

UMA REFLEXÃO PRÁTICA A RESPEITO DA “INJUSTIÇA EXTREMA”: O DIREITO É A REALIDADE CUJO SENTIDO É SERVIR À JUSTIÇA?

A PRACTICE REFLECTION ABOUT THE “EXTREME INJUSTICE”: THE LAW IS THE REALITY WHICH DIRECTION TO SERVE THE JUSTICE?

CRISTIAN KIEFER DA SILVA¹

RESUMO

Este artigo faz uma análise substancial acerca da fundamentação do direito em Gustav Radbruch, procurando destacar, dentre outros aspectos, a “injustiça extrema”. O grande jurista alemão há muito já criticava a inconsistência que advém da falta de uma concepção adequada de justiça, quando dizia que a disciplina da vida social não pode ficar entregue, como é óbvio, às mil e uma opiniões dos homens que a constituem nas suas recíprocas relações. A esse respeito, não é possível conceber um direito legítimo no nazismo, isto é, o direito não era mais direito, e sim um instrumento de controle e legitimação da ideologia de um regime baseado, sobretudo, nas ideias de alguns poucos homens que não tinham a menor consideração e um mínimo senso de humanidade. Pelo fato desses homens terem ou poderem ter opiniões e crenças opostas, é que a vida social tem necessariamente de ser disciplinada de maneira uniforme por uma força que se ache colocada acima dos indivíduos. O problema da falta de justiça não aflige apenas o sistema jurídico. Outros sistemas sociais apresentam injustiças gritantes, mas é equivocado, em qualquer lugar, destruir alicerces quando não se pode propor uma base melhor ou mais sólida. De tal modo, o conceito de direito que serve de base à prática jurídica é postulado como evidente, e, em casos comuns, mesmo quando sua solução é contestável, considera-se desnecessário fazer reflexões acerca de tal conceito. O mesmo não acontece nos casos incomuns. Nestes, o conceito de direito que existe por trás de toda prática jurídica vem à luz e torna-se um problema premente.

¹ **Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Especialista em Processo Civil Aplicado pelo CEAJUFE/IEJA. Bacharel em Administração pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Bacharel em Direito pela Universidade José do Rosário Vellano. Professor Assistente e Pesquisador da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professor Auxiliar e Pesquisador da Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva. Professor Adjunto e Pesquisador da Faculdade de Minas (FAMINAS-BH). Membro associado do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI). Membro da Associação Brasileira de Sociologia do Direito e Filosofia do Direito (ABRAFI). Integrante dos Grupos de Pesquisas: Direito, Constituição e Processo “Professor Doutor José Alfredo de Oliveira Baracho Júnior” e Direito, Sociedade e Modernidade “Professora Doutora Rita de Cássia Fazzi”. E-mail para contato: cristiankiefer@yahoo.com.br**

PALAVRA-CHAVE: DIREITO; POSITIVISMO E NÃO POSITIVISMO; INJUSTIÇA EXTREMA.

ABSTRACT

This article makes a substantial analysis on the grounds of the right to Gustav Radbruch, seeking to highlight, among other things, the “extreme injustice”. The great German jurist has long criticized the inconsistency that arises from the lack of an adequate conception of justice when he said that the discipline of social life can not be delivered, of course, the thousand and one opinions of men who are in their reciprocal relations. In this respect, it is not possible to conceive of a legitimate right in Nazism, ie, the right was not right, but an instrument of control and legitimating ideology of a regime based primarily on the ideas of a few men who had not the slightest consideration and minimal sense of humanity. Because these men have or could have opposing opinions and beliefs, is that social life must necessarily be governed uniformly by a force that might be found placed above individuals. The problem of lack of justice afflicts not only the legal system. Other social systems present injustices, but it's mistaken, anywhere, destroy foundations when it can not propose a better or more solid foundation. Such, the concept of law that underpins the legal practice is postulated as obvious, and ordinary cases, even when a solution is debatable, it is considered unnecessary to make reflections on the concept. Not so in unusual cases. In these, the concept of law that exists behind every legal practice comes to light and becomes a pressing problem.

KEYWORD: LAW; POSITIVISM AND NOT POSITIVISM; EXTREME INJUSTICE.

1 INTRODUÇÃO

A história paradigmática do direito na Alemanha em sua crescente metáfora literária, produziu um evento sociológico, filosófico e jurídico de inegável significação para o mundo, sobretudo por traduzir um “colapso civilizatório” do ponto de vista global, de uma sociedade-Estado enferma que experimentou o regime nazista com a promessa de desenvolvimento de uma nação em todos os sentidos. Na verdade, observa-se que é através de um hábil entrelaçamento de provas empíricas e argumentos teóricos, que as características do *habitus*², da idiossincrasia, da personalidade, da estrutura social e do comportamento alemão se combinaram para produzir a ascensão de Adolf Hitler ao poder na República Federal Alemã.

² Por *habitus* - uma palavra que usou muito antes de sua popularização por Pierre Bourdieu - significa basicamente “segunda natureza” ou “saber social incorporado”. O conceito não é, de forma alguma, essencialista; de fato, é usado em grande parte para superar os problemas da antiga noção de “caráter nacional” como algo fixo e estático.

Embora se tenha com nítida clareza os caracteres identificadores do passado alemão, Norbert Elias (1997) chama atenção para alguns pontos importantes que explicam o estigma vivenciado pelo povo alemão na tradição histórico-política, tais como: a devastação causada no século XVII pela Guerra dos Trinta Anos; a tardia unificação da Alemanha³, comparada com a de países como a Grã-Bretanha e a França, que foram unificados muito mais cedo e desfrutaram, em consequência, de um padrão muito menos descontínuo de história e desenvolvimento social; e o fato de que, no caso alemão, a unificação ocorreu através de uma série de guerras sob a liderança dos setores militaristas que governavam a Prússia, um processo no qual grandes parcelas das classes médias abandonaram os valores humanistas que tinham até então predominado em seus círculos sociais, e passaram a adotar os valores militaristas e autoritários dos prussianos hegemônicos, dentre vários outros. Nesse contexto, o despertar epistemológico da história do direito com traços marcantes na Alemanha, referenda um momento singular em que o pensamento histórico, ou suas ideias-força pareciam tomar a consciência de si, historicizando e confrontando a própria história para a projeção de um futuro inigualável em termos sociais e políticos.

Como bem observado, muitas das considerações que se estabeleceram no decorrer do século XX, tiveram origem na tentativa de tornar compreensível a maneira como ocorreu a ascensão do nazismo e, por consequência, também a guerra, os campos de concentração e o desmembramento da Alemanha. O violento surto descivilizador, impulsionado por Adolf Hitler, teve um papel preponderante na formação do Estado alemão. Porém, também é relevante destacar que a hipersensibilidade em relação a qualquer coisa que recorde a doutrina nacional-socialista resulta do problema de um “caráter nacional” ser em grande parte envolto num manto de silêncio. Em tal medida, torna-se claro que o *habitus* nacional de um povo não é biologicamente fixado de uma vez por todas; antes, está intimamente vinculado ao processo particular de formação do Estado a que foi submetido.

