticos. **Revista de Estudios Políticos**, n. 147, Madrid, p. 103-135, 2010.; GALINDO, Bruno. Constitucionalismo e justiça de transição: em busca de uma metodologia de análise a partir dos conceitos de autoritarismo e democracia. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, n. 67, Belo Horizonte, p. 75-104, 2015. p. 92-95.

- informação: 1
- autonomia do poder judiciário: 2
- proteção legal e judicial contra os abusos cometidos pelo Estado ou por terceiros: 1
- monopólio legítimo da violência pelo Estado: 1
- respeito aos direitos humanos: 1

Qual o significado dessas pontuações? Avalio que, fundamentalmente, a descrição de um Estado totalitário em larga escala, repressor e desumano ao extremo, o que termina por gerar uma reação política e jurídica posterior sem precedentes, diante do grau de excepcionalidade da situação.

4. DERROTA MILITAR E EXPOSIÇÃO DOS CRIMES NAZISTAS

A perspectiva nazista de poder é expansionista, o que faz o domínio sobre a Alemanha ser geopoliticamente insuficiente. Restaurar e ampliar sua força dominante, expandindo o poder político para além de suas fronteiras, torna-se algo politicamente fundamental. O *Anschluss* da Áustria natal de Hitler — sob o discurso do pangermanismo —, o Pacto de Munique — que praticamente entrega a então Tchecoslováquia à Alemanha, com a leniência de países como França e Reino Unido —, a invasão da Polônia e outros atos de beligerância perpetrados pelos comandados do *Führer*, demonstram que o país ressurgiu com força militar ainda maior do que na Primeira Guerra.

Os primeiros anos da Segunda Guerra Mundial são, claramente, favoráveis à máquina de guerra alemã. Ao leste e ao oeste, o domínio nazista se expande rapidamente, derrotando forças armadas bem equipadas e treinadas, fazendo sucumbir potências como a França e, em um primeiro momento, até mesmo a União Soviética, que sofreu pesadas derrotas nos primeiros atos da invasão germânica. As extraordinárias forças armadas alemãs, com a disciplina e a organização herdadas da Escola Militar Prussiana, conseguiram feitos bélicos admiráveis e assustadores, apenas não conseguindo invadir (dos lugares que almejou) o Reino Unido, não obstante a *Luftwaffe* (Força Aérea) ter bombardeado impiedosamente o território britânico e provocado pesadas perdas econômicas e militares àquele país.²⁹

A entrada dos EUA na guerra possibilita maior fôlego aos Aliados antinazistas. A necessidade de lutar em várias frentes dificulta a manutenção da situação inicialmente favorável pelas forças armadas alemãs. A reação dos Aliados ganha contornos de guinada decisiva especialmente em dois episódios daquele conflito. Um deles, o desembarque das forças armadas norte-americanas na Normandia em 1944 — conhecido como “Dia D” —, no qual a vitória foi decisiva para que os EUA/Reino Unido e insurgentes adentrassem a Europa ocidental até chegarem à Alemanha. O outro foi a emblemática Batalha de Stalingrado, na qual os soviéticos infligiram derrota avassaladora aos invasores nazistas e puderam adentrar leste europeu adentro até o território alemão, tomado de todos os lados no final da guerra pelos Aliados.

O desfecho é bem conhecido: completamente acucados, os membros do comando militar alemão decidem pela rendição incondicional exigida pelos Aliados, após as mortes de Hitler, Goebbels e outros líderes nazistas. Em 7 de maio de 1945, o Almirante Karl Doenitz, sucessor do *Führer*, assina o ato de capitulação alemã. Berlim, assim como toda a Alemanha, ficam então sob o domínio quadripartite dos EUA, Reino Unido, França e URSS.

A partir do momento de seu domínio político, os Aliados, e, posteriormente, a comunidade internacional, têm acesso a pessoas, documentos, filmagens e provas as mais diversas de uma extensão de crimes cometidos pelos nazistas antes e durante a Guerra que provavelmente poucos imaginavam fossem em tal magnitude. Os horrores vistos em Auschwitz, Dachau, Sobibor, Treblinka e muitos outros deixam perplexas as potências vencedoras, já que não se trata apenas dos já conhecidos crimes de guerra previstos nas Convenções de Genebra e de Haia (não obstante também terem sido cometidos pelos nazistas), mas de condutas vistas como desumanas e cruéis em uma escala e sofisticação não antes vista em conflitos bélicos e regimes autoritários similares.

No afã de conquistarem o poder total, os nazistas cometeram, internamente, toda ordem de crimes contra seus opositores políticos. Todavia, as doutrinas da supremacia da raça ariana e da expansão do espaço vital alemão permitiram uma ampliação dos referidos atos contra uma série de pessoas que, na maioria das

29 BARNETT, Correlli. Introdução. In: BARNETT, Correlli

(Org.). *Os generais de Hitler*, Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1990. p. 15-31. p. 22.

vezes, pouco atuaram como inimigos dos nazistas. Simplesmente foram “escolhidas” por tais doutrinas como inimigas, sofrendo incomensuráveis indignidades em razão disso. A luta por uma comunidade ariana homogênea levou o regime nazista a promover uma “higiene racial” e uma supremacia dos “mais fortes pela natureza”, privando judeus, ciganos, homossexuais e pessoas com deficiência de seus direitos, de sua liberdade, de sua dignidade e até de sua vida.³⁰ São, tristemente, famosos os experimentos médico-científicos nos campos de concentração em que aquelas pessoas serviam de cobaias humanas (incluindo crianças e bebês) aos sadismos de pretensos cientistas médicos, a exemplo de Josef Mengele, em uma utilização da ciência para finalidades malévolas, nunca antes feita nessa dimensão, a ponto da filósofa Hannah Arendt ter se utilizado da polêmica expressão “banalidade do mal” para tentar descrever esse estado de coisas tão assustador³¹.

Estima-se que, na Europa, sob o domínio hitlerista sucumbiram entre cinco a seis milhões de judeus, assassinados por ou em consequência das políticas de “higiene racial” dos nazistas. Os não judeus, porém integrantes daquelas outras categorias de pessoas, sofreram tanto quanto, embora seja mais difícil a obtenção de estatísticas precisas a respeito.

Anteriormente, como o Tribunal do Povo ainda deu significativa contribuição aos números do horror: relativamente “parcimonioso” entre 1934 e 1939, período em que condenou à morte 85 pessoas por “crimes” contra o regime (leia-se crimes políticos), esse número alcança a cifra de 5.181 condenações à pena capital efetuadas entre 1940 e 1944, dentre elas as do Coronel Claus von Stauffenberg, um dos líderes da célebre Operação Valquíria, a mais significativa tentativa dos próprios alemães de removerem Hitler do poder. Em uma investigação governamental realizada em 1986, chegou-se ao número aproximado de 35 mil execuções por condenações à morte de criminosos políticos entre 1933 e 1945, período do 3º *Reich*³². Por óbvio que

aqui se trata apenas daquelas execuções de pessoas que sofreram condenação formal seguindo procedimentos jurídicos e com a realização de julgamentos pelo poder judiciário de então, embora inexistisse independência judicial³³. Ou seja, não estão neste artigo relacionadas as milhares/milhões de execuções extrajudiciais realizadas nos campos de concentração ou fora deles, bem como as execuções “indiretas” por fome, desnutrição, “experiências científicas” e outras causadas e de responsabilidade dos nazistas.

5. PARÂMETROS JURÍDICOS E HUMANITÁRIOS DA PRIMEIRA EXPERIÊNCIA DE JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO DA HISTÓRIA

Os Aliados venceram a 2ª Guerra. A Alemanha nacional-socialista capitulou. Alguns dos principais líderes nazistas morreram, a exemplo de Goebbels e do próprio Hitler. Um saldo de dezenas de milhões de mortos dentre militares e populações civis deixa um cenário devastador na Europa e várias partes fora dela. Crimes assustadores e graves violações de direitos humanos essenciais foram perpetrados em uma escala inédita.

Em um primeiro momento, pareceu ocorrer certo consenso em torno da ideia de que a humanidade precisava repensar suas práticas e teorias e engendrar esforços para que atos daquela natureza não mais se repetissem. E os Aliados possuíam um incomensurável papel moral nesses esforços.

A exposição dos crimes cometidos gerou perplexidade e espanto em um grau também inédito. É provável que até os mais obstinados antinazistas não imaginassem a dimensão e a forma que tais crimes adquiriram. Não que atos dessa natureza fossem exatamente uma novidade (recorde-se o massacre dos armênios pelo Império Turco Otomano ou os expurgos stalinistas na URSS da década de 30), mas o modo calculista, eficiente e racional de como esse mal foi praticado – especialmente nos

30 AMBOS, Kai; MEYER-ABICH, Nils. La superación jurídico-penal de las injusticias y actos antijurídicos nacionalsocialistas y realsocialistas en Alemania. *Revista Penal*, n. 24, Hannover/Göttingen: ZIS (Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik), p. 3-22, 2009.

