

REVISTA DA
FACULDADE DE DIREITO DA
UNIVERSIDADE DE LISBOA

LISBON LAW REVIEW



ANO LXII

2021

NÚMERO 2

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE DE LISBOA
Periodicidade Semestral
Vol. LXII (2021) 2

LISBON LAW REVIEW

COMISSÃO CIENTÍFICA

Alfredo Calderale (Professor da Universidade de Foggia)
Christian Baldus (Professor da Universidade de Heidelberg)
Dinah Shelton (Professora da Universidade de Georgetown)
Ingo Wolfgang Sarlet (Professor da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul)
Jean-Louis Halpérin (Professor da Escola Normal Superior de Paris)
José Luis Díez Ripollés (Professor da Universidade de Málaga)
José Luís García-Pita y Lastres (Professor da Universidade da Corunha)
Judith Martins-Costa (Ex-Professora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul)
Ken Pennington (Professor da Universidade Católica da América)
Marc Bungenberg (Professor da Universidade do Sarre)
Marco Antonio Marques da Silva (Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo)
Miodrag Jovanovic (Professor da Universidade de Belgrado)
Pedro Ortego Gil (Professor da Universidade de Santiago de Compostela)
Pierluigi Chiassoni (Professor da Universidade de Génova)

DIRETOR

M. Januário da Costa Gomes

COMISSÃO DE REDAÇÃO

Pedro Infante Mota
Catarina Monteiro Pires
Rui Tavares Lanceiro
Francisco Rodrigues Rocha

SECRETÁRIO DE REDAÇÃO

Guilherme Grillo

PROPRIEDADE E SECRETARIADO

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Alameda da Universidade – 1649-014 Lisboa – Portugal

EDIÇÃO, EXECUÇÃO GRÁFICA E DISTRIBUIÇÃO LISBON LAW EDITIONS

Alameda da Universidade – Cidade Universitária – 1649-014 Lisboa – Portugal

ISSN 0870-3116

Depósito Legal n.º 75611/95

Data: Março, 2022

-
- M. Januário da Costa Gomes**
9-12 Editorial

ESTUDOS DE ABERTURA

-
- Eduardo Vera-Cruz Pinto**
15-64 *A interpretatio legis na norma do artigo 9.º do Código Civil e a interpretatio iuris no ius Romanum (D. 50.16 e 17)*
The interpretatio legis in the norm of Article 9 of the Civil Code and the interpretatio iuris in the ius Romanum (D. 50.16 e 17)
-
- Francesco Macario**
65-89 *Rinegoziatione e obbligo di rinegoziare come questione giuridica sistematica e come problema dell'emergenza pandemica*
Renegociação e dever de renegociar como questão jurídica sistemática e como problema da emergência sanitária

ESTUDOS DOUTRINAIS

-
- António Barroso Rodrigues**
93-128 *A tutela indemnizatória no contexto familiar*
Compensation of damages in the family context
-
- Aquilino Paulo Antunes**
129-148 *Medicamentos de uso humano e ambiente*
Medicines for human use and environment
-
- Fernando Loureiro Bastos**
149-167 *Art market(s): from unregulated deals to the pursuit of transparency?*
Mercado(s) da arte: de negócios a-jurídicos para a procura da transparência?
-
- Francisco Rodrigues Rocha**
169-211 *Seguro de responsabilidade civil de embarcações de recreio*
Assurance de responsabilité civile de bateaux de plaisance
-
- Ingo Wolfgang Sarlet | Jeferson Ferreira Barbosa**
213-247 *Direito à Saúde em tempos de pandemia e o papel do Supremo Tribunal Federal brasileiro*
Right to Health in Pandemic Times and the Role of the Brazilian Federal Supreme Court
-
- João Andrade Nunes**
249-276 *A Regeneração e a humanização da Justiça Militar Portuguesa – A abolição das penas corporais no Exército e o Regulamento Provisório Disciplinar do Exército em Tempo de Paz (1856)*
The “Regeneração” and the humanisation of Portuguese Military Justice – The abolishment of corporal punishment in the Army and the Army’s Provisional Disciplinary Regulation in the Peacetime (1856)

-
- 277-307 **João de Oliveira Geraldes**
Sobre os negócios de acerto e o artigo 458.º do Código Civil
On the declaratory agreements and the article 458 of the Civil Code
-
- 309-325 **José Luís Bonifácio Ramos**
Do Prémio ao Pagamento da Franquia e Figuras Afins
From Premium to Deductible Payments and Related Concepts
-
- 327-355 **Judith Martins-Costa | Fernanda Mynarski Martins-Costa**
Responsabilidade dos Agentes de Fundos de Investimentos em Direitos Creditórios (“FIDC”): riscos normais e riscos não suportados pelos investidores
Liability of Agents of Receivables Investment Funds: normal risks and risks not borne by investors
-
- 357-389 **Luís de Lima Pinheiro**
O “método de reconhecimento” no Direito Internacional Privado – Renascimento da teoria dos direitos adquiridos?
The “Recognition Method” in Private International Law – Revival of the Vested Rights Theory?
-
- 391-405 **Mario Serio**
Contract e contracts nel diritto inglese: la rilevanza della buona fede
Contract e contracts: a relevância da boa fé
-
- 407-445 **Miguel Sousa Ferro | Nuno Salpico**
Indemnização dos consumidores como prioridade dos reguladores
Consumer redress as a priority for regulators
-
- 447-465 **Peter Techet**
Carl Schmitt against World Unity and State Sovereignty – Schmitt’s Concept of International Law
Carl Schmitt contra a Unidade Mundial e a Soberania do Estado – O Conceito de Direito Internacional de Schmitt
-
- 467-489 **Pierluigi Chiassoni**
Legal Gaps
Lacunae jurídicas
-
- 491-539 **Rafael Oliveira Afonso**
O particular e a impugnação de atos administrativos no contencioso português e da União Europeia
Private applicant and the judicial review of administrative acts in the Portuguese and EU legal order
-
- 541-560 **Renata Oliveira Almeida Menezes**
A justiça intergeracional e a preocupação coletiva com o pós-morte
The inter-generational justice and the collective concern about the post-death
-
- 561-608 **Rodrigo Lobato Oliveira de Souza**
Religious freedom and constitutional elements at the social-political integration process: a theoretical-methodological approach
Liberdade religiosa e elementos constitucionais no processo de integração sociopolítica: uma abordagem teórico-metodológica

-
- Telmo Coutinho Rodrigues**
609-640 “Com as devidas adaptações”: sobre os comandos de modificação nas normas remissivas como fonte de discricionariedade
“Mutatis mutandis”: on modification commands in referential norms as a source of discretion

ESTUDOS REVISITADOS

-
- Ana Paula Dourado**
643-655 A “Introdução ao Estudo do Direito Fiscal” (1949-1950), de Armindo Monteiro, revisitada em 2021
Introduction to Tax Law (1949-1950), by Armindo Monteiro, Revisited in 2021

-
- Pedro de Albuquerque**
657-724 Venda real e (alegada) venda obrigacional no Direito civil, no Direito comercial e no âmbito do Direito dos valores mobiliários (a propósito de um Estudo de Inocêncio Galvão Telles)
Real sale and the (so-called) obligational sale in civil law, in commercial law and in securities law (about a study of Inocêncio Galvão Telles)

VULTOS DO(S) DIREITO(S)

-
- António Menezes Cordeiro**
727-744 Claus-Wilhelm Canaris (1937-2021)
-
- Paulo de Sousa Mendes**
745-761 O caso Aristides Sousa Mendes e a Fórmula de Radbruch: “A injustiça extrema não é Direito”
The Aristides de Sousa Mendes Case and Radbruch’s Formula: “Extreme Injustice Is No Law”

JURISPRUDÊNCIA CRÍTICA

-
- Ana Rita Gil**
765-790 O caso *Neves Caratão Pinto c. Portugal*: (mais) um olhar do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos sobre a aplicação de medidas de promoção e proteção a crianças em perigo
The case Neves Caratão Pinto vs. Portugal: one (more) look at the application of promotion and protection measures to children at risk by the European Court of Human Rights
-
- Jaime Valle**
791-802 A quem cabe escolher os locais da missão diplomática permanente? – Comentário ao Acórdão de 11 de dezembro de 2020 do Tribunal Internacional de Justiça
Who can choose the premises of the permanent diplomatic mission? – Commentary on the Judgment of 11 December 2020 of the International Court of Justice