Durante o fim do século XVIII e início do século XIX, o historicismo foi marca registrada no pensamento alemão, principalmente no campo filosófico e jurídico. O direito era visto não como mero produto racional, mas um produto histórico e espontâneo peculiar a cada indivíduo. Em consequência disso, a escola histórica do direito era, portanto, eminentemente

³ A unificação da Alemanha, política e administrativamente, em um Estado-nação, realizou-se, oficialmente, no dia 18 de Janeiro de 1871.

antirracionalista, opondo-se à filosofia iluminista através de uma dessacralização do direito natural, substituindo o abstrato e o universal pelo particular e pelo concreto. De forma substancial, a escola histórica ao criticar radicalmente o jusnaturalismo, abre caminho para o desenvolvimento do positivismo jurídico na Alemanha.

A partir de então, admite-se comumente que o movimento pela codificação, de inspiração abertamente iluminista, marca o período de transição para o século XIX, propugnando a positivação do direito natural através de um código posto pelo Estado, representante de um direito universal. Objeta-se, assim, uma rejeição do direito consuetudinário, por ter como base o irracionalismo da tradição, contrário aos princípios da civilização. Não é exagero recordar que de todos os eventos ocorridos no século XX, o genocídio nazista foi aquele que infligiu o maior choque à imagem que a população europeia tinha de si mesma, tão fortemente impregnada pela ideia de “civilização”. Tal período foi marcado por extrema “brutalização” e “injustiça”, gravitando-se a ideia segundo Norbert Elias em “torno de um código de honra em que duelar, exigir, e dar ‘satisfação’ ocupavam um lugar de arrogante destaque no cenário nacional”. (ELIAS, 1997, p. 8).

Não é surpreendente mencionar que os inúmeros acontecimentos enraizados na Alemanha nazista impulsionaram a revolução no pensamento jurídico alemão, tendo como um dos escopos principais para a mudança, o período compreendido entre as duas grandes Guerras Mundiais. Sem dúvida, a questão do nazismo na Alemanha transcendeu, reduzindo-se a uma forma de pensamento sistematizada e ingênua em seus elementos mais essenciais. É importante observar que a doutrina alemã não idealizou o Estado de Direito como forma especial de Estado ou como forma de governo, mas como “o Estado da razão” ou “o Estado do entendimento”, aquele no qual se governasse segundo a vontade racional geral, com o objetivo pautado de se alcançar o melhor para todos os indivíduos.

Com isso, é notório perceber que a história do pensamento alemão não é simplesmente um objeto que se possa discernir de longe, mas é sim o centro no qual o ser efetivo da história e o ser efetivo da consciência histórica aparecem e se perfazem. A partir de tais constatações, chega-se a conclusão de que os doutrinadores alemães passaram a conceber o Estado de Direito como o Estado de Direito Racional, vale dizer, o Estado idealizador dos princípios da razão, preservando

a vida em comum das pessoas, ideias básicas que, inicialmente, na primeira metade do século XIX, projetaram os seguintes pontos de desenvolvimento da teoria do Estado de Direito⁴.

De qualquer modo, ao se questionar sobre as peculiaridades de longo alcance que contribuíram para a formação do sistema jurídico e político da Alemanha, observar-se que a história foi uma matriz disciplinar determinante, pois de acordo com Mary Fulbrook “cada história é um produto da época em que foi narrada” (FULBROOK, 2012, p. 275). O entendimento sobre o significado do problema alemão é variável, assim como o que é importante e o que parece ser peculiar na história da Alemanha. Conforme salienta Hans-Georg Gadamer (2006), evidenciando a respeito do problema da consciência histórica, o que interessa ao conhecimento histórico, e em especial ao direito alemão no século XX, não é saber como os homens, os povos, os Estados se desenvolveram em geral mas, ao contrário, “como este homem, este povo, este Estado veio a ser o que é; e como todas essas coisas puderam acontecer e encontrar-se aí”.

Pretende-se abordar nesta pesquisa os pressupostos filosóficos, históricos e jurídicos da fascinante riqueza do passado alemão sob à luz da tese radbruchiana da “injustiça extrema”, despertando o interesse premente de uma variedade de perspectivas e pontos de vista; e de que nunca haverá uma interpretação final e conclusiva de seus complexos padrões, o que deverá e continuará a suscitar mais análises e debates em torno da criação do Estado alemão, da prática do Direito e do papel exercido pelo mesmo naquele contexto.

⁴ BÖCKENFÖRDEL, Ernst Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*. Valência, Trotta, 2000, p. 20-21. Este autor entende que o conceito de Estado de Direito, na Alemanha, despontou prefigurado na teoria do Estado do direito racional, sob certa influência de KANT, quando este considerou o Estado como união de homens debaixo de leis, consideradas estas leis os princípios da razão. No mesmo sentido, é o entendimento de CANOTILHO (Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 1999, p. 272). Sobre o Estado de direito kantiano como o Estado da Razão, regendo-se pela vontade racional geral, na persecução do bem comum, Mário Lúcio Quintão Soares elabora a seguinte explicação: “O Estado da Razão, assente na premissa de que a razão fundamenta a legislação positiva, deve respeitar a liberdade ética do homem tomado individualmente e reconhecer uma vinculação jurídica para seus próprios atos, visando a coincidir sua finalidade com os fins múltiplos dos indivíduos. Este Estado passa, então, a atuar de forma que cada indivíduo possa alcançar livremente os seus objetivos, numa situação de liberdade externa garantida”. (Direitos Fundamentais e Direito Comunitário: por uma metódica de direitos fundamentais aplicada às normas comunitárias. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 79-80).

2 AS MUDANÇAS NOS PADRÕES EUROPEUS DE COMPORTAMENTO: A LUTA PELO PODER E A EVOLUÇÃO DO PENSAMENTO GERMÂNICO

Em linhas gerais, com toda certeza, não é possível examinar adequadamente as mudanças nos padrões de comportamento que são observáveis em pleno século XX em sociedades europeias em geral, e na Alemanha em particular, sem um exame preparatório de certas mudanças estruturais na sociedade como um todo. Conforme identifica Norbert Elias (1997, p. 35), “o produto nacional bruto da maioria dos países europeus aumentou com uma amplitude e a um taxa de crescimento quase sem precedentes”. Por sua vez, a solução de velhos problemas permitiu que novos problemas viessem à tona, onde o assombroso impulso nessa direção começou lentamente em meados do século XVIII e acelerou, com flutuações, no século XX, especialmente depois da segunda grande Guerra Mundial. Em tal contexto, a parcela da população mais pobre se viu salvaguardada contra a fome e a subnutrição, e todos os homens e mulheres se libertaram do pesado trabalho manual. Embora isso representasse um avanço na história da humanidade, por outro lado, a existência de guerras (dentro das fronteiras dos Estados) representava um real retrocesso.