31 ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

32 AMBOS, Kai; MEYER-ABICH, Nils. La superación jurídico-penal de las injusticias y actos antijurídicos nacionalsocialistas y realsocialistas en Alemania. *Revista Penal*, n. 24, Hannover/Göttingen: ZIS (Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik), p. 3-22, 2009.

tüngen: ZIS (Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik), p. 3-22, 2009.

33 É interessante notar que boa parte desses processos eram essencialmente teatrais e espetacularizados, como aqueles conduzidos pelo Juiz Roland Freisler, seguramente um dos mais célebres magistrados que estiveram entusiasmadamente a serviço do IIIº Reich. BATISTA, Nilo. Atualidade de Roland Freisler. *Passagens: Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica*, v. 7, n. 1, Rio de Janeiro, UFF, p. 5-14, 2015.

campos de concentração – deixa atônito qualquer um que se debruce sobre o tema, por mais que pretenda estudá-lo de modo desapaixonado e científico³⁴.

Diante desse quadro, os objetivos da justiça de transição – justiça, verdade, memória, reformas institucionais e reparações – precisavam ser levados adiante, muito embora os Aliados ainda não tivessem essa compreensão analiticamente articulada. Mas mesmo antes do fim do conflito e de diferentes modos, os Aliados começaram a debater quais medidas penais e extrapenais seriam necessárias para a responsabilização dos criminosos nazistas e de seus colaboradores, para a reparação e a reabilitação de suas vítimas e para a desnazificação da sociedade alemã, com o objetivo de reconstruí-la com perfil democrático e humanista³⁵.

5.1. Julgamentos dos criminosos nazistas: o Tribunal Militar Internacional de Nuremberg e seus desdobramentos judiciais

De início, os debates sobre os aspectos de justiça material tomaram considerável vulto. No campo penal, era urgente empreender a responsabilização pelas gra-

víssimas violações de direitos humanos do período e a judicialização da questão foi ponderada como a forma mais adequada de lidar com a questão, não obstante a precariedade das condições para tal. Em sendo assim, os Aliados utilizaram diferentes meios de persecução penal dos crimes dos nazistas, que podem ser divididos em pelo menos 3:

1. Persecução penal cooperativa dos 4 Aliados, a exemplo do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg;
2. Atuação das cortes militares nacionais de cada um dos Aliados em suas respectivas zonas de ocupação, sob a égide da Lei nº 10 do Conselho de Controle (Control Council Law nº 10) e das leis nacionais sobre crimes de guerra;
3. Atuação das cortes criminais alemãs, no início sob supervisão dos Aliados e, posteriormente, de forma independente³⁶.

A divisão da Alemanha em quatro zonas de ocupação, administradas cada uma delas por um dos quatro países Aliados, fez com que as medidas de justiça de transição fossem diferenciadas em cada área. Contudo, os Aliados encontraram alguns denominadores comuns em torno de princípios norteadores de tais ações, sendo o principal deles a decisão política de criarem um tribunal composto por juízes dos quatro países em posição de paridade para efetuarem um julgamento em parâmetros judiciais das figuras de proa do regime nazista, realizando a aludida persecução penal cooperativa. A ideia seria romper com a clássica perspectiva de os vencedores simplesmente subjugarem os vencidos. Para tal, criaram estatutos e regras próprias ao funcionamento da Corte, delimitando o alcance das acusações e permitindo debates judiciais com algumas oportunidades de contraditório e de ampla defesa, não obstante o equilíbrio entre as partes não tenha sido efetivo.

Tendo nesse primeiro momento a justiça material como principal objetivo, os quatro países criaram, a partir das bases jurídicas do Acordo Londrino das Quatro Potências, de 6 de agosto de 1945, o Tribunal Militar Internacional, cujo Estatuto previa, além das regras processuais e procedimentais e de composição da corte, os crimes de sua competência em seu art. 6: crimes de guerra, crimes contra a paz e crimes contra a

34 HERF, Jeffrey. **Divided Memory – The nazi past in the two Germans**. Cambridge/Massachusetts: Harvard University Press, 1997, p. 357; FRIEDRICH, Otto. **O fim do mundo**. Rio de Janeiro: Record, 2000. p. 359s. Não desejo aqui afirmar que tais crimes somente foram cometidos pelos nazistas, o que seria, no mínimo, ingênuo. São bem conhecidos os bombardeios norte-americanos em Hiroshima e Nagasaki, onde utilizaram a recém-inventada bomba atômica para aniquilar centenas de milhares de seres humanos, a maior parte deles civis. Menos conhecido é o bombardeio aliado em Dresden, completamente desnecessário, como por vezes não se dá a devida atenção aos estupros e violências massivas contra populações civis alemãs, perpetrados principalmente por soldados soviéticos. Mas abordar tais questões fugiria aos modestos objetivos deste trabalho.

35 É necessário que se diga, no entanto, que a ideia de judicialização dos crimes dos nazistas nunca fora totalmente consensual. Antes, ao contrário, houve até explícitas defesas de execuções sumárias em massa, notadamente por soviéticos (o próprio Stalin) e norte-americanos (Henry Morgenthau Jr., Secretário do Tesouro, e, em alguma medida, o próprio Roosevelt), freadas, sobretudo, pela resistência do Primeiro-Ministro britânico Winston Churchill e, posteriormente, do Secretário de Guerra dos EUA, Henry L. Stimson. Curiosamente, o julgamento dos líderes nazistas por um tribunal internacional fora sugerida pela primeira vez publicamente pelo Ministro do Exterior da União Soviética, Vyacheslav Molotov, em carta aos governos dos países do Leste Europeu no exílio, datada de 14 de outubro de 1942 e foram também os soviéticos os primeiros a fazerem julgamentos em seu próprio território retomado das tropas alemãs de nazistas capturados e de seus próprios cidadãos quando acusados de colaboracionismo. GOLDENSOHN, Leon. **As entrevistas de Nuremberg**. São Paulo: Companhia das Letras, 2005. p. 8.

36 COHEN, David. Transitional justice in divided Germany after 1945. In: ELSTER, Jon (Org.). **Retribution and Reparation in the Transition to Democracy**. New York: Cambridge University Press, 2006. p. 59-88. p. 59.

humanidade.³⁷ Sua sede foi estabelecida em Nürnberg/Nuremberg, como uma resposta política simbólica ao ideário nazista: essa cidade foi palco dos maiores comícios e manifestações públicas daquela ideologia, bem como o local de aprovação das já referidas “Leis raciais de Nuremberg”. E o objetivo principal desse Tribunal era julgar não somente indivíduos relevantes do regime, mas o próprio regime e suas instituições.

Em princípio, o TMI desconsiderou a Constituição semântica de Weimar e estabeleceu-se juridicamente com fundamento no direito internacional, inclusive em sua parte consuetudinária, ainda predominante nessa época. O Estatuto do TMI foi considerado a principal referência normativa levada em consideração pelo Tribunal, pois estabeleceu as competências deste, os procedimentos aos quais a Corte e os colaboradores (acusação, defesa, réus etc.) deviam obediência, e ainda a definição dos crimes objetos de julgamento. A própria irretroatividade da lei penal foi vista pelo TMI como princípio de justiça ajustável às necessidades de um mundo em mudança³⁸.

Realizado entre os anos de 1945 e 1946, o processo do TMI de Nuremberg levou ao banco dos réus 22 acusados de grande importância do regime e 6 organizações oficiais do III^o Reich. No caso dessas últimas, foram consideradas, coletivamente, criminosas o Partido Nacional-Socialista dos Trabalhadores Alemães (NSDAP – *Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei*, mais especificamente sua cúpula dirigente), o Esquadrão de Proteção (a SS – *Schutzstaffel*), a Polícia Secreta do Estado (a *Gestapo* – *Geheime Staatspolizei*) e o Serviço de Segurança (o SD – *Sicherheitsdienst*). Ficaram de fora as Tropas de Assalto (as SA – *Sturmabteilung*) e o Corpo de Generais e Altos Mandatários das Forças Armadas (OKW – *Generalstab und Oberkommando der Wehrmacht*)³⁹.

37 AMBOS, Kai; MEYER-ABICH, Nils. La superación jurídico-penal de las injusticias y actos antijurídicos nacionalsocialistas y real-socialistas en Alemania. **Revista Penal**, n. 24, Hannover/Göttingen: ZIS (Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik), p. 3-22, 2009.

38 AMBOS, Kai; MEYER-ABICH, Nils. La superación jurídico-penal de las injusticias y actos antijurídicos nacionalsocialistas y real-socialistas en Alemania. **Revista Penal**, n. 24, Hannover/Göttingen: ZIS (Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik), p. 3-22, 2009.