-
- Jorge Duarte Pinheiro**
803-815 Quando pode o Estado separar as crianças dos seus progenitores? – o caso *Neves Caratão Pinto c. Portugal*
In which circumstances can a State separate children from their parents? – case Neves Caratão Pinto v. Portugal

VIDA CIENTÍFICA DA FACULDADE

-
- José Luís Bonifácio Ramos**
819-827 Transição Digital no Ensino do Direito
Digital Transition in Teaching Law
-
- Margarida Silva Pereira**
829-843 Arguição da tese de doutoramento de Adelino Manuel Muchanga sobre “A Responsabilidade Civil dos cônjuges entre si por Violação dos Deveres Conjugais e pelo Divórcio”
Intervention in the public discussion of the doctoral thesis presented by Adelino Manuel Muchanga on the subject “Civil Liability of the Spouses between themselves due to Violation of Marital Duties and Divorce”
-
- Miguel Teixeira de Sousa**
845-855 Arguição da tese de doutoramento do Lic. Pedro Ferreira Múrias (“A Análise Axiológica do Direito Civil”)
Discussion of the Doctoral Thesis of Pedro Ferreira Múrias (“A Análise Axiológica do Direito Civil”)
-
- Paulo Mota Pinto**
857-878 Arguição da dissertação apresentada para provas de doutoramento por Pedro Múrias, *A análise axiológica do direito civil*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 11 de novembro de 2021
Discussion of the Doctoral Thesis of Pedro Ferreira Múrias, “A Análise Axiológica do Direito Civil”, Lisbon Law School, 11th November 2021
-
- Teresa Quintela de Brito**
879-901 Arguição da Tese de Doutoramento apresentada por Érico Fernando Barin – *A natureza jurídica da perda alargada*
Oral Argument and Discussion of the PhD Thesis presented by Érico Fernando Barin – The juridical nature of the extended loss

O caso Aristides Sousa Mendes e a Fórmula de Radbruch: “A injustiça extrema não é Direito”*

The Aristides de Sousa Mendes Case and Radbruch’s Formula: “Extreme Injustice Is No Law”

Paulo de Sousa Mendes**

“A missão não é leve: cada homem é responsável pelo mundo inteiro”

Clarice Lispector (1920-1977)

Resumo: As sociedades precisam de cidadãos autónomos, livres e conscientes. Mais do que isso, cidadãos capazes de avaliar o justo e o injusto no caso particular, que é uma distinção que se baseia no reconhecimento do outro como um ser igual em direitos ou, pelo menos, na compaixão pelo outro. O Estado de direito não toma por base a mera autoridade nem a obediência cega. Pelo contrário, o Estado de direito promove ou, pelo menos, deveria promover a capacidade de todos os cidadãos se reconhecerem como iguais entre si e, em situações-limite, saberem exercer a sua autonomia ética em prol dos direitos fundamentais dos outros.

Palavras-chave: autonomia; autoridade; compaixão; desobediência; injustiça extrema.

Abstract: Societies need autonomous, free and conscious citizens. Even more than that, societies need citizens that are capable of evaluating the just and the unjust in the particular case, which is a distinction that is based on the recognition of the other as an equal being in rights or, at least, on compassion for the other. The rule of law is not based on mere authority or blind obedience. On the contrary, the rule of law promotes, or at least should promote, the ability of all citizens to recognize themselves as equals and, in extreme situations, to know how to exercise their ethical autonomy in favour of the fundamental rights of others.

Keywords: autonomy; authority; compassion; disobedience; extreme injustice.

* Guião da palestra que proferi na “Conferência Direitos Humanos: Memória do Holocausto – Nunca Esquecer”, no Salão Nobre do Tribunal da Relação de Lisboa, em 10 de dezembro de 2020. Mantive na versão agora publicada o estilo de testemunho pessoal, pois foi isso que me pediram no contexto do evento organizado pelo “Programa Nunca Esquecer – Programa Nacional em torno da Memória do Holocausto”, que foi instituído em junho de 2020, pela Resolução 51/2020 da Presidência do Conselho de Ministros: em torno da memória do Holocausto e para a promoção dos direitos humanos.

** Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Sumário: I. Introdução; II. O mundo de ontem; III. Quem salva uma vida, salva a Humanidade; IV. Dois funcionários: um homem bom e um homem banalmente mau; V. O dever jurídico de desobediência às ordens extremamente injustas; VI. Conclusão.

I. Introdução

Agradeço o convite para participar neste evento cuja realização é de louvar a todos os títulos para que nunca esqueçamos o Holocausto, nem deixemos de honrar as suas vítimas. Creio que me convidaram não apenas por ser professor de Direito Penal, inclusive com trabalhos publicados no domínio do Direito Penal Internacional, designadamente tendo coorganizado uma obra coletiva sobre *Eichmann em Jerusalém – 50 anos depois*¹, mas também por ser parente do cônsul Aristides de Sousa Mendes do Amaral e Abranches (1885-1954)², postumamente promovido a embaixador por causa da sua ação humanitária no ano de 1940³. Aristides, como hoje sabemos, assegurou, através da emissão de vistos para Portugal, o salvamento de milhares de refugiados que procuravam o exílio a partir de Bordéus, Baiona ou Hendaia⁴, fugindo da progressão das tropas alemãs após a invasão da França nesse mesmo ano⁵.

¹ Cf. *Eichmann in Jerusalem – 50 Years After: An Interdisciplinary Approach* (eds.: Kai Ambos et al.), Duncker & Humblot, Berlim, 2012, e *Eichmann em Jerusalém – 50 Anos Depois* (coords.: Kai Ambos et al.), Marcial Pons, São Paulo, 2017.

² Para uma genealogia da Família “Souza Mendes do Amaral e Abranches”, cf. DOMINGOS DE ARAÚJO AFFONSO / RUY DIQUE TRAVASSOS VALDEZ, *Livro de Oiro da Nobreza*, II, Braga: Pax, 1933, pp. 261-270 (Entrada: Viscondes de Midões), especialmente p. 265.

³ [Nota de atualização]: Em 19 de outubro de 2021, Aristides recebeu honras de Panteão Nacional, onde se procedeu ao descerramento de placa evocativa.

⁴ Costuma referir-se que terá passado vistos a mais de 30 mil refugiados, um terço dos quais judeus (cf. RUI AFONSO, *Aristides de Sousa Mendes – Um Homem Bom*, 2.^a ed., Texto, Alfragide, 2009, p. 370; RUI RAMOS et al., *História de Portugal*, 6.^a ed., A Esfera dos Livros, Lisboa, 2010, pp. 663-664 e MARGARIDA DE MAGALHÃES RAMALHO, *O Essencial sobre os Salvadores Portugueses*, Imprensa Nacional-Casa da Moeda, Lisboa, 2021, p. 49). No entanto, há quem conteste esses números, dizendo que o cônsul português teria emitido 2862 vistos entre 1 de janeiro e 22 de junho de 1940, não se podendo saber com rigor quantos vistos haveria depois de conceder nas secções consulares de Baiona e Hendaia, dado que nesses locais terá emitido dezenas sem o selo consular e escritos à mão, não ficando registados em lado algum (cf. AVRAHAM MILGRAM, *Portugal, Salazar e os Judeus*, trad. do hebraico por Lúcia Liba Mucznik, Gradiva, Lisboa, 2010, p. 101). Também há quem prefira referir-se simplesmente à passagem de milhares de vistos entre 17 e 19 de junho de 1940, em Bordéus, mas acrescentando que os números totais, incluindo os de Baiona e Hendaia, ultrapassaram largamente os mencionados por Milgram (cf. ESTHER MUCZNIK, *Portugueses no Holocausto*, A Esfera dos Livros, Lisboa, 2012, pp. 173-177 e IRENE FLUNSER

PIMENTEL / CLÁUDIA NINHOS, *Salazar, Portugal e o Holocausto*, Temas e Debates / Círculo de Leitores, Lisboa, 2013, p. 431 e pp. 439-440). A *Sousa Mendes Foundation*, com sede em Nova Iorque, já identificou 3900 beneficiários de vistos, provenientes de 49 países, e continua com a sua campanha de procura dos refugiados e descendentes que devem a sua vida à ação humanitária do cônsul português. Seja como for, o Livro de Registo de Vistos concedidos pelo Cônsul de Portugal em Bordéus, Aristides de Sousa Mendes (1939-1940), guardado no Arquivo Diplomático do Ministério dos Negócios Estrangeiros, passou a constar, desde 10 de novembro de 2017, da lista de documentos que constituem a Memória do Mundo da UNESCO.