Isso mostra de uma forma sumamente expressiva que as mais altas posições militares e diplomáticas ainda continuavam predominantemente nas mãos da aristocracia alemã. Não obstante, várias foram as mudanças estruturais na sociedade que contribuíram para a compreensão das transformações simultâneas no código de comportamento. Foram os líderes da experiência nazista que, na realidade, puseram fim também a esse remanescente da velha supremacia e assim desferiram um golpe final, sem que fosse talvez essa a sua intenção, na secular luta entre a aristocracia e classe média, cujas origens remontam à Idade Média. As causas dessa intranquilidade são bastante evidenciadas por Norbert Elias, que conclui:

Esse é, pois, o grande movimento emancipatório do século XX, em que a ascensão de uma classe, que outrora consistia num grupo marginal, redundou no desaparecimento, para todos os efeitos, do *stablishment*⁵ anterior. Tanto para a continuidade quanto para a transformação do código de comportamento, esse resultado foi muito significativo. (ELIAS, 1997, p. 36).

⁵ Norbert Elias define *stablishment* como sendo “complexo institucional”. (ELIAS, 1997, p. 56).

De todo modo, uma mudança nas relações de poder de tantos e tão diversos grupos acarretou inevitavelmente um sentimento geral de incerteza em muitas pessoas. Diante disso, levando tudo em conta, este período na história da humanidade é marcado segundo Norbert Elias “como um século de crescente *incerteza de status*” (ELIAS, 1997, p. 37). O grande problema de identidade social também se tornou muito mais explícito do que numa sociedade onde o ritmo de mudança não é tão acelerado. Logo, não há dúvidas de que o século XX é um século instável, inseguro, e não apenas por causa das duas grandes Guerras Mundiais.

Com isso, é possível verificar que o arcabouço de normas e controles, o código ou cânone de comportamentos em diversas sociedades, não consiste num todo unificado. Para Norbert Elias “em toda e qualquer sociedade existe um gradiente específico entre a relativa formalidade e a relativa informalidade, o qual pode ser apurado com grande precisão e ser mais ou menos elevado” (ELIAS, 1997, p. 41). Vale dizer que a estrutura desse gradiente muda no decorrer do desenvolvimento de um Estado-sociedade, e por assim dizer, seu desenvolvimento converge numa direção específica, sendo um aspecto do processo civilizador de uma sociedade.

Acredita-se que na história da Alemanha, o pesado ônus do passado resultou em uma surpreendente ausência de resistências a um regime que pisava em todas as tradições positivas. Portanto, o extremismo do regime nazista era uma consequência da estrutura do Estado, com as suas divisões e rivalidades internas, o seu confuso processo de tomada de decisões e a imprevisibilidade da liderança carismática com suas intenções obsessivas de dominar o mundo. As reflexões esboçadas deixam claras que o líder totalitário na Alemanha nazista, como um representante do povo, era o arquétipo de tudo o que de obscuro e horripilante jamais existiu na face da Terra.

3 OS ASPECTOS DA ESTRATIFICAÇÃO SOCIAL NA ALEMANHA: UM EMBATE ENTRE A CLASSE DOMINANTE E A CLASSE DOMINADA

A ideia de qualificar estratos de acordo com a ocupação e de acordo com a classe social (inferiores x superiores) são essenciais para o entendimento da formação do Estado alemão. Tal proposta é audaciosa, pois torna-se necessário saber como os membros de uma sociedade que estão dotados de desiguais oportunidades de poder e *status* se classificam a si mesmos e uns aos

outros. A estratificação mostra como as pessoas numa sociedade são agrupadas quando vistas unicamente através de uma fonte de observação. De acordo com Norbert Elias (1997):

A imagem que as pessoas que vivem juntas numa sociedade específica têm de sua própria posição e da de outras na pirâmide social deve conjugar-se com critérios de estratificação desde a perspectiva do pesquisador, a fim de se formar um modelo abrangente que tenha a chance de ser fecundo em novos trabalhos; pois a experiência da estratificação pelos participantes é um dos elementos constitutivos da estrutura da estratificação. (ELIAS, 1997, p. 52).

Quando se examina o modo como as próprias pessoas dessa sociedade classificam os diferentes estratos sociais, torna-se evidente que os altos funcionários da administração civil e as altas patentes militares tinham definitivamente um *status* social superior em relação aos demais cidadãos em geral. A imagem que as classes participantes formam da hierarquia de *status* constitui usualmente um sintoma bastante confiável da real distribuição de poder entre elas.

O fato é que a Alemanha foi um país em que, de acordo com o seu desenvolvimento tardio como nação-Estado, a grande riqueza da burguesia se manifestou relativamente tarde. O retrato sutil do poder naquela época mostrava demasiadamente a figura do nobre servidor do Estado, ou seja, um administrador regional, por exemplo, como muito superior e o industrial como o súdito menos poderoso. Essa exclusividade por pertencer à “boa sociedade” ou a “má sociedade”, tornava-se bastante visível nesse contexto. De acordo com a distribuição do poder, os representantes do Estado detinham as posições mais elevadas (eram dominantes), ao contrário dos comerciantes e demais cidadãos comuns (eram dominados). Os primórdios de tal formação social podem ser claramente observados na Alemanha no período entre guerras.

Como em quase todas as nações europeias, na Alemanha, o desenvolvimento seguiu um outro rumo, contribuindo muito para a sua fragmentação política e seu repetido papel como arena de guerra na Europa. A obrigação de arriscar-se a vida em duelo para provar a dignidade de pertencer à elite social – “possuir honra” – teve um papel crucial até as primeiras décadas do século XX. O código de honra e o duelo converteram-se num meio de disciplina e, ao mesmo tempo, num símbolo de pertença visível pelas cicatrizes do duelo. Diante de tais comportamentos sociais que imprimiram um marco historicista na Alemanha, Norbert Elias, explica que:

Pode-se dizer que essas classes superiores, diferentes em muitos estados e cidades da Alemanha, formaram uma única e grande sociedade de homens que eram

satisfaktionsähig - capazes de dar e exigir satisfação num duelo. Em seu círculo social, aqueles que gozavam do privilégio de exigir satisfação pelas armas de qualquer outro membro por quem se sentiam insultados, eram obrigados, por seu turno, a aceitar o desafio para combate singular de confrades que sentissem sua honra impugnada. (ELIAS, 1997, p. 58).