39 AMBOS, Kai; MEYER-ABICH, Nils. La superación jurídico-penal de las injusticias y actos antijurídicos nacionalsocialistas y real-socialistas en Alemania. **Revista Penal**, n. 24, Hannover/Göttingen: ZIS (Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik), p. 3-22, 2009. ; RIGAUX, François. **A lei dos juízes**. São Paulo: Mar-

No caso dos acusados, eles foram escolhidos não somente pelo papel que desempenharam na liderança de setores ligados ao regime extinto, mas também pela sua representatividade desses mesmos setores, permitindo forte simbolismo no que diz respeito à abrangência do julgamento, com a ideia de se responsabilizar não somente os militares, mas também diplomatas, industriais, economistas, comunicadores e todos aqueles que contribuíram de modo decisivo ao fortalecimento do poder nazista. Dos 22 réus, 19 foram condenados, sendo: 12 à morte por enforcamento (Hermann Goering, Alfred Jodl, Alfred Rosenberg, Artur Seyss-Inquart, Ernst Kaltenbrunner, Fritz Sauckel, Hans Frank, Joachim von Ribbentrop, Julius Streicher, Martin Borman, Wilhelm Frick e Wilhelm Keitel), 3 à prisão perpétua (Erich Raeder, Rudolf Hess e Walter Funk) e 4 a encarceramentos temporários (Albert Speer – 20 anos, Baldur von Schirach – 20 anos, Constantin von Neurath – 15 anos e Karl Doenitz – 10 anos). Foram absolvidos: Franz von Papen, Hans Fritzsche e Hjalmar Schacht⁴⁰.

Diante dessas circunstâncias, o TMI terminou por concluir pela natureza criminosa do regime e, conseqüentemente, pela ilegitimidade do sistema normativo por ele imposto⁴¹.

Para além do direito internacional e nacional existentes na ocasião, a dimensão extraordinária do horror perpetrado fez com que o TMI assumisse medidas profundamente controversas de justiça material e processual, a se considerar as formas como tais responsabilizações são feitas nos parâmetros do Estado democrático de direito.

Do ponto de vista processual, há vários questionamentos até hoje debatidos quando da análise do TMI, sendo de se destacar as alegadas características de tribunal de exceção, o comprometimento da imparcialidade dos juízes e a ausência de recorribilidade judicial. Em termos de justiça material, é bastante controvertida a relativização do princípio da legalidade e da irretroatividade da lei penal, utilizada como artifício para se atingirem os criminosos nazistas e suas organizações⁴².

tins Fontes, 2000. p. 146.

40 GOLDENSOHN, Leon. **As entrevistas de Nuremberg**. São Paulo: Companhia das Letras, 2005. p. 18-19.

41 RIGAUX, François. **A lei dos juízes**. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 145-146.

42 GONÇALVES, Joaíval Brito. **Tribunal de Nuremberg 1945-1946: a gênese de uma nova ordem no direito internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 147.

De fato, o TMI foi instalado *ex post facto*, o que, seguramente, lhe dá caracteres de tribunal de exceção, pois não havia até então qualquer previsão de cortes internacionais com competência delimitada para julgar tais crimes. Não houve critérios apriorísticos de seleção e escolha dos juízes e o tribunal foi extinto logo após proferir seu veredito⁴³.

A imparcialidade dos julgadores é também questionável, pois somente juízes oriundos dos países vencedores da Guerra integraram o TMI. Tiveram a incumbência de julgar aqueles que até poucos meses antes eram inimigos de suas pátrias, o que, por mais dignos e probos que fossem, no mínimo, pode-se admitir a existência de um sério componente psicológico e subjetivo a levar a uma visão parcial e tendenciosa das questões. Brito Gonçalves destaca que um tribunal composto de juízes efetivamente neutros em relação à participação no conflito – suíços ou suecos, p. ex. – ou ao menos uma corte mista, seria potencialmente mais imparcial, sendo o caso de juízes neutros se manifestarem sobre acusações de uma promotoria formada pelos Aliados e uma defesa elaborada pelos próprios alemães⁴⁴.

A definitividade da decisão, prevista no art. 26 do Estatuto, também terminou por não permitir correções de eventuais equívocos do TMI, o que talvez fosse mais recomendável, principalmente pelo fato de que o referido tribunal ainda atuara no calor dos acontecimentos e, possivelmente, sem o distanciamento necessário para decisões mais equânimes.

Do ponto de vista material, o aspecto mais controverso foi a parcial violação do princípio da legalidade, culminando com a retroatividade da lei em desfavor dos réus. O Estatuto do TMI, em seu art. 6, previu a existência de três tipos de crimes pelos quais os réus poderiam responder: crimes contra a paz, crimes de guerra e crimes contra a humanidade. Entretanto, apenas no caso dos crimes de guerra, havia expressa previsão normativa no direito internacional, mais precisamente como objeto das Convenções de Haia/1927 e de Genebra/1929. Os crimes contra a paz, essencialmente associados à preparação e premeditação de violações de tratados internacionais, e os crimes contra a humanidade, que

se tornam, provavelmente, a grande inovação do TMI, alegando a necessidade de se punir efetivamente graves violações de direitos humanos (em especial o genocídio e o extermínio em massa) não estavam previstos em qualquer legislação internacional anterior aos fatos⁴⁵.

São indubitavelmente plausíveis as críticas exaradas ao TMI, pois de fato este se estabelece violando uma série de clássicos e sedimentados entendimentos acerca dos princípios do Estado de direito presentes nos sistemas jurídicos dos Aliados vencedores (*rule of law*, *Etat de droit*), bem como o próprio *Rechtstaat* germânico anterior à ascensão nazista.

Todavia, permito-me aqui realizar certa defesa do TMI, procurando apontar os relevantes aspectos positivos de justiça material e processual na atuação da corte, principalmente se levarmos em conta o grau de excepcionalidade daquele momento imediatamente após a Guerra. Estabeleceram-se procedimentos e regramentos a serem observados, configurando uma razoável aplicação do devido processo legal. Muito embora a defesa não tenha sido tão ampla como no Estado de direito regular, houve debates judiciais e os réus e os defensores tiveram oportunidade de apresentar suas razões. Apesar de certa sanha persecutória por parte dos julgadores, estes tiveram algum discernimento para realizar dosimetrias das penas de modo que a culpabilidade foi avaliada caso a caso, não se configurando aí uma mera “caça às bruxas”: as penas foram diversas entre os condenados e até mesmo absolvições ocorreram, o que, se contextualizadas as tensões políticas daquele período, o julgamento do TMI não deixa de ser um feito notável, apesar das imperfeições apontadas.

Na visão do Promotor norte-americano e principal acusador no julgamento, Robert Jackson, com a qual em linhas gerais eu concordo, “o julgamento representou um dos mais significativos tributos que o poder prestou à razão”⁴⁶.

Com o encerramento das atividades do TMI, a persecução penal ficou a cargo de tribunais dos Aliados em suas respectivas zonas de ocupação, de acordo com a

43 MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Direitos humanos e conflitos armados**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 441.

44 GONÇALVES, Joanival Brito. **Tribunal de Nuremberg 1945-1946: a gênese de uma nova ordem no direito internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 153.

45 GONÇALVES, Joanival Brito. **Tribunal de Nuremberg 1945-1946: a gênese de uma nova ordem no direito internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 135-136.

46 “the trial represented one of the most significant tributes that Power has ever paid to reason”, in: COHEN, David. *Transitional justice in divided Germany after 1945*. In: ELSTER, Jon (Org.). **Retribution and Reparation in the Transition to Democracy**. New York: Cambridge University Press, 2006. p. 59-88. p. 61.

Lei nº 10 do Conselho de Controle, bem como de cortes alemãs, sob supervisão dos Aliados até 1952.

As questões de justiça material da justiça de transição pós-nazismo na Alemanha ocupada foram pensadas a partir das políticas gerais de desnazificação (*Entnazifizierung*), que envolviam os outros aspectos de natureza transicional, desde a educação até o funcionamento das instituições estatais.

Se, por um lado, a desnazificação da sociedade alemã era algo extremamente relevante, por outro, uma perseguição generalizada daqueles que possuíam vínculos com o nazismo tornaria inviável a construção de uma nova Alemanha, sedimentada em valores universalistas democráticos e humanistas. Em uma sociedade governada por um regime totalitário, a oposição política tende a ser aniquilada e os sobreviventes são, forçosamente ou não, assimilados ao regime. Não há neutralidade possível, os tentáculos totalitários se expandem por toda a sociedade, sendo a adesão e a colaboração com o regime uma condição mesma de sobrevivência das pessoas. E foi precisamente assim na Alemanha nazista.

Com a capitulação alemã, em maio de 1945 e a asunção do controle político do país pelos Aliados, estes constataram que, oficialmente, o Partido Nazista possuía 6.542.261 filiados, não incluídos aqui os colaboradores não oficiais e os simpatizantes. Diante da inviabilidade prática de se perseguir tanta gente, os tribunais aliados e alemães passaram a se utilizar dos critérios de categorização da culpabilidade, então já de uso corrente pelas comissões de desnazificação – as denominadas Câmaras de Sentença (*Spruchkammern*) –, para, valendo-se de certa parcimônia, empreender a persecução penal para os nazistas considerados, efetivamente, perigosos e responsáveis por crimes mais impactantes, deixando livres ou punindo brandamente os colaboradores e membros do NSDAP tidos como de menor importância⁴⁷. Para tal, as categorias de culpabilidade, generalizadamente utilizadas, foram cinco, de acordo com a gradação criminosa:

- 1) culpado principal;
- 2) incriminado;
- 3) levemente incriminado;
- 4) simpatizante;

47 COHEN, David. Transitional justice in divided Germany after 1945. In: ELSTER, Jon (Org.). **Retribution and Reparation in the Transition to Democracy**. New York: Cambridge University Press, 2006. p. 59-88. p. 68.