⁵ Para além de inúmeros artigos, ensaios e obras coletivas, a vida e a ação humanitária do “Anjo de Bordéus” também tem vindo a inspirar um número crescente de crónicas, fotobiografias, obras de ficção e peças de teatro, destacando-se as seguintes: JÚLIA NERY, *O Cônsul*, Dom Quixote, Lisboa, 1991; LUIZ FRANCISCO REBELLO, *A Desobediência*, Campo das Letras, Porto, 1998; MIRIAM ASSOR, *Aristides de Sousa Mendes – Um Justo Contra a Corrente*, 2.^a ed., Guerra e Paz, Lisboa, 2009; LOUISE W. BORDEN / ALLAN DRUMMOND, *The Journey That Saved Curious George – The True Wartime Escape of Margret and H. A. Rey*, Houghton Mifflin Harcourt, Nova Iorque, 2010; ANTÓNIO ALVES CARDOSO, *Pela Mão de Aristides de Sousa Mendes*, Sinapis, Lisboa, 2015; JOSÉ JORGE LETRIA, *Aristides de Sousa Mendes – Um Homem de Coragem*, Imprensa Nacional-Casa da Moeda, Lisboa, 2015; LUIZE VALENTE, *Uma Praça em Antuérpia*, Saída de Emergência, Porto Salvo, 2015; SALIM BACHI, *Le Consul*, Gallimard, Paris, 2015; SÓNIA LOURO, *O Cônsul Desobediente*, Saída de Emergência, S. Pedro do Estoril, 2015; ANA CRISTINA LUZ / ANTÓNIO MONCADA DE SOUSA MENDES, *Aristides, o Semeador de Estrelas*, ed. A., São Pedro de Moel, 2017; JOAN ARNAY HALPERIN *et al.*, *My Sister’s Eyes – A Family Chronicle of Rescue and Loss During World War II*, Sousa Mendes Foundation, Huntington, NY, 2017; CHRISTIAN ANTONINI, *I Ribelli di Giugno*, Giunti, Firenze / Milano, 2019; ANA CRISTINA LUZ, *A Lista de Aristides de Sousa Mendes*, Textiverso, Leiria, 2020 e DAGMAR FOHL, *Wer ein einziges Leben rettet, rettet die ganze Welt*, Gmeiner, Stuttgart, 2020. Também inspirou álbuns de banda desenhada, a saber: JOCELYN GILLE, *Bordeaux Dans la Tourmente 1939-1940*, Edition de la Cité, Pontchâteau, 1993; JOSÉ RUY, *Aristides de Sousa Mendes – Herói do Holocausto*, Âncora, Lisboa, 2005 e PHILIPPE THIRAULT / ALBERTO PAGLIARO, *Le Combat des Justes – Six Récits de Résistance*, Delcourt, Paris, 2014; ANTÓNIO GOMES DE ALMEIDA / ARTUR CORREIA, *Super-Heróis da História de Portugal – Aristides de Sousa Mendes e Dona Antónia*, 2.^a ed., Correio da Manhã, Lisboa, 2016. Muitas dessas obras originais estão traduzidas e editadas em múltiplas línguas. Também lhe foram dedicados alguns filmes, a saber: “Désobeir” (França, 2008), realizado por Joël Santoni e com o ator Bernard Le Coq; “O Cônsul de Bordéus” (Portugal, 2011), realizado por João Corrêa e Francisco Manso e com o ator Vítor Norte e o documentário ficcionado “Aristides Sousa Mendes: Um Homem Bom” (Argentina, 2017), realizado por Victor Lopes e filmado em Buenos Aires. Igualmente, várias partituras e peças musicais lhe foram dedicadas, conhecendo-se as seguintes: um “Requiem (Em Memória de Aristides Sousa Mendes)”, do compositor Luís Cipriano, interpretado pelo Coro Misto da Covilhã e Orquestra Sinfónica da EPABI, com edição em CD de 1998; uma oratória do compositor norte-americano Neely Bruce, intitulada “Circular 14: The Apotheosis of Aristides”, apresentada pela primeira vez em Washington, em 19 de abril de 2015, pelo maestro Tedy Klaus e interpretada pelo tenor Benjamin Slogan, no papel de Aristides, tendo a parte narrativa sido desempenhada por um dos netos de Aristides, Gerald Mendes; um “Tributo a Aristides de Sousa Mendes”, do grupo D’Alma, com edição em CD de 2017; já neste ano de 2020, a Companhia Contracanto Associação Cultural de Nelas (Viseu) levou à cena a opereta “Aristides, o Musical”, com interpretação de Rúben Madureira e participação da atriz Manuela Maria, espetáculo que a RTP 2 transmitiu. Finalmente, algumas representações teatrais lhe foram dedicadas, tais como: “Número 14 – Cais Louis XVIII – Bordeaux – France”, da autoria de António Moncada de Sousa

É frequente que me perguntem qual o meu grau de parentesco com Aristides. Sou sobrinho-neto pelo lado do meu avô paterno, José Paulo (1895-1960), o mais novo dos dois irmãos de Aristides. César (1885-1955) era o irmão gêmeo de Aristides e José Paulo era dez anos mais novo.

Tenho muita honra em juntar-me a todos quantos têm sabido recuperar e engrandecer a memória de Aristides, um homem bom, amante da vida, que trocou o bem-estar seu e dos seus familiares pelo apelo da sua consciência moral, em circunstâncias que não escolheu, mas que não se permitiu a si mesmo ignorar. Aristides assumiu a missão de salvar na pessoa de cada refugiado a humanidade inteira, ouvindo a voz da sua consciência moral, em vez de obedecer a ordens superiores desumanas⁶. Este será, pois, o mote da minha conferência, a saber: o valor moral e até jurídico da desobediência defronte de ordens extremamente injustas. É um valor que não é consensual, nem é fácil de justificar, mas é, estou convencido disso, o único valor capaz de impedir a deriva totalitária das sociedades abertas ao sabor de vagas de fundo populistas, que, sub-reptícia e inesperadamente, parecem tomar de assalto a mente das pessoas comuns, levando-as a compactuar ou mesmo a praticar atos que, de véspera, achariam hediondos. Nunca é de mais fazer a apologia da consciência moral, não obstante a singularidade do Holocausto e a nossa confortável sensação de que é um evento irrepitível para todo o sempre. Mesmo que o Holocausto fosse irrepitível, a sua lembrança deveria ser preservada por si mesma, evitando-se a sua normalização por comparação com múltiplos outros crimes contra a Humanidade, mas convém, ao mesmo tempo, não esquecer que os demónios que o nazismo soltou campeiam por entre as vidas pacatas dos cidadãos comuns até que desponte a banalidade do mal, produzindo atos e resultados horrendos, onde dantes se via apenas rotinas inofensivas.

Mendes, levada à cena, em 1996, no Teatro de Portalegre, assim como noutras cidades portuguesas e também em Paris, Bordéus e Pau (França); “Alma”, segundo o texto de Joshua Sobol, que conta a história de Alma Mahler e dedica uma parte importante a Aristides, tendo este espetáculo teatral sido encenado, no verão de 2003, no Convento dos Inglesinhos, no Bairro Alto, em Lisboa, já muito depois da sua estreia, em 1996, no Festival de Viena.

⁶ O meu primo António Pedro Moncada Alpoim de Sousa Mendes tem dedicado a vida à defesa da memória de Aristides, pelo que teria certamente muito mais para contar sobre a ação heroica de seu avô. António Moncada participou, como orador convidado, na “Conferência sobre os 75 anos dos julgamentos de Nuremberga e Aristides Sousa Mendes”, no âmbito do Projeto Nunca Esquecer, no Tribunal da Relação de Coimbra, em 29 de outubro de 2020.