Por outro lado, a tradição do combate como meio de resolver disputas remonta ao tempo em que os governantes centrais do Estado estavam empenhados em pacificar a área sob seu mando, e em restringir o direito ao uso da força física nessa área a si próprios e a seus representantes. Só para ilustrar, a monopolização da violência persistiu no século XX na Alemanha e em algumas outras sociedades, como sinal de pertencimento ao *stablishment*⁶. A proclamação do uso da violência pela força tem sua origem no passado histórico, ou seja, o duelo era um remanescente dos tempos em que, mesmo dentro da própria sociedade a que se pertencia, o uso de violência em desavenças era a regra, quando a pessoa mais fraca (dominada), ou menos habilidosa, ficava totalmente a mercê daquelas que eram mais fortes (dominantes). A esse respeito, ensina Norbert Elias que:

O desordeiro que usa seus dotes superiores para a luta, com ou sem armas, a fim de submeter outros à sua vontade, já não goza normalmente de qualquer respeito especial. Antes, as coisas eram diferentes. Em todas as sociedades guerreiras (incluindo, por exemplo, a antiga Atenas), provar seu valor em combate físico contra outras pessoas, vencê-las e, se necessário, matá-las, era parte integrante do estabelecimento da posição de um homem. A tradição militar atual busca limitar o treinamento no uso da violência física, tanto quanto possível, à violência contra pessoas que não pertencem ao próprio Estado-sociedade de um. [...] O mecanismo de coerção e as leis do Estado são uteis para manter a ordem entre as massas indisciplinadas – esse era o sentimento – mas nós, os guerreiros e governantes, somos as pessoas que sustentam a ordem no Estado. Somos os senhores do Estado. Vivemos de acordo com as nossas próprias regras, que impomos a nós próprios. As leis do Estado não se aplicam a nós. (ELIAS, 1997, p. 58-59).

Pois bem, na Alemanha, entre os anos de 1871 e 1918, as posições cruciais do poder do Estado eram ocupadas e controladas por membros da *satisfaktionsfähige Gesellschaft*⁷, isto é, pessoas ligadas à sociedade privilegiada e transgressora da lei, formada principalmente por aqueles que tinham o direito a exigir explicações. A fim de tornar mais fácil a impunidade frente às infrações das leis do Estado pelos participantes, e provavelmente também para fazer com que

⁶ Norbert Elias define *stablishment* como sendo “complexo institucional”. (ELIAS, 1997, p. 56).

⁷ Como explicam Eric Dunning e Stephen Mennel no prefácio à edição inglesa, presente na edição aqui utilizada, *satisfaktionsfähige Gesellschaft* é “uma expressão de que é impossível dar uma tradução direta, mas que significa uma sociedade gravitando em torno de um código de honra em que duelar, e exigir, e dar ‘satisfação’ ocupavam um lugar de arrogante destaque”. (ELIAS, 1997, p. 8).

esses usos tolerados da violência escapassem à atenção das massas. De qualquer modo, o critério uniforme de filiação representado pelo direito de pedir ou dar razões – o reconhecimento de um código de honra – não foi, por certo, o único sinal, mas foi o mais notável da formação na sociedade alemã de uma classe alta relativamente estruturada pela incorporação de cidadãos comuns e que foi gradualmente padronizada na esteira da unificação política.

4 A LUTA PELO PODER: UMA INSPIRAÇÃO POLÍTICA GUIADA POR REGRAS POSITIVAS

É bastante claro que Adolf Hitler não cumpriu numa só etapa sua ideia do poder, pois fazia parte de suas intenções maiores golpear tanto quanto possível todas as facções existentes. Isso explica, pois, o barbarismo dos vários assassinatos, os cadáveres abandonados no local das violências, o interesse em deixar vestígios de sua passagem para dar um exemplo vivo e ameaçador; daí também aquela notável renúncia a toda aparência de legalidade. Hitler tomava suas decisões em função das necessidades e dos objetivos de poder, eis que, sua tirania, representava uma ruptura fundamental com os imperativos táticos da estrita legalidade.

O cerne do positivismo expressado nas ideias hitlerianas são um reflexo dos ensinamentos de Hans Kelsen, que expõe o seguinte:

Do ponto de vista de um positivismo jurídico coerente, o direito, precisamente como o Estado, não pode ser concebido senão como uma ordem coercitiva de conduta humana - com o que nada se afirma sobre o seu valor moral ou de Justiça. E, então, o Estado pode ser juridicamente apreendido como sendo o próprio Direito - nada mais, nada menos. Esta superação metodológico-crítica do dualismo Estado-Direito é, ao mesmo tempo, a aniquilação impiedosa de uma das mais eficientes ideologias da legitimidade. Daí a resistência apaixonada que a teoria tradicional do Estado e do Direito opõe à tese da identidade dos dois, fundamentada pela Teoria Pura do Direito. (KELSEN, 1998, p. 223).

Contudo, essas concepções acerca do direito externadas por Hans Kelsen, influenciaram em grande medida as concepções pedagógicas do *Führer*, os quais não só inauguraram o positivismo jurídico no século XIX como também influíram, de um modo inteiramente decisivo, na elaboração conceitual da teoria geral do direito. Nesse contexto, o repertório de atrocidades praticadas pelo regime totalitário de Hitler havia dado cabo a todas as liberdades fundamentais

até então alcançadas. De maneira clara, as causas da existência de um poder desmedido e cruel enxergavam no direito um forte aliado, capaz de justificar o surto de desumanidade que assolava a Europa globalmente.

O transcurso da história do direito na Alemanha veio a confirmar que Hitler tirava grande proveito da fraqueza declarada de seus súditos, elevando o tom entre dominador e dominados. A esse respeito, Joachim Fest (2005) esclarece que o *Führer* utilizava sempre de um jogo tático e de um discurso ameaçador contra aqueles que duvidassem de suas investidas. Em uma de suas retóricas, Hitler chega a afirmar o seguinte:

Só por meio de *leis inexoráveis*, eternamente iguais, é que se vencem os motins. Se alguém me critica e indaga por que não recorri aos tribunais comuns para julgar esses homens, só posso responder assim: naquele momento eu era responsável pelo destino da nação alemã e portanto seu juiz supremo [...]. Dei a ordem de execução dos principais culpados dessa traição [...]. Além disso, dei ordem de extirpar esses abscessos que envenenavam nossas fontes vitais e de arrancar as feridas até que se chegasse à carne viva [...]. A nação deve saber que sua existência não poderia ser ameaçada impunemente seja pelo que for e que essa existência é garantida pela ordem interna e a segurança. Cada um deve saber daqui por diante que, se vier a erguer a mão contra o Estado, seu único destino será a morte. (FEST, 2005, p. 553).