5) não incriminado⁴⁸.

Em geral, apenas as duas primeiras categorias foram punidas de forma mais severa, com penas de perda de direitos civis, confisco de bens, prisão e até morte (neste caso, somente pelos tribunais aliados). Os levemente incriminados passaram por punições brandas (dificilmente sendo encarcerados, p. ex.), ao passo que os simpatizantes e os não incriminados em geral foram absolvidos e reabilitados⁴⁹.

Todavia, tais categorias nem sempre eram interpretadas da mesma maneira pelos Aliados ocupantes e seus diferentes sistemas jurídicos, bem como pelos próprios alemães. Razões de natureza estritamente política, como o advento da chamada Guerra Fria, fizeram com que os Aliados buscassem a colaboração e a simpatia da população alemã em suas respectivas áreas de ocupação, tentando um alinhamento político com seus posicionamentos na nova conjuntura internacional, dando origem à formação de duas repúblicas alemãs distintas, a República Federal da Alemanha, oriunda da junção entre os setores britânico, francês e norte-americano, e a República Democrática Alemã, nascida do setor soviético.

Diante desse novo cenário, a transferência do processo de justiça de transição aos próprios alemães terminou por ser almejada em todas as áreas de ocupação. Mas entre 1945 e 1952, conviveram cortes aliadas e alemãs no processo de responsabilização dos nazistas, utilizando-se, cada uma a seu modo, das categorias aludidas de culpabilidade para realizarem seu trabalho.

Em Nuremberg, tribunais militares dos EUA efetuaram 12 julgamentos de membros das elites funcionais do 3º Reich entre 1946 e 1949. No restante do setor norte-americano de ocupação, outros processos ocorreram. As cortes norte-americanas levaram 1.941 pessoas aos bancos dos réus; em relação a estas, 324 foram condenadas à morte, 247 à prisão perpétua e 946 a penas de prisão temporária; 57 réus tiveram direito à suspensão de suas penas e 367 foram absolvidos⁵⁰.

48 AMBOS, Kai; MEYER-ABICH, Nils. La superación jurídico-penal de las injusticias y actos antijurídicos nacionalsocialistas y realsocialistas en Alemania. **Revista Penal**, n. 24, Hannover/Göttingen: ZIS (Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik), p. 3-22, 2009.

49 COHEN, David. Transitional justice in divided Germany after 1945. In: ELSTER, Jon (Org.). **Retribution and Reparation in the Transition to Democracy**. New York: Cambridge University Press, 2006. p. 59-88. p. 74.

50 AMBOS, Kai; MEYER-ABICH, Nils. La superación jurídico-penal de las injusticias y actos antijurídicos nacionalsocialistas y

O interesse norte-americano em ter a então Alemanha Ocidental como aliada no cenário da Guerra Fria fez com que o Alto Comissário John McCloy anunciasse em janeiro de 1951, após certa pressão política do Governo do Chanceler Konrad Adenauer e de parte da sociedade civil alemã⁵¹, que, dos 89 criminosos nazistas de alto escalão presos em decorrência dos julgamentos de Nuremberg, 78 tivessem suas penas reduzidas, sendo 31 deles, em razão da redução, imediatamente libertados, incluindo Alfried Krupp, altos oficiais da SS, generais, políticos e juizes⁵².

No setor britânico, as cortes militares do Reino Unido condenaram 1.085 réus, sendo 240 deles à morte. As ações de justiça transicional do Reino Unido em seu setor foram mais seletivas, tentando equilibrar a responsabilização criminal com os objetivos de reconstrução da Alemanha, não fazendo da primeira um objetivo central da ocupação daquele país⁵³.

Na zona francesa de ocupação, os tribunais daquele país condenaram 2.107 réus, sendo 104 deles à pena capital. É considerado por diversos autores o país que menos priorizou as ações de justiça de transição, interessado que estava em garantir recursos alemães para a reconstrução da França, bem como em manter o vizinho enfraquecido e inofensivo⁵⁴.

Nesses três setores – norte-americano, britânico e francês – mais da metade das penas de morte foram

comutadas em penas de prisão⁵⁵.

No setor soviético, a justiça material levada adiante foi de caráter mais fortemente retributivo, muito embora os ocupantes também perceberam — a exemplo dos EUA — que uma persecução penal generalizada seria inviável. Utilizando-se de estratégia política, a URSS apelou à lealdade dos alemães daquele setor para reabilitá-los, caso demonstrassem clara e efetivamente seu rompimento com o nazismo. Também se utilizaram das categorias de culpabilidade para diferenciar os nazistas “reais” daqueles somente “nominais”.

Ainda assim, a Administração Militar Soviética, trabalhando com a estreita colaboração do Grupo Ulbricht do Partido Comunista Alemão (o que ensejou uma participação dos alemães no processo de transição mais cedo do que nas demais áreas de ocupação), levou aos bancos dos réus de suas cortes 17.886 pessoas, com 8.055 condenações, sendo 436 à pena de morte⁵⁶.

Finalmente, os casos de justiça material de transição processados por tribunais alemães. Kai Ambos e Niels Meyer-Abich dividem historicamente o tratamento jurídico dado a essas questões em 4 fases:

- 1ª) 1945-1949: “vontade de limpeza” – desnazificação profunda;
- 2ª) 1950-1960: “política do passado” – alguns dos criminosos nazistas anistiados e protegidos contra futuros atos de persecução penal;
- 3ª) 1960-1980: “superação do passado” – sistematização dos procedimentos de justiça transicional e maior frequência na utilização da prescrição penal com aquela finalidade;
- 4ª) 1980 em diante: “preservação do passado” – irrelevância da persecução penal e prioridade para a memória e a verdade acerca do período nazista⁵⁷.

Ainda no ano de 1945, foram instaladas cortes compostas por juizes alemães, com competência para julga-

realsocialistas en Alemania. **Revista Penal**, n. 24, Hannover/Göttingen: ZIS (Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik), p. 3-22, 2009.

51 Pesquisas realizadas nos anos que se seguiram ao fim da 2ª Guerra, apontaram que o apoio dos alemães à desnazificação foi alto em seu início, diminuindo drasticamente ano a ano: 57% em 1946, 32% em 1948 e apenas 17% em 1949. COHEN, David. Transitional justice in divided Germany after 1945. In: ELSTER, Jon (Org.). **Retribution and Reparation in the Transition to Democracy**. New York: Cambridge University Press, 2006. p. 59-88. p. 73.

52 COHEN, David. Transitional justice in divided Germany after 1945. In: ELSTER, Jon (Org.). **Retribution and Reparation in the Transition to Democracy**. New York: Cambridge University Press, 2006. p. 59-88. p. 86.; HERF, Jeffrey. **Divided memory: the nazi past in the two Germanys**. Cambridge; Massachusetts: Harvard University Press, 1997. p. 294-295.

53 COHEN, David. Transitional justice in divided Germany after 1945. In: ELSTER, Jon (Org.). **Retribution and Reparation in the Transition to Democracy**. New York: Cambridge University Press, 2006. p. 59-88. p. 86.

54 COHEN, David. Transitional justice in divided Germany after 1945. In: ELSTER, Jon (Org.). **Retribution and Reparation in the Transition to Democracy**. New York: Cambridge University Press, 2006. p. 59-88. p. 79.

55 COHEN, David. Transitional justice in divided Germany after 1945. In: ELSTER, Jon (Org.). **Retribution and Reparation in the Transition to Democracy**. New York: Cambridge University Press, 2006. p. 59-88. p. 63.

56 AMBOS, Kai; MEYER-ABICH, Nils. La superación jurídico-penal de las injusticias y actos antijurídicos nacionalsocialistas y realsocialistas en Alemania. **Revista Penal**, n. 24, Hannover/Göttingen: ZIS (Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik), p. 3-22, 2009.

57 AMBOS, Kai; MEYER-ABICH, Nils. La superación jurídico-penal de las injusticias y actos antijurídicos nacionalsocialistas y realsocialistas en Alemania. **Revista Penal**, n. 24, Hannover/Göttingen: ZIS (Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik), p. 3-22, 2009.

mento dos crimes nazistas cometidos por alemães contra seus próprios nacionais. Tais colegiados tribunais eram fiscalizados e supervisionados pelos Aliados, mas a ideia aqui já era a de delegar aos mesmos as competências dos tribunais dos ocupantes. E, mesmo diante de previsões normativas como a da Lei nº 10 do Conselho de Controle, art. III — que estabelecera a competência dos tribunais dos Aliados para julgarem o cometimento de crimes contra não alemães —, as cortes germânicas julgaram 260 criminosos nazistas nessa condição entre 1945 e 1950. Nesses anos, correspondentes à primeira fase da “vontade de limpeza”, a persecução penal foi bastante intensa, ocasionando um total de 5.228 condenações por crimes nacional-socialistas nos tribunais criminais alemães das 3 zonas ocidentais de ocupação⁵⁸.