II. O mundo de ontem

Na noite de 23 de agosto de 1939, a festa na embaixada portuguesa de Varsóvia decorria de forma particularmente alegre. O jovem polaco Jan Karski (1914-2000) fora convidado pelo filho do embaixador “Susa de Mendes”, assim o chamava erradamente no livro autobiográfico *Story of a Secret State – My Report to the World* (1944)⁷, querendo, na verdade, nomear o embaixador César de Sousa Mendes. Em grupos, dispersos pelo enorme salão, os convidados falavam do encanto dos jardins botânicos varsovianos, confrontando-os com os jardins do resto da Europa, ou então falavam dos méritos da nova encenação da comédia dramática “Madame Sans-Gêne”. O jovem Karski estava fascinado pelas cinco filhas do embaixador e, confessava ele na sua autobiografia, estava entusiasmado com a possibilidade de rever uma delas, a “Helene Susa de Mendes”, mais uma partida da memória, pois nenhuma das minhas primas se chamava mesmo Helena. A bela Helena dançou com o irmão os passos intrincados do “tango português”, o que até pode ser uma descrição fidedigna, pois dançava-se à época uma música lenta que se assemelhava longinquamente ao original de Carlos Gardel (1890-1935). A festa terminou tarde e o romântico Karski regressou a casa, cansado, mas pouco dormiu. Foi despertado ainda de noite por um polícia, que tocava a campainha de maneira insistente. Recebeu uma inesperada ordem secreta de mobilização, informando-o de que devia partir de Varsóvia em quatro horas e unir-se ao seu regimento, enquanto subtenente de artilharia, em Oświęcim (em alemão, Auschwitz), junto da fronteira polaco-germânica⁸. Uma noite despreocupada terminava assim com a expectativa da invasão da Polónia pelas tropas alemãs, às ordens de Adolf Hitler (1889-1945), que aconteceria a 1 de setembro de 1939, dando-se assim início à Segunda Guerra Mundial. As tropas polacas foram desbaratadas sem disparar um tiro, recuaram sob o fogo de franco-atiradores polacos, descendentes de alemães, os *Volksdeutsche*, a partir das janelas das suas próprias casas, afinal cidadãos pacíficos de véspera, e acabaram perdidas e aprisionadas, no Sudeste do País, pelo Exército Vermelho, a 18 de setembro de 1939. Karski descobriria então que o pior não era a violência, mas a gratuitidade da violência⁹. Escaparia ao cativeiro para se juntar ao Governo polaco no exílio e regressaria ao país, como espião e resistente, infiltrando-se no

⁷ Cf. JAN KARSKI, *O Meu Testemunho Perante o Mundo*, trad. de Clara Alvarez a partir da ed. francesa *Mon Témoignage Devant le Monde – Histoire d’Un État Clandestin*, 2010, Bizâncio, Lisboa, 2011.

⁸ *Id.*, pp. 31-44.

⁹ Cf. YANNICK HAENEL, *Jan Karski – O Herói Que Tentou Travar o Holocausto*, trad. de Carlos Correia Monteiro de Oliveira, Oficina do Livro, Lisboa, 2010, p. 39.

Gueto de Varsóvia para contar ao mundo o Holocausto, enquanto testemunha direta do horror. Ou seja, o primeiro herói que tentou travar o Holocausto (*Shoah*).

César, em finais de agosto de 1939, colocaria a sua numerosa família num dos últimos comboios que conseguiram sair da Polónia antes da invasão iminente¹⁰. As minhas primas transportavam, aflitas, caixas de chapéus e vestidos, conseguindo chegar à fronteira portuguesa, em Vilar Formoso, a 1 de setembro de 1939, precisamente no dia em que a Alemanha invadiu a Polónia e começou a guerra¹¹. O embaixador português foi um dos poucos diplomatas estrangeiros que não deixaram a Varsóvia bombardeada pela força aérea alemã e ainda deu abrigo, na cave do Palacete Wielopolskich, onde residia, a muitos polacos, como escreveu ao Ministério dos Negócios Estrangeiros (MNE), em Lisboa¹². A Polónia assistia assim ao fim do Mundo de Ontem, para usar aqui o título de Stefan Zweig (1881-1942), um mundo que já antes tinha acabado, com surpreendente rapidez e fraca resistência, na Alemanha e na Áustria¹³.

III. Quem salva uma vida, salva a Humanidade

Os gémeos César e Aristides eram, como podemos imaginar, muito chegados afetivamente. Em estilo *flâneur*, César narraria, em curtas crónicas, a sua peregrinação pelo mundo como se não fosse um diplomata de carreira, aproveitando, nas passagens em que mencionava a companhia de Aristides a seu lado, para o descrever como retrato seu em tamanho natural, tão fiel esse retrato que sorria, se ele próprio sorria¹⁴. César teve melhor carreira do que Aristides, tendo até sido Ministro dos Negócios Estrangeiros do 1.º Governo de António de Oliveira Salazar (1889-1970),

¹⁰ Cf. EDUARDO PROENÇA MAMEDE, Aristides de Sousa Mendes – Um Herói a Descobrir, in *Os Judeus e os Descobrimientos – Atas do Simpósio Internacional*, Secretariado do Simpósio Internacional, Tomar, 1992, (pp. 147-151) pp. 150-151.

¹¹ Cf. MARCIN ZATYKA, O Outro Sousa Mendes, *Diário de Notícias*, de 20 de fevereiro de 2018.

¹² O embaixador português já antes tinha passado vistos a polacos, tendo sido admoestado, em 13 de fevereiro de 1939, para que deixasse de visar passaportes dos polacos de “raça semita”, como é referido por I. FLUNSER PIMENTEL / C. NINHOS, *Salazar, Portugal e o Holocausto*, cit. (nt. 4), p. 421.

¹³ Cf. STEFAN ZWEIG, *O Mundo de Ontem – Recordações de Um Europeu*, trad. de Gabriela Fragoço do original *Die Welt von Gestern – Erinnerungen eines Europäers*, ed. póstuma de 1942, 1.ª reimp. da 2.ª ed., Assírio e Alvim, Lisboa, 2017, pp. 417-453.

¹⁴ Cf. CÉSAR DE SOUSA MENDES, *Peregrinação – Crónicas em tom bem-humorado da vida diplomática, primeiramente publicadas no jornal A Cabra, propriedade do 5.º ano jurídico de 1906-1907 da Universidade de Coimbra, e agora reeditadas pela Família* (com Carta Introdutória de José da Mata de Sousa Mendes a seus netos), Grifo, Lisboa, 2006, p. 70.

entre 1932 e 1933. Seguramente, a escolha foi do próprio Salazar, como é revelado na troca de correspondência com Quirino Avelino de Jesus (1865-1935), enquanto conselheiro político do futuro Presidente do Conselho. Quirino de Jesus escreveu: “Para os Estrangeiros não conheço ninguém. Como tem confiança no Cezar Mendes, poderia ser esse, apesar de convir obedecer à regra de que devemos escolher pessoas que estejam domiciliadas em Lisboa”¹⁵. César preparou uma reforma de fundo no MNE e acompanhou Salazar nas exéquias de D. Manuel II¹⁶. Mas a sua passagem pelo MNE durou pouco, desgastado por muitas intrigas intestinas, mas também chocado pela morte inesperada do filho mais velho, Francisco José (1910-1933). Na família dizia-se que parte da raiva de Salazar contra Aristides tinha ainda a ver com resquícios das intrigas que levaram à queda de César, embora o motivo principal dessa raiva fosse, naturalmente, a reiterada desobediência de Aristides às ordens do ditador¹⁷.

Aristides seguiu a carreira consular, a partir de 1910, ainda antes da implantação da República. Era mais *bon-vivant* do que o irmão gêmeo, o seu carácter era entusiasta e jovial, amante das artes¹⁸ e, em particular, de música, tendo garantido uma sólida formação musical aos seus filhos¹⁹. Aristides viveria o período mais confortável da sua vida, com a família junto de si, enquanto Cônsul-Geral de Portugal em Antuérpia, a partir de 1929. A casa de família ficava no número 178 da Rue de Bruxelles, em Lovaina, onde os filhos podiam estudar na Universidade Católica²⁰. Nos nove anos

¹⁵ Cf. COMISSÃO DO LIVRO NEGRO SOBRE O REGIME FASCISTA, *Cartas e Relatórios de Quirino de Jesus a Oliveira Salazar*, Presidência do Conselho de Ministros, Mem Martins, 1987, p. 27.

¹⁶ César tinha obra publicada, a saber: CÉSAR DE SOUSA MENDES, *Casamentos Diplomáticos e Consulares – Estudo Sobre a Competência dos Funcionários Diplomáticos e Consulares Portugueses para Celebrar Casamentos*, França & Arménio, Coimbra, 1915; do mesmo A., *Política Japonesa – Imperialismo e Democracia*, Coimbra Editora, Coimbra, 1916; do mesmo A., *Les Mariages Diplomatiques et Consulaires – Leur Régime Juridique Dans les États Signataires de la Convention de la Haye, du 12 Juin 1902*, França & Arménio, Coimbra, 1918 e, ainda, do mesmo A., *Pró-Pátria – Representando Portugal no Brasil*, Coimbra Editora, Coimbra, 1921. Não encontrei exemplares das restantes obras do A. citadas na contracapa da monografia sobre *Política Japonesa*. Também publicou um longo poema em quadros sob o pseudónimo de LUSITANO HERMÍNIO, *Pátria Renascida*, s. ed., ed. A., 1925.