Sob esse prisma, a ideia positivista de definição do direito pela forma se tornou o centro dos ataques teóricos no período da revolução legal inaugurada por Hitler, momento em que o direito alemão, carente de identidade, estava à procura de um referencial teórico que servisse de alicerce às truculências do passado histórico. De acordo com Charles Nunes Bahia (2013), as acusações de que o direito positivista, ao utilizar-se de um critério estritamente formal teria dado exagerado valor às leis, chegou a tal ponto que até mesmo Hans Kelsen (um dos mais importantes juristas do século XX, judeu e perseguido pelo regime nacional-socialista), passou a ser acusado de ter escrito uma teoria para o nazismo. Destarte, analisando friamente tal contexto, fizeram uma redução de sua obra a um estrito dever de obediência ao direito positivo, como se fosse um reflexo do mais puro legalismo.

Ao se analisar as razões do direito em Hans Kelsen, observa-se que o fundamento de validade do direito estaria na hierarquia normativa. Nesse ponto, considera-se que a lei do *Reich* seria legítima, por derivar de uma estrutura estatal que validaria tal legislação positiva dentro da

mais estrita legalidade, ou seja, seria inegável a contribuição kelseniana à manutenção do totalitarismo:

Segundo o Direito dos Estados totalitários, o governo tem poder para encerrar em campos de concentração, forçar a quaisquer trabalhos e até matar os indivíduos de opinião, religião ou raça indesejável. Podemos condenar com a maior veemência tais medidas, mas o que não podemos é considerá-las como situando-se fora da ordem jurídica desses Estados. (KELSEN, 1998, p. 28).

Desse modo, resta evidente que o ataque proferido contra positivismo jurídico traz ao campo de batalha a ideia de que uma “norma injusta” jamais pudesse ser cumprida, tendo em vista que nem mesmo o Estado teria legitimidade para ordenar atos que atentassem contra a humanidade. E mais, ainda nesse cenário, o direito começa a ganhar contornos de uma beligerância ideológica com Gustav Radbruch, importante jurista do século XX, que tinha na segurança jurídica proposta pelo positivismo o valor por excelência do direito, e que mais tarde, ao se deparar com os estragos deixados pela Segunda Grande Guerra, teria mudado sua visão e passado a defender, nos casos de “extrema injustiça”, a justiça e não a segurança como valor supremo do Estado.

É inegável que para Charles Nunes Bahia (2013), o modelo positivista, muito defendido por importantes teóricos do século XX, almejava alcançar uma definição do direito pela forma, o que na visão dos não positivistas consubstanciava-se como um fator de identificação com o nazismo, haja vista que esse formalismo não daria margem à discussão do conteúdo da norma, atribuindo um valor exagerado à legislação positiva. Todavia, no seio do direito positivo está o germe de sua superação, isto é, a justiça concreta em todas as dimensões exige que se opere uma lógica jurídica diversa e distinta da tradicional, totalmente inversa aos valores da realidade sempre mutável. (FREITAS, 1989, p. 27).

De fato, apesar de todas as motivações ideológicas em torno do poder, Hitler inspirou sua política de dominação com o alento positivista. A principal obra de Hans Kelsen, intitulada Teoria Pura do Direito, foi colocada em evidência como o pivô de legitimação do nazismo e criação de um Estado Totalitário, uma vez que sob a concepção kelseniana não haveria como conceber uma norma em conformidade com a justiça, por ser esta variável de acordo com os indivíduos ou grupos interessados. Registre-se que uma conduta estaria, portanto, em

conformidade com a norma posta, com um dever ser, não havendo normas justas ou injustas, mas válidas ou inválidas. (MUNHOZ, 2013).

Com efeito, assevera-se que as críticas em torno do positivismo apelam ao nazismo, justificando os horrores praticados pelo nacional-socialismo de Hitler na mais pura redução ao legalismo. Induvidosamente, os fatos históricos demonstram claramente que as grandes modificações perpetradas pelo nazismo basearam-se em argumentos que evocavam valores suprapositivos, tendo em vista que o Estado alemão encontrava-se diante de um típico regime de exceção, com a suspensão da ordem jurídica e sua substituição pelo comando do Terceiro *Reich*.

5 O PROBLEMA ACERCA DO POSITIVISMO JURÍDICO NA ALEMANHA

Em meados do século XX, devido à experiência com o positivismo nazista, Gustav Radbruch desenvolveu uma teoria de proteção aos direitos fundamentais que levava em conta a ausência, pelo positivismo de então, de uma percepção de valores jurídicos que sustentassem o direito positivo em um sentido não dependente dos poderes (governos) constituídos eventualmente totalitários nem afeito ao dogma da unidade do ordenamento de modo prioritário. A tão referida fórmula radbruchiana foi criada em 1946, na tentativa de superar a separação entre Direito e Moral, defendida pelo positivismo e que, em sua concepção, teria propiciado ao regime nazista cometer seus atos de barbárie dentro da legalidade. Nesse sentido, destaca-se que o jusfilósofo alemão jamais nomeou sua construção teórica de fórmula (este foi um trabalho da doutrina e da jurisprudência que, posteriormente, ocuparam-se de sua aplicação).

A publicação do texto *Injustiça Legal e Direito Supralegal* causou grande polêmica em sua época, principalmente porque evidenciava uma considerável modificação de posicionamento do autor, que antes da Guerra se dizia adepto do positivismo e, depois, passou a criticá-lo ferrenhamente, dentro de um contexto que ainda era predominantemente positivista. Pois bem, impressionado com as atrocidades cometidas pelos nazistas, Gustav Radbruch denuncia o positivismo como culpado pela situação de arbítrio implantada na Alemanha durante o nazismo (*Gesetz und Recht*, 1947), e busca uma fórmula teórica de compatibilização entre a positividade e a justiça; em *Injustiça Legal e Direito Supralegal* (*Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches*

Recht, 1946), depois de reconhecer que o positivismo, com sua afirmação de que “*lei é lei*” deixou os juristas alemães sem defesa contra leis arbitrárias e criminosas.

Diante disso, Gustav Radbruch passou a compreender na segunda fase de seu pensamento (após a experiência nazista), que o mundo dos valores jurídicos, mesmo no âmbito de uma visão neokantiana, é voltado, em última análise, para a concreção do direito na sociedade, conferindo aos homens aquilo que eles necessitam como bens existenciais, afeitos à vida em sua expressão comum, e não a fins imaginários ou utópicos (como no pensamento jurídico nazista).

Porém, o positivismo, sintetizado sob a fórmula “*a lei é a lei*”, deixou os juristas e a magistratura da Alemanha indefesos diante de monstruosas crueldades e arbitrariedades, por terem sido praticadas pelos detentores do poder daquela época sob a forma de lei, assim como diante da subsequente necessidade de correção jurídica das consequências de tais ilícitos, a propósito da qual continuou a apresentar sempre novas dificuldades. Nesse contexto, depois de um século de positivismo jurídico, permanece a ideia de um direito supralegal, no qual as leis positivas podem ser consideradas injustas.