Posteriormente, na então recém-formada República Federal da Alemanha e já sob a égide da Lei Fundamental de Bonn (a Constituição alemã de 1949), as persecuções penais e responsabilizações sofrem drástica diminuição. Leis de anistia e de desresponsabilização penal (genericamente denominadas de *Straffreibeitsgesetz*) são aprovadas no âmbito do novo Parlamento alemão ocidental, sendo de se destacar: a Lei de Concessão da Impunidade (*Gesetz über Gewährung von Straffreiheit*), de 1949, que isenta de pena se a condenação for de até 6 meses de prisão; a Lei de Regulamentação das Relações Jurídicas das Pessoas Consideradas no art. 131 da Lei Fundamental (*Gesetz zur Regelung der Rechtsverhältnisse der unter Art. 131 des Grundgesetzes fallenden Personen*), de 1951, restringindo as punições aos delitos de maior gravidade; a Lei sobre a Remissão das Penas e Multas Pecuniárias e do Arquivamento de Processos Penais e de Condenação Pecuniária (*Gesetz über den Erlass von Strafen und Geldbußen und die Niederschlagung von Strafverfahren und Bußgeldverfahren*), de 1954, que isenta de pena os crimes cometidos no final da Guerra cujas condenações não ultrapassem 3 anos de encarceramento⁵⁹.

Embora com momentos de comoção popular e de mobilização social pró-criminalização, como em 1956 no julgamento de Bernhard Fischer-Schweder (ex-

-diretor da polícia nazista envolvido com massacres na Lituânia), a tendência das cortes alemãs ocidentais foi a de restringir cada vez mais a punição de criminosos do período. Em contraste com as mais de cinco mil condenações nos 5 primeiros anos da justiça material de transição realizada por aqueles tribunais, apenas 1.270 réus foram condenados entre 1950 e 2004⁶⁰.

Em relação aos julgamentos das cortes alemãs da também recém-criada República Democrática Alemã, oriunda da zona soviética de ocupação, seguiram uma lógica diversa, apesar de terem sido igualmente intensificados nos primeiros anos do pós-Guerra e drasticamente diminuídos posteriormente.

O processo de justiça de transição na então Alemanha Oriental, aí incluídos os julgamentos criminais, fazia parte de um amplo programa político levado adiante pelos novos governantes e inspirado na ideologia dos ocupantes soviéticos. A persecução penal foi intensa até 1950, quando quase todos os 12.861 réus já haviam sido julgados. Entre 1951 e 1989, foram réus em processos dessa natureza apenas 734 alemães perante as cortes da RDA. A posição oficial desta na justificação da redução tão drástica foi dada ainda na década de 50 do século XX, quando afirmou que o processo de desnazificação da sociedade e do Estado alemão oriental já havia se completado⁶¹. Na nova sociedade socialista, o nazismo não mais teria vez nem voz, de acordo com os dirigentes da RDA.

5.2. Aspectos transicionais não judiciais

Como afirmei quando do esclarecimento das premissas metodológicas, a pretensão aqui é analisar as várias medidas de justiça de transição e não somente a judicialização das questões de justiça material, não obstante estas últimas merecerem uma maior atenção no contexto do trabalho.

58 COHEN, David. Transitional justice in divided Germany after 1945. In: ELSTER, Jon (Org.). **Retribution and Reparation in the Transition to Democracy**. New York: Cambridge University Press, 2006. p. 59-88. p. 82.

59 AMBOS, Kai; MEYER-ABICH, Nils. La superación jurídico-penal de las injusticias y actos antijurídicos nacionalsocialistas y realsocialistas en Alemania. **Revista Penal**, n. 24, Hannover/Göttingen: ZIS (Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik), p. 3-22, 2009.

60 COHEN, David. Transitional justice in divided Germany after 1945. In: ELSTER, Jon (Org.). **Retribution and Reparation in the Transition to Democracy**. New York: Cambridge University Press, 2006. p. 59-88. p. 82. ; AMBOS, Kai; MEYER-ABICH, Nils. La superación jurídico-penal de las injusticias y actos antijurídicos nacionalsocialistas y realsocialistas en Alemania. **Revista Penal**, n. 24, Hannover/Göttingen: ZIS (Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik), p. 3-22, 2009.

61 COHEN, David. Transitional justice in divided Germany after 1945. In: ELSTER, Jon (Org.). **Retribution and Reparation in the Transition to Democracy**. New York: Cambridge University Press, 2006. p. 59-88. p. 85.

Esse tópico, porém, serve à percepção do que foram as políticas de verdade, memória, reparação e reformas institucionais da(s) Alemanha(s) pós-nazismo.

Em relação à busca pela verdade, na experiência alemã do imediato Pós-Guerra - e diferentemente com o que ocorreu na maioria das experiências posteriores -, inicialmente não foram criados órgãos oficiais (que denomino aqui genericamente de comissões da verdade, ainda que não possuam tal nomenclatura formal) com a específica competência de esclarecer os fatos referentes às graves violações de direitos humanos pelo regime de exceção. A priorização dos aspectos judiciais com a consequente judicialização ampla da apuração das graves violações de direitos humanos do período fez com que verdade e justiça estivessem indissociáveis, inseparabilidade esta que estava presente já no próprio discurso dos acusadores do primeiro julgamento de Nuremberg⁶².

É preciso que se diga que aqui tratamos da primeira experiência de justiça de transição da História, de modo que é um tanto precipitado falar na existência de um universalismo teórico justransicional na ocasião, sendo experiência mais analiticamente compreensível com base na abertura e no particularismo preconizados pela Teoria Intercultural da Constituição⁶³.

O regime nazista registrou, com minuciosos detalhes, os próprios crimes cometidos. Recordando Hannah Arendt, o mal absoluto se tornou tão banal que não mais era visto como delito, mas, para uma grande parte dos agentes estatais alemães do período, tratava-se, essencialmente, de uma obrigação, um dever a ser cumprido, como ficou estigmatizado no célebre Caso Eichmann⁶⁴. As acusações contra criminosos nazistas foram fundamentadas basicamente nos documentos e registros do próprio regime, sendo mais relevantes estes do que as provas testemunhais que, em linhas gerais,

tendiam a corroborar com o que os registros do regime já explicitavam⁶⁵.

Na verdade, talvez nenhum genocídio tenha sido tão fartamente documentado, seja em termos escritos, seja através de fotos e filmagens, que os massacres perpetrados pelos nazistas, antes e durante a 2ª Guerra, o que torna no mínimo curiosas certas “teses” negacionistas/revisionistas em relação ao fenômeno. O fato de terem se rendido de forma incondicional sem qualquer acordo sobre o que ocorreria no pós-Guerra permitiu aos Aliados amplo acesso à verdade documental sobre os crimes em questão, o que, pela priorização da justiça material, serviu inicialmente como fundamento dos julgamentos realizados pelas cortes aliadas e germânicas⁶⁶.

Com a política geral de desnazificação levada adiante pelos Aliados, o conhecimento sobre a verdade dos fatos também serviu para impedir durante os primeiros anos do pós-Guerra a ocupação de cargos públicos e de funções socialmente relevantes por nazistas que, não obstante pudessem não terem sofrido condenações penais, seriam tidos por perigosos para a estabilização de uma democracia política na nova Alemanha. A título de exemplo, no setor norte-americano, os conselheiros do Gal. Eisenhower prepararam o “Manual do Governo Militar na Alemanha” (*Handbook for the Military Government in Germany*) que autorizava a imediata detenção de indivíduos que, por terem ocupado altos cargos na estrutura do NSDAP, poderiam representar esse perigo. Os ex-membros da Gestapo, SS, SD e SA também estavam automaticamente incluídos nessa leva de pessoas⁶⁷.

Apesar da verdade sobre o período ter sido amplamente esclarecida, nem tudo era, totalmente, conhecido. Na República Federal da Alemanha, um famoso processo em Ulm com réus nazistas que haviam participado de um massacre de cerca de 120 mil judeus demonstrou que nem todos os crimes do nazismo estavam, devidamente, registrados e esclarecidos, o que gerou a criação, em 1958, do Serviço Central de Administração Judicial

62 COHEN, David. Transitional justice in divided Germany after 1945. In: ELSTER, Jon (Org.). **Retribution and Reparation in the Transition to Democracy**. New York: Cambridge University Press, 2006. p. 59-88. p. 62.

63 GALINDO, Bruno. **Teoria Intercultural da Constituição**: a transformação paradigmática da Teoria da Constituição diante da integração interestatal na União Européia e no Mercosul. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 140.