¹⁷ Cf. R. AFONSO, *Aristides de Sousa Mendes*, cit. (nt. 4), p. 19.

¹⁸ Cf. ARISTIDES DE SOUSA MENDES, *Encyclopaedia Antverpiensis – Portugal*, Journal Neptune, Anvers, 1930, p. 11; do mesmo A., *Le Portugal – Pays de Rêve et de Poésie*, Asociación Belgo-Ibero-Americana, Anvers, 1932. Mas também escreveu sobre temas técnicos: do mesmo A., *O Comércio de Portugal e os Mercados do Brasil*, ed. A., Berkeley, 1922; do mesmo A., *O Comércio de Portugal na África Oriental Britânica*, Coimbra Editora, Coimbra, 1923.

¹⁹ Cf. RUI AFONSO, *Injustiça – O Caso Sousa Mendes*, Caminho, Lisboa, 1990, p. 21.

²⁰ Cf. CLÁUDIA NINHOS, *O Essencial sobre Aristides de Sousa Mendes*, Imprensa Nacional-Casa da Moeda, Lisboa, 2021, pp. 49-53

passados na Bélgica, Aristides revelou-se um excelente anfitrião, nas suas funções de representação do Estado português. Entre outros vultos da cultura universal, Aristides recebeu em casa Albert Einstein (1879-1955), quando este acabara deixar a Alemanha, em 1935. José Paulo estava de visita a Lovaina e foi convidado para o serão, com a incumbência de conversar com o famoso e já nobelizado Einstein, uma vez que, além de oficial da Armada Portuguesa, o meu avô era um estudioso de História, de Matemática e de outros temas científicos²¹, tendo concluído os cursos Complementar Naval de Guerra e Geral de Zoologia da Faculdade de Ciências da Universidade de Lisboa e frequentado diferentes cursos da Universidade de Coimbra²². A Bélgica era já ponto de passagem para judeus que rumavam para melhores paragens e Aristides começou, assim, a ter uma ideia dos problemas vividos pelos judeus na Alemanha. Em 1938, Salazar nomeou Aristides para o cargo de Cônsul-Geral de Portugal em Bordéus.

Em 1940, Aristides foi confrontado com uma mole de refugiados, judeus e não só, diante do Consulado Português, sediado no n.º 14 do Quai Louis XVIII, em Bordéus, à época da tomada de Paris, a 14 de junho, pelas tropas nazis²³. Em princípio, Aristides nada poderia fazer para os ajudar²⁴. Logo após a deflagração da Segunda Guerra Mundial, a Circular n.º 14, de 11 de novembro de 1939, do MNE tinha proibido a concessão de vistos a judeus, apátridas e outros “indesejados”²⁵. Nenhum diplomata português estava, pois, autorizado a passar-lhes vistos para Portugal. Aliás, Aristides já tinha sido avisado formalmente por Salazar, em 1940, de que não deveria conceder mais vistos a judeus, porquanto, se o fizesse, ficaria

²¹ Cf. JOSÉ PAULO DE SOUSA MENDES, *História da Ciência Náutica*, Editorial do Infantil Ilustrado, Setúbal, 1938. Também vários artigos do mesmo A., a saber: Integração Gráfica – Curvas Integrais e Suas Aplicações, *Anais do Club Militar Naval*, 1921, pp. 243-255 e 1922, pp. 19-32; Novo Processo de Calcular a Altura e o Azimute, *Anais do Club Militar Naval*, 1928, pp. 43-47; Divagações Sobre o Tiro Antiaéreo, *Revista de Artilharia*, n.º 129 (1936), pp. 637-641; Evolução das Teorias da Balística Externa, *Defesa Nacional*, n.ºs 195-196 (1950), pp. 60-62, entre outros artigos técnico-científicos citados in *Grande Enciclopédia Portuguesa e Brasileira* (coords.: António Mendes Correia et al.), XXIX, Editorial Enciclopédia / Resomnia, Lisboa / Rio de Janeiro, 1936-1960, sob a entrada “SOUSA MENDES (José Paulo de)”, pp. 885-886. Em ficção, cf. JOSÉ PAULO DE SOUSA MENDES, *Sete Contos Simples*, ed. A., Setúbal, 1938.

²² Cf. ANTÓNIO MONCADA DE SOUSA MENDES, *Aristides de Sousa Mendes – Memórias de Um Neto*, Desassossego, Porto Salvo, 2017, pp. 51-53 e p. 129.

²³ Cf. ANSGAR SCHAEFER, *Portugal e os Refugiados Judeus Provenientes do Território Alemão (1933-1940)*, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2014, p. 184.

²⁴ Cf. MARGARIDA DE MAGALHÃES RAMALHO, *Fios Vermelhos – Portugal, a Última Esperança*, Clube do Autor, Lisboa, 2021, p. 97.

²⁵ Cf. C. NINHOS, *O Essencial sobre Aristides de Sousa Mendes*, cit. (nt. 20), pp. 57-58.

sujeito a procedimento disciplinar²⁶. Apesar disso, Aristides decidiu transgredir as instruções e ordens do seu Governo, concedendo vistos a milhares de refugiados judeus e outros. A 19 de junho, Aristides seguiu para o Consulado em Baiona, onde prolongou a concessão de vistos, na própria rua, uma vez que as escadas do edifício não suportariam o peso das pessoas em fila de espera²⁷. Em telegrama enviado ao MNE, datado de 21 de junho, Aristides confirmava ter ordenado que fossem passados vistos “indiscriminadamente e de graça”. A 23 de junho, Salazar determina o seu afastamento do cargo e envia o embaixador português em Espanha, Pedro Theotónio Pereira (1902-1972)²⁸, com a missão de dissuadir Aristides de conceder mais vistos²⁹. Theotónio Pereira encontrou Aristides em Hendaia e ordenou-lhe que fosse com ele ao consulado de San Sebastián³⁰. Mas isso não impediu Aristides de continuar salvando pessoas nas estradas do sul de França e nas estações de caminhos-de-ferro³¹, chegando mesmo a conduzir um grupo de refugiados através da fronteira franco-espanhola³². Aristides chegaria a Lisboa somente a 8 de julho³³. Ainda acolheu alguns refugiados, durante o mês de agosto de 1940, na sua Casa do Passal, em Cabanas de Viriato, na Beira Alta³⁴.

Não foi uma decisão alucinada, nem imponderada. O filho Pedro Nuno (1920-2005) contava que o pai, a 14 de junho, se fechara em reflexão durante três dias para reaparecer determinado a conceder vistos a todos os que o procuravam, desde gente humilde a aristocratas e homens de negócios, passando por artistas e homens de letras, de qualquer credo ou raça³⁵. Foi a voz da consciência, ou a de Deus, que lhe ditou o gesto diante do desespero de milhares de seres humanos³⁶.

²⁶ Cf. A. MILGRAM, *Portugal, Salazar e os Judeus*, cit. (nt. 4), pp. 98-99.

²⁷ Cf. R. AFONSO, *Aristides de Sousa Mendes*, cit. (nt. 4), pp. 145-155.

²⁸ *Id.*, p. 169.

²⁹ Cf. FERNANDO MARTINS, *Pedro Theotónio Pereira – O Outro Delfim de Salazar*, Dom Quixote, Alfragide, 2020, pp. 451-452.

³⁰ Cf. R. AFONSO, *Aristides de Sousa Mendes*, cit. (nt. 4), p. 170.

³¹ Cf. I. FLUNSER PIMENTEL / C. NINHOS, *Salazar, Portugal e o Holocausto*, cit. (nt. 4), p. 435.

³² Cf. R. AFONSO, *Aristides de Sousa Mendes*, cit. (nt. 4), pp. 178-189.

³³ *Id.*, p. 189.

³⁴ Cf. MIRIAM ASSOR, *Aristides de Sousa Mendes*, cit. (nt. 5), p. 86.

³⁵ Cf. MIRIAM ASSOR, Entrevista a Pedro Nuno Sousa Mendes: Que o Meu Pai Sirva de Exemplo, *Domingo Magazine do Correio da Manhã* (23.01.2005), agora em: do mesmo A., *Aristides de Sousa Mendes*, cit. (nt. 5), pp. 160-165.