Com isso, é possível formular alguns questionamentos relevantes que direcionam a presente pesquisa, quais sejam: até que ponto pode-se afirmar que existe efetivamente justiça, quando se impõe considerar inválidas regras positivas? Ou mesmo, até que ponto pode ser exigível a segurança jurídica quando ela imponha que leis devam ser reconhecidas como válidas, apesar da injustiça de seu conteúdo? Ou ainda, é possível compreender sobre que bases se constituía a autoridade do direito e a que influências políticas ele estava sujeito? Outrossim, até que ponto as medidas tomadas pela autoridade nazista alcançavam realmente legitimidade e eram respeitadas pelos cidadãos? Seriam elas válidas e de fato úteis? Quais as suas limitações?

Ora, de fato, por toda a parte se levantava um combate contra o positivismo a partir da ideia de que há “*leis que não são Direito e que há Direito acima das leis*”. Não há dúvidas de que naquela época o positivismo jurídico com o seu lema “*acima de tudo deve-se cumprir as leis*” reinou de modo absoluto entre os juristas. Na visão de Gustav Radbruch:

O positivismo deixou [...] desarmados os juristas alemães ante as leis de conteúdo arbitrário e injusto. [...] Com isso se ficava sem a possibilidade de estabelecer a validade jurídica das leis. É certo que o positivismo pensa haver provado a validade de uma lei pelo fato de ter a força suficiente para lhe impor. [...] É certo que, independentemente do seu conteúdo, toda lei positiva leva consigo um valor: porque sempre será melhor que a total

ausência de leis, ao dar lugar à segurança jurídica. Mas a segurança jurídica não é o único, nem sequer o valor decisivo que tem de realizar o Direito. Ao lado da segurança jurídica, há outros dois valores, que são o da utilidade e o da justiça. A hierarquia destes valores assinala o último posto para a utilidade com respeito ao bem comum. De nenhum modo se há de admitir que é Direito tudo o que é útil ao povo, mas que ao povo é útil [...] tão-só o que é Direito, o que traz segurança e tende à justiça. A segurança jurídica, que corresponde a qualquer lei já pelo fato de sua mesma positividade, ocupa um lugar intermediário entre a utilidade e a justiça; a exige, por um lado, o bem comum, e por outro, a justiça. (...) Quando há um conflito entre a segurança jurídica e a justiça, entre uma lei que falha em seu conteúdo, mas que é positiva, e um Direito justo, mas que não adquiriu a consistência da lei, estamos realmente frente a um conflito da justiça consigo mesma, um conflito entre a justiça aparente e a verdadeira (RADBRUCH, 1971, p. 159).

Contudo, objeta-se que com o fim da Segunda Guerra Mundial e a queda do Terceiro Reich, as cortes alemãs receberam o intenso desafio de se manifestar sobre o direito nazista e suas consequências. Em tal período, a lista de monstruosidades cometidas se enquadrava em um catálogo de horrores. Nenhum meio-século testemunhou tanto massacre em escala, crueldades, desumanidades, condenação de povos inteiros à escravidão e aniquilamentos de minorias.

A perseguição implacável de adversários políticos, a selvageria na busca da vitória, o saque, o derramamento de sangue, o estupro e o assassinato por parte de uma soldadesca brutalizada, foram traços marcantes de um período onde reinava a “*injustiça extrema*”. É horrível que tivessem que ocorrer em pleno século XX, e no coração da Europa, mas não estavam fora dos padrões reconhecidos do comportamento humano. O processo sistemático, prolongado e burocraticamente controlado de exterminar milhões de vítimas que não ofereciam nenhum perigo e cuja morte não dava nenhuma vantagem aos assassinos, só podia ser interpretado como a manifestação de uma mente enferma; e toda a nação alemã parecia estar afetada pela doença imposta por um regime não democrático.

Nesse contexto, assinala Robert Alexy (2011) que o principal problema acerca do conceito de direito é a relação entre direito e moral, vez que apesar de uma discussão de mais de dois mil anos, duas posições fundamentais continuam se contrapondo: a *positividade* e a *não positividade*. Veja-se que todas as *teorias positivistas* defendem a tese da separação, pois esta determina que o conceito de direito deve ser definido de modo que não inclua elementos morais. Já a tese da separação, postula que não existe nenhuma conexão conceitualmente necessária entre o direito e a moral, entre aquilo que o direito ordena e aquilo que a justiça exige, ou entre direito como ele é e como ele deve ser.

Assim, o exame dos conceitos positivistas de direito mostra que, no âmbito do positivismo jurídico, posições muito distintas são defendidas. Comum a todas elas é apenas a tese da separação entre direito e moral. Se houvesse certeza de que a tese positivista da separação é correta, a análise do conceito de direito poderia limitar-se inteiramente à questão acerca da melhor interpretação dos elementos da eficácia e legalidade, bem como da melhor forma de relacionar esses dois elementos. Por isso, cabe perguntar se um conceito positivista de direito é realmente adequado como tal.

6 O DIREITO É A REALIDADE CUJO SENTIDO É SERVIR À JUSTIÇA?

Toda ordem que encontramos na diversidade da existência, ou que nos empenhamos em fomentar, emprestou do direito o seu nome: falamos de *leis* da natureza, de *leis* da moralidade e de costume, de *leis* da lógica e da estética. Que posição ocupam entre todos esses tipos de leis, e portanto no todo, em nosso conhecimento de mundo, as leis no sentido primeiro da palavra, as *leis* do direito?

A respeito da lei, Gustav Radbruch assevera que:

A cada atividade básica do espírito humano corresponde um tipo especial de leis do dever: a lógica trata das leis do modo de pensar verdadeiro, correto, científico; a estética trata da maneira certa de vivenciar com sentimento a arte e a beleza; todavia, o dever ético, que apresenta sua lei ao nosso querer agir, é de natureza tríplice: as regras de um agir bom, adequado e justo produzem a moralidade, o costume e finalmente o direito. (RADBRUCH, 1999, p. 1).

Como enunciado de um observador, acredita-se que a fundamentação do direito em Gustav Radbruch é uma questão central e essencial a toda vida em sociedade. Por sua vez, o problema da aplicação da lei injusta é muito mais um problema prático; um problema, aliás, inevitável do agir humano, que pertence mais à ética do que o próprio direito. A ideia de direito proposta pelo autor não é outra coisa senão a justiça (*o direito é a realidade cujo sentido é servir à justiça*).

A ideia de justiça adotada pelo autor baseia-se no princípio da igualdade, fazendo transparecer as influências aristotélicas de Radbruch. O justo, assim como o bom, o verdadeiro e

o belo, é absoluto, ou seja, é um valor que não deriva de nenhum outro valor. Mas esta noção de justiça como igualdade, embora absoluta, é uma ideia formal, razão pela qual Gustav Radbruch irá inserir, em seu conceito de direito, outros dois elementos: o fim e a segurança jurídica.