64 ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém**: um relato sobre a banalidade do mal. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.; COSTA, Alexandre. Sobre filósofos, sonâmbulos e mortos-vivos: os reflexos da incapacidade para pensar em Hannah Arendt. **Revista da Faculdade de Direito de Caruaru**, v. 35, n. 1, Caruaru, p. 27-50, 2004.. p. 44.

65 COHEN, David. Transitional justice in divided Germany after 1945. In: ELSTER, Jon (Org.). **Retribution and Reparation in the Transition to Democracy**. New York: Cambridge University Press, 2006. p. 59-88. p. 62.

66 HERF, Jeffrey. **Divided memory**: the nazi past in the two Germanys. Cambridge; Massachussets: Harvard University Press, 1997. p. 71.

67 COHEN, David. Transitional justice in divided Germany after 1945. In: ELSTER, Jon (Org.). **Retribution and Reparation in the Transition to Democracy**. New York: Cambridge University Press, 2006. p. 59-88. p. 69.

dos Estados para o Esclarecimento de Crimes do Nacional-socialismo (*Zentrale Stelle der Landesjustizverwaltung zur Aufklärung nationalsozialistischer Verbrechen*), com sede em Ludwigsburg. Ainda assim, esse Serviço Central serviu principalmente para proceder a investigações preliminares por conta própria antes de se judicializarem as questões sobre as graves violações de direitos humanos. Este órgão existe até hoje, porém, com a diminuição dos casos, seu funcionamento na atualidade volta-se, principalmente, para o registro de natureza histórica dos crimes nazistas ainda não completamente esclarecidos. Possui atualmente apenas 19 pessoas em seu corpo funcional e divide suas funções com os funcionários do Arquivo Federal (*Bundesarchiv*). Até 2013 realizou 7.555 investigações, com 7.522 encaminhamentos ao Ministério Público alemão para as devidas providências. Naquele ano estavam pendentes 33 investigações preliminares, como consta do seu último relatório disponível⁶⁸.

A partir da drástica diminuição da desnazificação a partir do início da década de 50 do século passado nas então duas Alemanhas (Ocidental e Oriental), o conhecimento da verdade sobre o período passou a servir aos demais propósitos da justiça de transição pós-nazismo.

Em relação à memória, esta tem sido objeto de permanente reforço, seja pelos atos de Estado da própria Alemanha (antes e depois da reunificação), seja por outros países e também por organizações não governamentais diversas, notadamente as judaicas, tendo em vista terem sido os judeus as principais vítimas dos crimes do nazismo em termos estatísticos. Do lado estatal, a criação de monumentos como o Memorial do Holocausto e o Monumento aos Roma/Sinti (ciganos), em Berlin, o financiamento da preservação de campos de concentração (Buchenwald e Dachau, p. ex.) como museus do horror da era nazista, bem como inúmeros outros museus espalhados por toda a Alemanha e fora dela, mantêm registrados para permanente recordação, os graves crimes de lesa humanidade praticados, com a ideia da não repetição como um horizonte das políticas de memória.⁶⁹ Também as diversas organizações não estatais, com destaque para a indústria cinematográfica e

as editoras, publicam livros e realizam filmes ficcionais e documentais que relembram permanentemente e também auxiliam na preservação da memória coletiva sobre a era nazista, fomentando a edificação de uma cultura democrática e humanista.

Em termos de reparação, a justiça de transição envolveu tanto indenizações pecuniárias como reabilitações. As primeiras ocorreram não somente dentro da Alemanha, mas em uma série de outros países prejudicados pela ação bélica alemã, bem como muitos dos seus respectivos cidadãos que sofreram com a perseguição empreendida. Em 1946, ainda sob estrito domínio dos Aliados, a Alemanha acordou indenizações com 19 países. No ano seguinte, foram promulgadas leis de reintegração em cada uma das zonas de ocupação. Mais medidas de reparação e de indenização surgiram em 1952, quando a RFA e o recém-constituído Estado de Israel celebraram tratado nesse sentido, bem como a primeira dispendeu cerca de 3,5 bilhões de marcos alemães em indenizações a organizações judaicas. Na mesma década, foram promulgadas várias leis de reparação e de recomposição que previram recursos em favor dos perseguidos pelo regime nacional-socialista por motivos raciais, religiosos ou políticos, bem como de famílias judias que haviam tido seus bens expropriados por atos do regime nazista. Merecem destaque a Lei Federal do Ressarcimento (*Bundesentschädigungsgesetz*), de 1956 (com efeitos retroativos a 1º de outubro de 1953), a Lei Federal de Reintegração (*Bundesrückerstattungsgesetz*), de 1957, e a Lei para Criação da Fundação “Recordação, Responsabilidade e Futuro” (*Gesetz zur Errichtung einer Stiftung “Erinnerung, Verantwortung und Zukunft”*), de 2000. Até o início de 1998, a RFA havia pago cerca de 102 bilhões de marcos alemães em indenizações em razão das violações de direitos perpetradas pelo nacional-socialismo.

A título de reabilitação, ainda nos anos 40, vários dos condenados por tribunais nacional-socialistas tiveram suas condenações revistas, sendo reabilitados também no âmbito dos *Länder* alemães nas décadas seguintes. Mais recentemente, em 1998, a Lei de Abolição de Sentenças Injustas Nacional-socialistas (*Gesetz zur Aufhebung nationalsozialistischer Unrechtsurteile*) previa a completa anulação dos efeitos de decisões exaradas da época nazista⁷⁰.

68 ZENTRALE STELLE DER LANDEJUSTIZVERWALTUNG ZUR AUFKLARUNG NATIONALSOZIALISTISCHER VERBRECHEN. Herzlich willkommen bei der zentralen stele. Disponível em: <www.zentrale-stelle.de>. Acesso em: 21 dez. 2016.

69 HERF, Jeffrey. **Divided memory: the nazi past in the two Germanys**. Cambridge; Massachusetts: Harvard University Press, 1997. p. 353.

70 AMBOS, Kai; MEYER-ABICH, Nils. La superación jurídico-penal de las injusticias y actos antijurídicos nacionalsocialistas y realsocialistas en Alemania. **Revista Penal**, n. 24, Hannover/Göttingen: ZIS (Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik),

Por último, o objetivo das reformas institucionais. A Alemanha capitulou de modo incondicional, o que permitiu aos Aliados ocupantes e, posteriormente, aos sucessores alemães no poder político redimensionar por completo as instituições da era nazista. Tanto a Constituição de Weimar – já materialmente desconsiderada desde o primeiro ano da ascensão de Hitler ao poder –, como as leis nacional-socialistas mais importantes foram anuladas e/ou revogadas a partir de atos como a Lei Militar de Governo (*Militärregierungsgesetz*) n° 1 e a Lei do Conselho de Controle (*Kontrollratsgesetz*) n° 1, ambas de 1945. As organizações e instituições nazistas mais importantes, inclusive o Tribunal do Povo (*Volksgerichtshof*) e os vários tribunais especiais, foram extintas e temporariamente substituídas por instituições e tribunais dos Aliados e gradativamente, como visto, por novas instituições e tribunais alemães.

As novas instituições foram construídas com base em referenciais diferentes nas duas novas repúblicas alemãs.

Na RDA, Estado erigido na zona soviética de ocupação, a intensa desnazificação seguiu-se a construção de uma ordem jurídica e política aproximada ao modelo socialista, não obstante o texto constitucional de 1949 tivesse uma estruturação formal bastante semelhante à das constituições ocidentais, com a previsão de direitos fundamentais – inclusive os individuais –, e da forma federativa de Estado, com a presença das unidades federativas em uma 2ª câmara senatorial (a *Länderkammer* – arts. 71 e ss.), assim como previsões de independência entre os poderes legislativo, executivo e judiciário, estipulando uma divisão do poder estatal entre eles. Aparentemente assimilara significativamente em sua Constituição o universalismo teórico do constitucionalismo ocidental, particularizando-o no contexto da pretendida construção de uma sociedade socialista. Também extirpara por completo a herança nazista, com previsão expressa de expropriações de empresas pertencentes a nazistas (art. 24, 3⁷¹) e repúdio às instituições daquela era em seu art.

p. 3-22, 2009; HERF, Jeffrey. **Divided memory**: the nazi past in the two Germanys. Cambridge; Massachusetts: Harvard University Press, 1997. p. 3.

71 “As empresas pertencentes a criminosos de guerra e a nacional-socialistas ativos são expropriadas e transformadas em propriedade pública. O mesmo ocorre com os empreendimentos privados que estiveram a serviço da política de guerra” (tradução livre). No original: “Die Betriebe der Kriegsverbrecher und aktiven Nationalsozialisten sind enteignet und gehen in Volkseigentum über. Das gleiche gilt für private Unternehmungen, die sich in den Dienst einer

144, 2⁷², apesar de alguns dos antigos membros do *status quo* do NSDAP terem sido reabilitados com a adesão pública ao ideário socialista da RDA⁷³.