³⁶ Cf. DOUGLAS L. WHEELER, And Who is My Neighbor? A World War II Hero of Conscience for Portugal, *Revista de Estudos Judaicos*, n.º 1 (1995), (pp. 19-35) p. 22. Desenvolvidamente, cf. TERESA MASCARENHAS, *Aristides de Sousa Mendes – Trinta Mil Vidas Humanas*, Edições Esgotadas, Lisboa, 2012, pp. 93-122.

Ademais, Aristides apoiou-se na Constituição de 1933, que proibia a discriminação religiosa³⁷. A circunstância de ainda não haver ordem do *Führer* para o extermínio do povo judaico, a chamada “Solução Final” (*Endlösung*), que viria a ser implementada na Conferência de Wannsee, durante o mês janeiro de 1942, não desmerece o gesto de Aristides. O desespero daqueles refugiados era por de mais evidente.

Em Portugal, Aristides solicitou, em vão, uma audiência a Salazar. Mas o ditador já tinha determinado, a 4 de julho, a abertura de um processo disciplinar ao diplomata. Como consequência, Aristides foi afastado da carreira diplomática. A 30 de outubro, Salazar condenou-o a um ano de inatividade, com direito a metade do vencimento, devendo em seguida ser aposentado³⁸. Nem sequer esta decisão foi cumprida, dado que Aristides foi pura e simplesmente expulso da carreira, sem passar à situação de aposentação. Ficou impedido de trabalhar até como advogado, pois ninguém queria um advogado licenciado há 33 anos, mas que fora cônsul durante toda a sua carreira e, ademais, estava agora marcado pelo regime³⁹.

Na carta de agradecimento que escreveu ao seu advogado, Adelino da Palma Carlos (1905-1992), quando se apercebeu de que mais um recurso junto do Supremo Tribunal Administrativo seria inútil, pois estava definitivamente assente que tinha tido uma atitude de desobediência, Aristides dizia assim: “[r]ealmente desobedei, mas a minha desobediência não me desonra. Não cumpri instruções que significavam, a meu ver, perseguição a verdadeiros náufragos que procuravam a todo o custo salvar-se da sanha hitleriana. Acima dessas instruções, estava para mim a lei de Deus e foi essa que eu procurei cumprir, sem hesitações, nem cobardias de poltrão. O verdadeiro valor da religião cristã, está no amor do próximo, e eu, sendo cristão, não podia fugir do seu império”⁴⁰.

Posso imaginar o orgulho e a felicidade de Aristides quando recebeu, em pleno verão de 1944, a carta de seu filho Sebastião (1923-2006), comunicando-lhe que, juntamente com o irmão Carlos Francisco Fernando (1922-1999), estavam sãos e salvos após o primeiro ter saltado de paraquedas sobre a Normandia no Dia D+2, em 8 de junho de 1944, e o segundo ter entrado em Paris, ambos integrados nas forças norte-americanas⁴¹. Era o culminar da participação da sua

³⁷ Cf. MARIA RAQUEL ANDRADE, De Diplomata a Refugiado ou o Intraduzível no Gesto de Aristides de Sousa Mendes, *Babilónia*, n.º 5 (2007), (pp. 187-192) p. 189.

³⁸ Cf. M. DE MAGALHÃES RAMALHO, *Fios Vermelhos*, cit. (nt. 24), p. 104.

³⁹ Cf. SÓNIA LOURO, *O Cônsul Desobediente*, cit. (nt. 5), p. 276.

⁴⁰ *Id.*, p. 276.

⁴¹ Cf. JOSÉ ALAIN FRALON, *Aristides de Sousa Mendes – Um Herói Português*, trad. de Saul Barata do original *Aristides de Sousa Mendes – Le Juste de Bordeaux*, 1998, 2.ª ed., Presença, Queluz de Baixo, 2007, p. 91. Também cf. ÉRIC LEBRETON, *Des Visas Pour la Vie – Aristides Sousa Mendes, le Juste de*

família no colossal esforço de libertação da Europa do jugo nazi e totalitário⁴². É bom saber que quem dedicou o resto da sua vida à luta pela sua merecida reabilitação e que acabaria descendo à terra pobre, em hábito franciscano, sem obter em vida a Justiça dos homens, ainda assim tenha tido um vislumbre da reentrada da Europa no espírito da civilização humanista. Mas não do fim do regime do Estado Novo.

IV. Dois funcionários: um homem bom e um homem banalmente mau

Aristides desobedeceu a instruções e ordens superiores. Então cabe aqui perguntar se, apesar dessa desobediência, cumpriu o seu dever de funcionário⁴³. Por outras palavras, será que, em circunstâncias extremas, um homem bom corresponde ainda ao modelo de bom funcionário ou, pelo contrário, um homem banal é que corresponde ao funcionário ideal.

Como é bem de ver, ressalta, pelo contraste, a figura de Adolf Eichmann (1906-1962), retomando-se aqui o conceito de banalidade do mal proposto por Hannah Arendt (1906-1975)⁴⁴ para melhor se perceber que o gesto banal de uma assinatura pode fazer toda a diferença entre um homem bom e um homem mau (ainda que banalmente mau), dado que a diferente capacidade de juízo moral leva o primeiro a preferir a sobrevivência das pessoas e o segundo a escolher a sua própria segurança profissional ou mesmo a promoção na carreira a qualquer preço.

Na reportagem sobre o julgamento de Eichmann publicada na Revista *New Yorker*, no sucessivo livro *Eichmann in Jerusalem*⁴⁵ e no respetivo pós-escrito, assim como na correspondência que manteve com amigos e adversários, Arendt insistiu sempre na ideia de que Eichmann devia ser julgado no interesse da Justiça⁴⁶.

Bordeaux, com prefácio de Simone Veil, Le Cherche Midi, Paris, 2012, p. 349. Finalmente, cf. A. MONCADA, *Aristides de Sousa Mendes*, cit. (nt. 22), pp. 223-227.

⁴² Cf. SEBASTIÃO MIGUEL DUARTE DE SOUSA MENDES, a.k.a. MICHAEL D’AVRANCHES, *Flight Through Hell*, Exposition Press, Nova Iorque, 1951.

⁴³ Cf. M. DE MAGALHÃES RAMALHO, *Fios Vermelhos*, cit. (nt. 24), pp. 108-109.

⁴⁴ Cf. IRENE PIMENTEL, *Aristides de Sousa Mendes – Coragem em Tempo de Medo*, Centro de Coordenação Cultural de Viseu, Viseu, 2013, p. 69.

⁴⁵ Cf. HANNAH ARENDT, *Eichmann em Jerusalém – Uma Reportagem Sobre a Banalidade do Mal*, introd. de António de Araújo e Miguel Nogueira de Brito e trad. de Ana Corrêa da Silva de *Eichmann in Jerusalem*, 1963, Tenacitas, Coimbra, 2003.

⁴⁶ Cf. PAULO DE SOUSA MENDES, *Julgar Eichmann no Interesse da Justiça*, in *Eichmann em Jerusalém*, cit. (nt. 1), (pp. 159-174) p. 159.

No despacho de acusação submetido ao Tribunal Distrital de Jerusalém, em 2 de fevereiro de 1961, no âmbito do Proc. n.º 40/61 (Procurador-Geral *vs.* Adolf Eichmann), Eichmann foi acusado de 15 crimes, ao abrigo de uma lei israelita de 1950, destinada a punir os nazis e os seus colaboradores. O Tribunal de Jerusalém só absolveu Eichmann do assassinato de 93 crianças checas da aldeia de Lidice (ponto 12 da acusação)⁴⁷. Arendt não discordou da condenação. Mas Arendt foi muito criticada por dizer que o julgamento de Eichmann, dominado pelas intenções propagandísticas do Primeiro-Ministro de Israel David Ben-Gurion (1886-1973) e pelos esforços Procurador-Geral Gideon Hausner (1915-1990) para abarcar na acusação todos os crimes do nazismo contra os judeus, em vez de se cingir – conforme sugerido pelas autoridades de polícia criminal israelitas – aos factos que podiam ser imputados diretamente a Eichmann, corria o risco de deixar de fora o “indivíduo, a pessoa de carne e osso que estava sentada no banco dos réus”⁴⁸. Para Arendt, o indivíduo era um medíocre adorador de Hitler, igual a milhares de outros. Arendt tinha razão quando dizia que não havia profundidade nos seus atos, que a sua ambição e a sua vida eram de uma banalidade confrangedora⁴⁹. Mas para se ser um monstro não é necessário ser-se um estratega do mal, que também os há, embora raros (*e.g.*, Hitler), mas basta ser-se indiferente à sina dos outros.