Sendo a justiça apenas a forma do direito, Radbruch acrescenta a este um princípio material, a ideia de fim ou finalidade, que toma seu conteúdo da ética. O princípio da finalidade atuará no conteúdo do direito de modo relativo, dependendo do valor moral a que fizer referência. A ética, que se divide em teoria dos deveres morais e em teoria dos bens morais, identifica três tipos de valores diferentes: os valores individuais, os valores supra-individuais e os transpessoais.

Embora já afirmado, o direito deve se basear em critérios fundamentalmente seguros e racionais, para só assim posicionar-se no sentido de afastar do meio social não só a sensação de incerteza, mas principalmente a *sensação de injustiça*. Nesse aspecto, o crescente valor que se atribui à segurança jurídica revela o reconhecimento de que ela é exigência fundamental até para as ideologias jurídicas orientadas exclusivamente pelo bem comum. E mais, ainda que uma lei positiva não se alicerce nas exigências da justiça ou da conformidade a fins, busca de alguma forma, um valor: a segurança jurídica.

De fato, é impossível traçar uma linha precisa entre os casos em que a lei escrita deve dar lugar à justiça e aqueles onde uma lei precisa ser reconhecida como válida a despeito de seu conteúdo danoso e injusto. Há, porém, uma linha distintiva que pode ser traçada com absoluta clareza: se a *igualdade*, que é o cerne da *justiça*, é repudiada deliberadamente ao editar-se uma regra de *direito positivo*, então a regra não só é injusta, mas não possui a verdadeira natureza de direito, porque este não pode ser definido senão como uma instituição ou ordem das relações humanas cujo sentido e propósito é servir à justiça.

7 A FUNDAMENTAÇÃO DO DIREITO: ARBITRARIEDADE LEGAL X DIREITO SUPRALEGAL

Na concepção de Gustav Radbruch, o positivismo desarmou os juristas frente a leis de conteúdo arbitrário e delituoso. Utilizando-se do princípio (“*a lei é a lei*”), máxima do positivismo (que não conhecia qualquer limitação), o regime nazista manipulou seus juízes e perpetrou as mais terríveis atrocidades sob a proteção da legalidade. Termos como

“*arbitrariedade legal*” ou “*direito supralegal*” eram contradições em si (RADBRUCH, 1980, p. 21-22).

De maneira geral, Gustav Radbruch analisa que o *positivismo* é incapaz de fundar, com suas próprias forças, a validade das leis, uma vez que confunde a validade com a mera confirmação da vigência. No entanto, isso não significa que deva ser de todo abandonado, pois “toda a lei positiva já traz consigo um valor - uma lei é sempre melhor que nenhuma lei -, independente de seu conteúdo, pois ao menos cria segurança jurídica” (RADBRUCH, 1980, p. 35-36).

Pois bem, o conflito existente entre segurança jurídica e justiça, ou seja, entre uma lei positiva discutível quanto ao conteúdo e um direito justo não positivado, se apresenta, em verdade, como um conflito da justiça consigo própria, pois trata-se de um conflito entre justiça aparente e justiça verdadeira. É através desta análise que Gustav Radbruch propõe, nos seguintes termos, sua reconhecida formulação:

O conflito entre a justiça e a segurança jurídica poderia ser bem solucionado no sentido de que o direito positivo estatuído e assegurado pelo poder tem prevalência, ainda que por seu conteúdo seja injusto e inconveniente, salvo quando o conflito da lei positiva com a justiça alcance uma medida tão insuportável que a lei, como direito injusto, deva ceder lugar à justiça (RADBRUCH, 1980, p. 37).

Na base dessas constatações, Gustav Radbruch esclarece que é impossível traçar uma linha exata quanto ao que difere a arbitrariedade legal de uma lei válida, porém com conteúdo injusto. Mas, há, sim, uma outra delimitação que pode ser feita com absoluta exatidão. E esta se refere aos casos em que não se pretende alcançar a justiça, nos quais a igualdade que constitui a medula da justiça é negada claramente pelo direito positivo. Nesses casos, “não somente o direito é injusto, mas também carece de qualquer natureza jurídica”. (RADBRUCH, 1962, p. 38).

Entretanto, assinala o jusfilósofo alemão que as leis de conteúdo muito *injusto*, mesmo que vigentes pelos critérios do ordenamento jurídico a que pertencem, perdem sua natureza jurídica, deixando de ser direito. A modificação no *status da lei* não se dá na vigência, mas, sim, na validade.

Da mesma forma, não se pode definir o direito, inclusive o direito positivista, de outra forma senão como uma instituição que, por seu próprio sentido, está determinada a servir à

justiça. Todavia, conclui-se que, adotando-se estes padrões, setores inteiros do direito nazista jamais atingiram a qualidade de direito. Numa análise histórica, assim como a personalidade de Hitler, o direito nazista se caracterizava por uma completa falta de sentido, de verdade e de direito, e estava baseado no exato oposto do elemento essencial à justiça: o tratamento igualitário. Como consequência disso, carecia totalmente de natureza jurídica, *não era um direito talvez injusto, não era direito sob nenhum aspecto*.

Isto é especialmente válido para todas as legislações que denominavam alguns homens de sub-homens, negando-lhes direitos humanos. Outro exemplo de legislações que sequer chegaram a possuir natureza jurídica eram as cláusulas que previam indistintamente as mesmas punições para os mais diferentes delitos, sem consideração de quaisquer variáveis, permitindo a aplicação da mesma pena (em muitos casos a morte) para o cometimento de delitos com as mais diversas naturezas e gravidades.

A esse respeito, Gustav Radbruch reconhece especialmente após doze anos de experiência nazista, que o conceito de arbitrariedade legal - e a negação da natureza jurídica que esta pode gerar em leis de conteúdo insuportavelmente injusto -, significa terríveis perigos para a noção de segurança jurídica (RADBRUCH, 1980, p. 40-41). Entretanto, pontua sua esperança de que as arbitrariedades cometidas sejam um desvio jamais repetido pelo povo alemão, e alerta que é preciso prevenir o retorno das arbitrariedades através da superação fundamental do positivismo.

8 A FÓRMULA TEÓRICA DE COMPATIBILIZAÇÃO ENTRE A POSITIVIDADE E A JUSTIÇA

Gustav Radbruch nunca foi um positivista pleno, pois sempre considerou problemática a aplicação da lei com conteúdo injusto ou imoral. Prova disso é a sua afirmação, em 1914, de que "não se pode conceber nenhuma justificação para a vigência do direito manifestamente injusto" (KAUFMANN, 2002, p. 65-66). Muitos autores defendem que Gustav Radbruch, apesar de abandonar o positivismo em 1945, nunca modificou suas noções acerca da filosofia e do conceito de direito. É certo que ele foi o responsável pela reabilitação da filosofia do direito, ao superar o conflito entre as posições estanques do positivismo e do direito natural.