No caso da RFA, ainda que condicionada pela ocupação dos Aliados e necessitando da permissão dos mesmos, ela consegue se erigir a partir da junção dos territórios e cidadãos das zonas britânica, francesa e norte-americana e também em 1949 realiza assembleia constituinte, promulgando a até hoje vigente Lei Fundamental (*Grundgesetz*) de Bonn. Pensada, inicialmente, para ser uma espécie de “constituição provisória”, até que a Alemanha recuperasse por completo sua soberania e pudesse atuar em uma assembleia constituinte, efetivamente livre e incondicionada (conforme previu seu art. 146⁷⁴), a LF tornou-se permanente diante de seu sucesso como referencial normativo para as ações posteriores do Estado alemão e da conduta social e cívica no país⁷⁵. Reconhecendo em princípio a validade das leis da desnazificação (art. 139⁷⁶), a LF previu instituições solidamente democráticas, estipulando a existência de um parlamentarismo bastante funcional, bem como de um poder judiciário autônomo e independente, com destaque para a importância do Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*) na estrutura institucio-

Kriegspolitik stellen.”

72 “As liberdades e direitos constitucionais não podem se constituir em óbices às disposições vigentes e a serem promulgadas com o objetivo de superarem o nacional-socialismo e o militarismo e repararem suas injustiças.” (tradução livre). No original: “Die verfassungsmäßigen Freiheiten und Rechte können nicht den Bestimmungen entgegeng gehalten werden, die ergangen sind und noch ergehen werden, um den Nationalsozialismus und Militarismus zu überwinden und das von ihnen verschuldete Unrecht wiedergutzumachen.”

73 Em verdade, essa configuração radicalmente diferente de suas instituições não permitiu ao Estado alemão oriental erigir-se como uma efetiva democracia constitucional, tendo se degenerado em outro tipo de regime autoritário, o que termina por gerar novas formas de graves violações de direitos humanos em lugar das antigas e, após a reunificação, uma nova experiência de justiça de transição. Contudo, isso foge aos objetivos do presente ensaio. Sobre isso, cf. Galindo: 2005, passim; Galindo: 2012a, pp. 109-111.

74 “**Período de vigência da Lei Fundamental** – Esta Lei Fundamental, que se aplicará a todo o povo alemão até a consumação da unidade e da liberdade da Alemanha, deixará de vigorar no dia em que entrar em vigor uma Constituição que tenha sido livremente adotada por todo o povo alemão.”

75 HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. 20. ed. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1998. p. 76-77; GRIMM, Dieter. **Constituição e política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 265.

76 “**Validade das prescrições legais sobre a “desnazificação”** – As prescrições legais adoptadas para “a libertação do povo alemão do nacional-socialismo e do militarismo” não são afectadas pelas disposições desta Lei Fundamental.”

nal alemã, a Carta de 1949 foi bem sucedida em favorecer a edificação de uma cultura constitucional democrática e humanista nas novas instituições germânicas, praticamente dissociadas dos resquícios ideológicos nacional-socialistas, não obstante muitos dos antigos nazistas terem retornando às esferas de poder durante as primeiras décadas da RFA, em virtude da alteração das políticas de desnazificação a partir do início dos anos 50 do século XX. Forças Armadas, Judiciário, Legislativo, Executivo, administração pública em geral, organismos públicos em todas as esferas de poder da Federação foram pautados em sua concepção pelos valores do Estado democrático de direito presentes na LF de Bonn e contextualizados na nova experiência constitucional germânica.

Esse arcabouço constitucional consiste. Atualmente, no constitucionalismo de toda a Alemanha, reunificada em 1990 com a incorporação da antiga RDA à RFA, formando um único Estado soberano.

6. A TÍTULO CONCLUSIVO: ALCANCE DA JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO NA ALEMANHA PÓS-NAZISMO

Vislumbrar o alcance da justiça de transição na Alemanha pós-nazismo é tarefa das mais árduas, pois em verdade não se teve uma justiça de transição, mas várias: as dos Aliados (EUA, França, Reino Unido e URSS) em cada uma de suas zonas de ocupação, a da RFA e a da RDA durante sua existência enquanto Estado. Ainda assim, arrisco algumas possíveis respostas a perguntas formuladas em termos generalistas em outra ocasião⁷⁷.

Em relação às questões de justiça material, pode-se afirmar que, tanto Aliados como alemães na RFA e na RDA, foram bastante incisivos nos primeiros anos em buscar um acerto de contas com os perpetradores das graves violações de direitos humanos da era nazista, arrefecendo tais medidas a partir da década de 50 do século XX por razões primordialmente políticas, quando anistiar e perdoar foram ações consideradas mais eficazes para a construção de um Estado democrático do que a punição. Contudo, em princípio, nem o TMI de

Nuremberg nem os demais tribunais e juízes aceitaram argumentos como o cumprimento do dever legal de obediência a ordens superiores ou a estrita tipificação legal dos crimes para absolver os criminosos. Houve uma tendência a punir com maior severidade aqueles que detinham funções mais relevantes de comando, especialmente no TMI. A prescrição como instrumento temporal de impunidade foi utilizada com maior parcimônia e com nuances diversas em relação ao seu tradicional uso no direito penal⁷⁸.

Contudo, diferentemente do temor de alguns, as medidas de justiça material não abalaram a perspectiva de estabilidade democrática, antes, ao contrário, tenderam a solidificá-la, inaugurando uma nova fase de *Rechtsstaat* na Alemanha (especialmente na RFA), ao submeterem os réus a julgamentos pautados pelos valores desse mesmo Estado democrático de direito, como a ampla defesa e o devido processo legal (com todos os problemas que tiveram), diversamente dos sumários e arbitrários processos judiciais do 3º *Reich*. Aqui parece que a abertura teórica à inovação em termos de justiça material permitiu um reforço axiológico ao novo Estado democrático de direito alemão.

No plano das políticas de verdade, os documentos do período foram amplamente divulgados, o que não foi suficiente para o esclarecimento completo, tendo em vista a formação posterior do Serviço Central de Administração Judicial dos Estados para o Esclarecimento de Crimes do Nacional-socialismo, na tentativa de suprir as lacunas acerca do conhecimento da verdade dos fatos de muitos episódios então ainda obscuros da ditadura nazista.

Na questão da memória, a opção pela completa exposição dos fatos, por mais dolorosos e chocantes que tenham sido, foi a seguida pelos alemães, especialmente na RFA. O apoio às organizações das minorias perseguidas durante o nazismo, especialmente às judaicas, nesse particular foi e continua sendo intenso. Os alemães também não tiveram grandes preocupações quanto à possibilidade de uma memória unilateral, em verdade,

77 GALINDO, Bruno. Justiça de transição na América do Sul: possíveis lições da Argentina e do Chile ao processo constitucional de transição no Brasil. In: FEITOSA, Enoque et. al. (Org.). **O judiciário e o discurso dos direitos humanos**. Recife: UFPE, 2012b. v. 2. p. 197-240. p. 199-200.

78 AMBOS, Kai; MEYER-ABICH, Nils. La superación jurídico-penal de las injusticias y actos antijurídicos nacionalsocialistas y realsocialistas en Alemania. **Revista Penal**, n. 24, Hannover/Göttingen: ZIS (Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik), p. 3-22, 2009; COHEN, David. Transitional Justice in Divided Germany after 1945. In: ELSTER, Jon (org.). **Retribution and Reparation in the Transition to Democracy**. New York: Cambridge University Press, *passim*, 2006.

até limitando a própria liberdade de expressão no que diz respeito a manifestações de cunho nazista ou neonazista, proibindo-as com veemência e não desejando que a extrema liberalidade da Carta de Weimar a respeito se repetisse e permitisse uma nova escalada autoritária. Foi necessário contextualizar e particularizar a liberdade de manifestação do pensamento diante da necessidade de não se permitir que a democracia constitucional de Bonn não fosse autofágica como terminou por ser a democracia constitucional weimariana.

As reparações em termos de indenização e de reabilitação foram muitas, tendo o Estado alemão dispendido um grande montante financeiro para efetuar-las. Aparentemente, a maior parte delas foi garantida nos planos dos poderes legislativo e executivo, muito embora as informações constantes de processos judiciais tenham sido utilizadas como fontes para se determinar o grau de responsabilização estatal e a quem devam ser dirigidas as referidas medidas reparatórias, bem como o *quantum* adequado das mesmas, nos casos das indenizações.

No aspecto institucional e cultural, a justiça de transição pós-nazismo teve provavelmente seu desdobramento mais importante. Não obstante muitos dos antigos nazistas terem sido reabilitados a partir dos anos 50 - incluídos aí juízes, burocratas e militares -, tiveram que seguir um ideário axiológico completamente diverso daquele do período autoritário. A LF de Bonn permitiu que na RFA as forças armadas fossem estritamente controladas pelo poder civil democrático e modificou completamente sua anterior ideologia militarista. O próprio processo educacional, dos primeiros anos escolares à universidade, foi transformado na direção da construção de uma educação pautada em valores democráticos e humanistas. E com isso, a RFA pode tornar-se uma democracia sólida e bem-sucedida ao longo de mais de sete décadas que a separam da experiência nacional-socialista.