Fechado no seu gabinete, Eichmann não cometeu materialmente qualquer crime. Assinava papéis. Por isso, era um assassino de secretária, aliás a um nível inaudito, porque integrava a máquina inteira do Estado. Se fôssemos responsabilizá-lo só pelos seus atos materiais, então pareceria que fazia um trabalho de burocrata como qualquer outro. E, concentrado nisso, é fácil de dizer que não pensava nas consequências dos seus atos para terceiros. Mas aqui Arendt parece ter-se deixado iludir por essa perspetiva, e o próprio conceito de banalidade do mal parece traduzir essa incapacidade de olhar para o conjunto e focar só o indivíduo. O homem é seguramente ínfimo perante a monstruosidade dos factos. A minha tese é a seguinte: o homem era um monstro banal, na medida em que era incapaz de exercer a sua capacidade de julgamento para simplesmente distinguir entre o bem e o mal⁵⁰.

⁴⁷ Cf. H. ARENDT, *Eichmann em Jerusalém*, cit. (nt. 45), p. 321.

⁴⁸ *Id.*, p. 74.

⁴⁹ Na verdade, Arendt foi sobremaneira criticada por um suposto tom de ironia insuportável, aparentando falta de sensibilidade pelo sofrimento das vítimas da *Shoah* (cf. SAUL FRIEDLANDER, *Reflexões sobre o Nazismo – Conversas com Stéphane Bou*, trad. do francês por Artur Lopes Cardoso, Porto Editora, Porto, 2017, p. 121).

⁵⁰ Cf. I. FLUNSER PIMENTEL / C. NINHOS, *Salazar, Portugal e o Holocausto*, cit. (nt. 4), p. 496.

Em suma, Eichmann, obediente ao *Führer*, foi condenado pelo que fez enquanto funcionário. Era o funcionário ideal numa sociedade totalitária, mas não o funcionário modelo numa sociedade aberta, democrática, inclusiva, liberal, plural, humanista e compassiva.

V. O dever jurídico de desobediência às ordens extremamente injustas

Não queremos uma sociedade em que as pessoas cumpram ordens, mas sim uma sociedade em que as pessoas aceitem ordens⁵¹. Repare-se que aqui o ponto focal não está na autoridade que tem de ser obedecida, mas no destinatário que aceita essa autoridade, não só e nem tanto pela função que ela ocupa, mas sobretudo pela legitimidade das próprias ordens que emana. Em situações normais da vida, as ordens são rotinas, que fazem falta ao bom funcionamento de uma organização, comunidade ou até mesmo de uma sociedade inteira, dado que reduzem o esforço individual, permitem a orientação da atividade dos indivíduos para fins comuns e garantem a obtenção de mais e melhores resultados para todos. Mas é preciso relativizar a importância do cumprimento das ordens emanadas da autoridade. Não é por acaso que, nas sociedades livres, cessa o dever de obediência sempre que o cumprimento das ordens ou instruções implique a prática de qualquer crime⁵². Trata-se aqui de um princípio de reconhecimento do indivíduo que é destinatário das ordens como sujeito autónomo, livre e consciente. Este princípio de reconhecimento do estatuto moral de cada indivíduo está consagrado no artigo 271.º, n.º 3, da atual Constituição da República Portuguesa (CRP) e também no artigo 36.º, n.º 2, do atual Código Penal (CP) português. Quando muito, haverá apenas obediência indevida desculpante quando o indivíduo, em especial, um funcionário cumprir uma ordem desconhecendo que a mesma leva à prática de um crime, não sendo isso evidente no quadro das circunstâncias por ele representadas, conforme disposto

⁵¹ Cf. PAULO DE SOUSA MENDES, Da Inexistência da Noção de Dever nos Gregos, in *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito em Comemoração do 70.º Aniversário – Estudos de Direito e Filosofia* (orgs.: Augusto Silva Dias *et al.*), Almedina, Coimbra, 2009, pp. 659-669.

⁵² Na Alemanha, o problema anteriormente muito discutido de saber se uma ordem ilegal é motivo de justificação ou desculpa para o funcionário que a executa já foi ultrapassado por força da regulamentação legal positiva, dado que a ordem ilegal é agora expressamente declarada como não vinculativa. Designadamente, o funcionário não deve cumprir a ordem do seu superior hierárquico “se a conduta ordenada violar a dignidade humana ou for punível ou ilegal e os funcionários reconhecerem a respetiva ilicitude criminal ou contraordenacional” (§§ 63 II 4 BBG, 36 II 4 BeamtStG, § 11 II 1 SG). Neste sentido, cf. CLAUS ROXIN / LUÍS GRECO, *Strafrecht – Allgemeiner Teil*, I (Grundlagen – Der Aufbau der Verbrechenslehre), 5.ª ed., Beck, München, 2020, § 17, n.º m. 15 (p. 908).

no artigo 37.º do CP. A desculpa do funcionário funda-se aqui no erro sobre a ilicitude do facto praticado, em jeito de regime especial relativamente ao disposto no artigo 17.º do CP⁵³. Se o funcionário for submetido a julgamento pela prática de um crime, tem de provar-se que ele estava convencido de que a ordem era legítima para poder beneficiar da desculpa⁵⁴. Pelo contrário, o funcionário ficará exposto à punição se a ilicitude for evidente no quadro das circunstâncias por si representadas. Naturalmente, ao superior hierárquico caberá, em princípio, a responsabilidade principal, quer o subordinado seja ou não punido⁵⁵. Ora, a injustiça extrema da ordem emanada pela autoridade, designadamente quando a sua execução leve à perda de vidas humanas, não pode deixar de suscitar no funcionário a perplexidade acerca do seu dever de obediência no caso concreto, o que afasta, de pronto, a aplicação do benefício da obediência indevida desculpante. Se, apesar disso, a cumpriu, ainda assim poderá resguardar-se de eventual responsabilização criminal se ficar demonstrado que a sua própria vida ou a de terceiro estaria em perigo, não sendo razoável exigir-lhe, segundo as circunstâncias do caso, comportamento diferente, à maneira de um estado de necessidade desculpante, tal como representado no artigo 35.º, n.º 1, do CP⁵⁶. Em suma, sobra muito espaço para a punição de funcionários que cumpram ordens extremamente injustas que conduzam à prática de crimes contra a vida, a integridade física ou a liberdade de indivíduos ou de grupos culturais, religiosos ou outros.

O problema aqui está em considerar como crimes factos que se inscrevem na lógica de funcionamento das sociedades totalitárias em que são cometidos, mas que são extremamente injustos à luz de uma visão humanista das sociedades. Aristides escudou-se na Constituição de 1933, que protegia o direito à vida e proibia a discriminação de pessoas em função da raça ou credo⁵⁷. Percebe-se o argumento, à luz de uma visão meramente positivista do Direito.

⁵³ Cf. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal – Parte Geral*, I (Questões Fundamentais, A Doutrina Geral do Crime), 3.ª ed., Gestlegal, Coimbra, 2019, pp. 752-759 e, em especial, p. 754.

⁵⁴ Não quero entrar aqui na questão disputada de saber a quem cabe o ónus de alegar e produzir prova sobre uma eximente penal, se à acusação ou à defesa técnica. Sobre o tema, cf. PAULO DE SOUSA MENDES, *O Standard de Prova e as Probabilidades – Uma Proposta de Interpretação Inspirada no Direito Comparado*, in *Fundamentos de Direito Probatório em Matéria Penal* (coords.: Kai Ambos / Ezequiel Malarino), Tirant lo Blanch, São Paulo, 2020, (pp. 95-116) pp. 113-114.

⁵⁵ Cf. J. DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal*, I, cit. (nt. 53), p. 753.

⁵⁶ *Id.*, pp. 713-726.

⁵⁷ Exatamente o contrário do que fez Theotónio Pereira, que agiu dando ordens para que cessasse a emissão de vistos. Não o desculpa – digo eu – a circunstância de ter defendido que fossem respeitados todos os vistos que o cônsul português emitira, incluindo os irregulares (cf. F. MARTINS, *Pedro Theotónio Pereira*, cit. [nt. 29], p. 453).