A RDA, por sua vez, teve maiores dificuldades em transformar as instituições, não obstante seu empenho discursivo em demonstrar a extirpação do ideário nazista do âmbito público. Apesar da forma, as instituições alemãs orientais não tiveram êxito em construir instituições efetivamente democráticas, pois a criação de estruturas totalitárias, ainda que de natureza diversa das nazistas, não permitiram uma superação de fato da herança autoritária, sendo em verdade uma nova forma

de autoritarismo em lugar da antiga⁷⁹.

Em que pese todas essas questões, o efeito pedagógico da justiça de transição pós-nazismo provavelmente foi o mais importante legado desta. Como afirmou David Cohen, se o processo de justiça transicional não logrou êxito em punir ampla e justamente os perpetradores de graves violações de direitos humanos (embora tenham ocorrido muitas condenações, remoções e exclusões de agentes nazistas avaliados como perigosos para a redemocratização alemã), foi, extremamente, eficaz em termos de estigmatização do regime nazista e de seus líderes, da educação do povo alemão acerca do que seus líderes fizeram em seu nome, e com isso, servindo à construção da verdade histórica e produzindo mecanismos de reabilitação e de integração dos perseguidos por aquele regime⁸⁰.

REFERÊNCIAS

AMBOS, Kai; MEYER-ABICH, Nils. La superación jurídico-penal de las injusticias y actos antijurídicos nacionalsocialistas y realsocialistas en Alemania. **Revista Penal**, n. 24, Hannover/Göttingen: ZIS (Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik), p. 3-22, 2009.

ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo: anti-semitismo, imperialismo, totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

BARNETT, Correlli. Introdução. In: BARNETT, Correlli (Org.). **Os generais de Hitler**, Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1990. p. 15-31.

79 GALINDO, Bruno. Entre os sonhos de Rosa Luxemburg e a realidade de Erich Honecker: para não esquecer as lições da antiga República Democrática Alemã. **Revista da Faculdade de Direito de Caruaru**, v. 36, n. 1. Caruaru, p. 81-108, 2005; GALINDO, Bruno. Democracia constitucional, justiça transicional e passado autoritário: entre a superação e o “esquecimento”. In: MONTEIRO, Roberta Corrêa de Araújo; ROSA, André Vicente Pires (Org.). **Direito Constitucional: os desafios contemporâneos** (uma homenagem ao Professor Ivo Dantas). Curitiba: Juruá, 2012a. p. 101-126. p. 109-111.

80 COHEN, David. Transitional justice in divided Germany after 1945. In: ELSTER, Jon (Org.). **Retribution and Reparation in the Transition to Democracy**. New York: Cambridge University Press, 2006. p. 59-88. p. 88.

- BATISTA, Nilo. Atualidade de Roland Freisler. **Passagens: Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica**, v. 7, n. 1, Rio de Janeiro, UFF, p. 5-14, 2015.
- BBC. **The rize of the Nazi Party and its consolidation of party**. Disponível em: <http://www.bbc.co.uk/schools/gcsebiteize/history/tch_wjec/germany19291947/1consolidatepower1.shtml>. Acesso: 27 dez. 2016.
- BICKFORD, Louis. Transitional justice. In: **The encyclopedia of genocide and crimes against humanity**. Michigan: Macmillan Reference USA, 2004. v. 3. p. 1045-1047.
- CARNEIRO, Maria Luiza Tucci. A Era nazi e o anti-semitismo. In: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi (Org.). **Faces do fanatismo**. São Paulo: Contexto, 2004. p. 102-133.
- COHEN, David. Transitional justice in divided Germany after 1945. In: ELSTER, Jon (Org.). **Retribution and Reparation in the Transition to Democracy**. New York: Cambridge University Press, 2006. p. 59-88.
- COSTA, Alexandre. Sobre filósofos, sonâmbulos e mortos-vivos: os reflexos da incapacidade para pensar em Hannah Arendt. **Revista da Faculdade de Direito de Caruaru**, v. 35, n. 1, Caruaru, p. 27-50, 2004.
- FRIEDRICH, Otto. **O fim do mundo**. Rio de Janeiro: Record, 2000.
- GALINDO, Bruno. Constitucionalismo e justiça de transição: em busca de uma metodologia de análise a partir dos conceitos de autoritarismo e democracia. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, n. 67, Belo Horizonte, p. 75-104, 2015.
- GALINDO, Bruno. Democracia constitucional, justiça transicional e passado autoritário: entre a superação e o “esquecimento”. In: MONTEIRO, Roberta Corrêa de Araújo; ROSA, André Vicente Pires (Org.). **Direito Constitucional: os desafios contemporâneos** (uma homenagem ao Professor Ivo Dantas). Curitiba: Juruá, 2012a. p. 101-126.
- GALINDO, Bruno. Entre os sonhos de Rosa Luxemburg e a realidade de Erich Honecker: para não esquecer as lições da antiga República Democrática Alemã. **Revista da Faculdade de Direito de Caruaru**, v. 36, n. 1. Caruaru, p. 81-108, 2005.
- GALINDO, Bruno. Justiça de transição na América do Sul: possíveis lições da Argentina e do Chile ao processo constitucional de transição no Brasil. In: FEITOSA, Enoque et. al. (Org.). **O judiciário e o discurso dos direitos humanos**. Recife: UFPE, 2012b. v. 2. p. 197-240.
- GALINDO, Bruno. **Teoria Intercultural da Constituição: a transformação paradigmática da Teoria da Constituição diante da integração interestatal na União Européia e no Mercosul**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- GOLDENSOHN, Leon. **As entrevistas de Nuremberg**. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.
- GONÇALVES, Joanival Brito. **Tribunal de Nuremberg 1945-1946: a gênese de uma nova ordem no direito internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- GREIFF, Pablo de. La contribución de la justicia transicional a la construcción y consolidación de la democracia. In: BLEEKER, Mô; CIURLIZZA, Javier; BOLAÑOS-VARGAS, Andrea (Org.). **Memorias: Conference Paper**. Bogotá: ICTJ, 2007. p. 25-35.
- GRIMM, Dieter. **Constituição e política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- HERF, Jeffrey. **Divided memory: the nazi past in the two Germanys**. Cambridge; Massachussets: Harvard University Press, 1997.
- HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. 20. ed. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1998.
- LACERDA, Gabriel. **Nazismo, cinema e direito**. Rio de Janeiro: Elsevier; FGV, 2012.
- LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Barcelona: Ariel, 1964.
- MANN, Michael. **Fascistas**. Rio de Janeiro: Record, 2008.
- MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Direitos humanos e conflitos armados**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- MÜLLER, Friedrich. As medidas provisórias no Brasil diante do pano de fundo das experiências alemãs. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). **Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 337-355.

- NEUMANN, Franz. **Estado democrático e Estado autoritário**. Rio de Janeiro: Zahar, 1969.
- PARDO, José Esteve. La doctrina alemana del derecho público durante el régimen nacionalsocialista: crónica de un debate tardío. **Revista Española de Derecho Constitucional**, n. 67, Madrid, p. 171-180, 2003.
- PIOVESAN, Flávia. Lei de anistia, sistema interamericano e o caso brasileiro. In: GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Org.). **Crimes da ditadura militar: uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 73-86.
- PORTO, Humberto A. Sierra. La función de la corte constitucional en la protección de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación en Colombia. **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano**, ano 15, Montevideo, p. 179-188, 2009.
- READER'S DIGEST. **Os grandes mistérios do passado**. Rio de Janeiro: Reader's Digest Brasil, 1996.
- RIGAUX, François. **A lei dos juízes**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- RÜRUP, Reinhard. Génesis y fundamentos de la Constitución de Weimar. **Ayer**, n. 5, p. 125-158, 1992. Disponível em: <http://www.ahistcon.org/docs/ayer/ayer5_05.pdf>. Acesso em: 11 set. 2012.
- SMEND, Rudolf. **Constitución y derecho constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.
- SZMOLKA VIDA, Inmaculada. Los regímenes políticos híbridos: democracias y autoritarismos con adjetivos: su conceptualización, categorización y operacionalización dentro de la tipología de regímenes políticos. **Revista de Estudios Políticos**, n. 147, Madrid, p. 103-135, 2010.
- THE GARDIAN. **75 years on, executed Reichstag arsonist finally wins pardon**. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/world/2008/jan/12/secondworldwar.germany>>. Acesso em: 27 dez. 2016.
- UPRIMNY, Rodrigo; SAFFON, María Paula. **Justicia transicional y justicia restaurativa: tensiones y complementaridades**. 2010. Disponível em: <http://www.idrc.ca/en/ev-84576-201-1-DO_TOPIC.html>. Acesso em: 26 nov. 2010.
- VEIGA, Gláucio. O direito econômico em Weimar: mito e espírito. **Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito**, n. 12. Recife: UFPE, 2002. p. 233-246.
- ZENTRALE STELLE DER LANDESJUSTIZVERWALTUNG ZUR AUFKLÄRUNG NATIONALSOZIALISTISCHER VERBRECHEN. **Herzlich willkommen bei der zentralen stele**. Disponível em: <www.zentrale-stelle.de>.