Mas é ainda mais forte o argumento da voz da consciência moral⁵⁸. Lembro aqui a fórmula de Gustav Radbruch (1878-1949), segundo a qual a injustiça extrema não é Direito⁵⁹. Radbruch, além de ter sido um importante político social-democrata que chegou a exercer funções de Ministro da Justiça na República de Weimar, de 1921 a 1926, foi sobretudo um apreciado professor de Filosofia do Direito e Direito Penal da Universidade de Heidelberg, conhecido pelo seu positivismo jurídico, que sofreu, porém, a perseguição do nazismo e perdeu a cátedra, sendo alvo de uma proibição de exercício da profissão (*Berufsverbot*). Passou a integrar a orientação dos filósofos moderadamente jusnaturalistas ao entender que o Direito deveria fundar-se na ideia do justo e não somente na mera adequação àquilo que a lei impõe em determinado momento histórico. Mas, ao mesmo tempo, Radbruch acentuava a importância da segurança jurídica, afirmando que tão somente o Direito injusto em grau intolerável (*unerträglich*) ou horroroso (*horrend*) deixaria de ter validade⁶⁰.

Se não fosse assim, não se perceberia a razão que torna defensável responsabilizar criminalmente os funcionários e os militares que, em contextos históricos de aparente legalidade e obediência generalizada, cometeram autênticas atrocidades. Temos o

⁵⁸ Cf. CHRISTOPHE LAMOURE, Aristides de Sousa Mendes – Le Devoir de Résistance, in *Aristides de Sousa Mendes, Héros “Rebelle”, Juin 1940 – Souvenirs et Témoignages* (dir.: Manuel Dias Vaz), Confluences / Comité Aristides de Sousa Mendes, Quercy à Mercuès, 2010, (pp. 57-63) p. 62.

⁵⁹ Veja-se a fórmula de Radbruch (*Radbruchsche Formel*): “O conflito entre a justiça e a segurança jurídica pode ser satisfatoriamente resolvido de maneira que o direito positivo, assegurado pela legislação e pelo poder, ainda tenha prioridade quando seja intrinsecamente injusto e inadequado, a menos que a contradição do direito positivo com a justiça tenha atingido um nível tão intolerável que a lei, enquanto ‘direito defeituoso’, tenha de dar lugar à justiça” (tradução nossa). Em língua original: „Der Konflikt zwischen der Gerechtigkeit und der Rechtssicherheit dürfte dahin zu lösen sein, dass das positive, durch Satzung und Macht gesicherte Recht auch dann den Vorrang hat, wenn es inhaltlich ungerecht und unzumutbar ist, es sei denn, dass der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Maß erreicht, dass das Gesetz als ‚unrichtiges Recht‘ der Gerechtigkeit zu weichen hat“ (GUSTAV RADBRUCH, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, *SJZ*, n.º 5 [1946], pp. 105-108, especialmente p. 107). Em texto posterior: “[Onde] não haja busca da justiça, as ordens emanadas só podem ser manifestações de poder, nunca disposições jurídicas [...]; portanto, a lei que nega os direitos humanos a certas pessoas não é uma disposição jurídica” (tradução nossa). Em língua original: „Wo also [...] Gerechtigkeit nicht einmal erstrebt wird, können die so geschaffenen Anordnungen nur Machtsprüche sein, niemals Rechtsätze [...]; so ist das Gesetz, das gewissen Menschen die Menschenrechte verweigert, kein Rechtsatz“ (GUSTAV RADBRUCH, *Vorschule der Rechtsphilosophie*, 2.ª ed., Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1959, p. 34). Para desenvolvimentos, cf. STANLEY L. PAULSON, *La Filosofía del Derecho de Gustav Radbruch – Y Tres Ensayos de Posguerra de Gustav Radbruch*, Marcial Pons, Madrid / Barcelona / Buenos Aires / São Paulo, 2019, p. 17.

⁶⁰ Para uma discussão contemporânea acerca da fórmula de Radbruch, cf. ROBERT ALEXY, *Law’s Ideal Dimension*, Oxford University Press, Oxford, 2021, pp. 18-19 e 98-103.

exemplo histórico dos 12 processos para julgar os responsáveis dos crimes de guerra e crimes conexos contra a Humanidade no Tribunal Militar Internacional de Nuremberga, desde 20 de novembro de 1945 (data de início do processo principal) até 27 de março de 1948 (data de conclusão do 12.º processo contra os chefes de Estado Maior e do Comando Superior da *Wehrmacht*), que terminaram com múltiplas condenações⁶¹. A mesma razão também permitiu a responsabilização criminal de Eichmann⁶². Também temos exemplos mais recentes, tais como a confirmação da responsabilização criminal não só dos agentes imediatos, mas também dos mandantes, designadamente alguns ex-Membros do Conselho de Defesa Nacional da extinta República Democrática Alemã (RDA), pelos disparos mortais contra cidadãos que saltavam o Muro de Berlim para chegarem à Zona Ocidental (*Mauerschützenprozesse*), não obstante existirem ordens anuais (*Jahresbefehle*) do Ministro da Defesa Nacional que autorizavam esses disparos para impedir toda e qualquer fuga. Mas eram ordens extremamente injustas por serem atentatórias do direito fundamental à vida, à margem de qualquer juízo de proporcionalidade em relação à proteção das fronteiras, como foi referido no acórdão da Secção Penal do Supremo Tribunal Federal (*Bundesgerichtshof für Strafsachen* – BGHSt), de 26 de julho de 1994⁶³. Diante de ordens extremamente injustas, de entre as quais o caso mais evidente é quando conduzam à prática de genocídios e homicídios de massa, a força da desobediência é não apenas um mandamento moral, mas também jurídico. Volto aqui a recordar a fórmula de Radbruch, que deve ser reconhecida e divulgada como um princípio geral de Direito, a saber: ninguém deve obediência a ordens extremamente injustas.

⁶¹ Cf. FRANCISCO MUÑOZ CONDE / MARTA MUÑOZ AUNIÓN, *¿Vencedores o Vencidos?*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 17-23. O Tribunal Militar Internacional de Nuremberga criou as bases para a fundação do Direito Penal Internacional. Neste sentido, cf. KAI AMBOS, *Treatise on International Criminal Law*, III (International Criminal Procedure), Oxford University Press, Oxford, 2016, pp. 8-44. O Tribunal Penal Internacional (TPI) é o paradigma da afirmação e consolidação de uma justiça penal internacional. Sobre o TPI, cf. *Direito Penal Internacional, TPI e a perspetiva da África de Língua Oficial Portuguesa* (coords.: Kai Ambos *et al.*), Imprensa Nacional-Casa da Moeda, Lisboa, 2015.

⁶² Para uma descrição do processo, cf. DAVID CESARANI, *Eichmann – His Life and Crimes*, Vintage, Londres, 2005, pp. 237-323 e LÉON POLIAKOV, *Le Procès de Jérusalem – Juger Adolf Eichmann*, 1.ª reimpr., Calmann-Lévy, Paris, 2009, pp. 107-116. Para um relato circunstanciado das alegações orais iniciais de Hausner, cf. DEBORAH E. LIPSTADT, *The Eichmann Trial*, Schocken Books, Nova Iorque, 2011, pp. 61-66. Para as alegações orais finais, leia-se o próprio GIDEON HAUSNER, *Justice in Jerusalem*, 4.ª ed., Holocaust Library, Nova Iorque, 1977, pp. 388-408.

⁶³ Cf. TERESA SERRA, A Autoria Mediata Através do Domínio de Um Aparelho Organizado de Poder – A Propósito da Responsabilidade Jurídico-Penal dos Membros do Conselho de Defesa Nacional da ex-RDA pelos Homicídios Ocorridos nas Fronteiras com a RFA, *Revista Portuguesa da Ciência Criminal*, n.º 5 (1995), (pp. 303-327) pp. 303-313.

VI. Conclusão

As sociedades precisam de cidadãos autónomos, livres e conscientes. Mais do que isso, capazes de avaliar o justo e o injusto no caso concreto, que é uma distinção que se baseia no reconhecimento do outro como um ser igual em direitos ou, pelo menos, na compaixão pelo outro. Estamos ainda longe desse modelo de sociedade. Seja como for, o Estado de direito não toma por base a mera autoridade nem a obediência cega. Pelo contrário, o Estado de direito promove ou, pelo menos, deveria promover a capacidade de todos os cidadãos se reconhecerem como iguais entre si e, em situações-limite, saberem exercer a sua autonomia ética em prol dos direitos fundamentais dos outros. É por isso que lembrar o Holocausto e louvar Aristides de Sousa Mendes e Jan Karski são objetivos imorredouros, que ajudam aqueles que, felizmente, não têm memória direta dos desastres da História a compreender a necessidade de se defender, com acrescido vigor em tempos difíceis, uma sociedade aberta, democrática, inclusiva, liberal, plural e – sobretudo – humanista e compassiva.