Depois de 1945, Gustav Radbruch continuou a operar com o mesmo conceito de direito. Entretanto, a partir da constatação de que o positivismo é incapaz de explicar a validade do direito através da separação absoluta entre direito e moral e, verificando as consequências morais da aplicação desta teoria no contexto da Alemanha nazista, o autor fez uma importante inversão na relação existente entre os elementos de seu conceito de direito.

Robert Alexy, um dos autores contemporâneos que mais se ocupa da Fórmula de Radbruch, afirma que aquele que sustenta a Fórmula abandona a tese positivista. Os ensinamentos de Radbruch são especialmente valiosos para a teoria da validade de Alexy, desenvolvida no *Begriff und Geltung des Rechts*, onde a Fórmula de Radbruch integra seu conceito de direito não positivista, sob a denominação argumento da injustiça.

Em seus textos, Robert Alexy utiliza-se de até quatro versões da fórmula, dependendo da extensão adotada. A forma mais breve e simplificada é "*a injustiça extrema não é direito*"; a mais extensa é:

O conflito entre a justiça e a segurança jurídica deveria poder solucionar-se no sentido de que o direito positivo afiançado pela promulgação e a força tenha também preferência quando seja injusto e inadequado quanto ao conteúdo, a não ser que a contradição entre lei positiva e justiça alcance uma medida tão insuportável que a lei deva ceder como "direito injusto" ante a justiça (ALEXY, 2004, p. 227-228).

Não é demasiado referir que Robert Alexy entende que a fórmula radbruchiana, em uma versão mais extensa, divide-se em duas partes ou subfórmulas (*intolerância* e *negação*). A *fórmula da intolerância* se dá pela afirmação de que as leis positivas perdem sua validade jurídica quando sua contradição com a justiça se dá em medida insuportável. A *fórmula da negação* surge com a idéia de que as leis que negam, de forma consciente, a igualdade, núcleo da justiça, perdem sua própria natureza jurídica (ALEXY, 2004, p. 228).

Enquanto a fórmula da intolerância, que é a mais aplicada pela jurisprudência, possui um caráter objetivo, pois aplica a fórmula da injustiça, a fórmula da negação possui um caráter subjetivo, pois diz respeito aos propósitos e às intenções do legislador. Por esta diferença, Robert Alexy assinala que é possível imaginar casos em que ambas as fórmulas levem a resultados diferentes. Por exemplo, um legislador que busca a igualdade e, entretanto, leva a cabo uma injustiça insuportável, e outro que deseja realizar o injusto, mas não o faz na medida do insuportável.

Em regra, ao se falar de uma *injustiça insuportável*, deveriam coincidir resultado e intenção, podendo-se falar, então, de uma sobreposição (*overlapping*) de ambas as fórmulas. Todavia, Robert Alexy entende que a fórmula radbruchiana pressupõe um direito suprapositivo, no sentido de que a aplicação da fórmula conduz a uma fundamentação que se utiliza de princípios jurídicos que não estão positivados (ALEXY, 2004, p. 217).

Em outras palavras, para Robert Alexy, a característica de destaque da fórmula radbruchiana é que esta não exige uma coincidência completa entre direito e moral, uma vez que permite que o direito positivado e eficaz seja válido mesmo que seu conteúdo seja injusto; já Gustav Radbruch não exige uma orientação da totalidade do direito à moral, mas, sim, incorpora ao direito um limite externo (ALEXY, 2004, p. 228-229).

Enquanto os positivistas (que adotam a teoria da separação entre direito e moral) trabalham com um conceito de direito baseado somente na legalidade conforme o ordenamento e na eficácia social, sendo indiferente o conteúdo do direito, como o prova a célebre frase de Hans Kelsen, "*portanto, qualquer conteúdo pode ser direito*" (ALEXY, 2004, p. 229); os não positivistas que seguem a fórmula radbruchiana permanecem adotando a legalidade segundo o ordenamento e a eficácia social, entretanto, incorporarão um terceiro elemento ao seu conceito de direito, qual seja, a correção material do conteúdo como critério limitativo.

O abandono do positivismo em sentido axiológico teve como consequência mais radical a doutrina da subordinação da lei à justiça. No “Quinto minuto de Filosofia do Direito”, escrito por Gustav Radbruch, temos que:

Há também princípios fundamentais de todo direito que são mais fortes do que todo e qualquer preceito jurídico positivo, de tal modo que toda lei que os contrarie não poderá deixar de ser privada de validade. Há quem lhes chame direito natural e quem lhes chame direito racional. Sem dúvida, tais princípios acham-se, no seu pormenor, envoltos em graves dúvidas. Contudo, o esforço de séculos conseguiu extrair deles um núcleo seguro e fixo, que reuniu nas chamadas declarações de direitos do homem e do cidadão, e fê-lo com um consentimento de tal modo universal que, com relação a muitos deles, só um sistemático cepticismo poderá levantar dúvidas (RADBRUCH, 1974, p. 474).

De tal maneira, Gustav Radbruch atinge o ponto máximo de seu racionalismo com a afirmativa conclusiva de que os direitos humanos estão abrigados em normas supra-estatais, a que qualquer Direito Positivo deve se coadunar, sob pena de ser considerado inválido.

Por fim, Gustav Radbruch critica a ordenação jurídica nazista com fulcro na respeitabilidade e imposição forçadas dos valores jurídicos e dos direitos humanos supra-estatais, os quais afastam de vez qualquer pretensão positivista de justificar todo totalitarismo. Ainda assim, a priorização material da justiça na segunda fase do pensamento radbruchiano foi uma necessidade histórica e social de honorabilidade aos direitos humanos a partir do reconhecimento de que só a justiça e o conjunto dos Direitos Humanos postos como prioridade efetivada pelo Estado, seriam capazes de realizar a correta aceção dos direitos humanos que deveriam ser positivados como fundamentais (legais) garantidos às pessoas humanas.

9 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em resumo, a fórmula radbruchiana, que foi criada na tentativa de superar a separação entre direito e moral, defendida pelo positivismo, bem como o conflito entre as posições estanques deste e do direito natural, adquire importância na medida em que se refere aos casos em que não se pretende alcançar a justiça, nos quais a igualdade, que constitui a medula da justiça, é negada claramente pelo direito positivo.

Nesses casos, não somente o direito é injusto, mas também carece de qualquer natureza jurídica, isto é, as leis de conteúdo muito injusto, mesmo que vigentes pelos critérios do ordenamento jurídico a que pertencem, perdem sua natureza jurídica, ou seja, deixam de ser direito. Disso resulta que a modificação no *status* da lei não se dá na vigência, mas, sim, na validade. Desta maneira, conclui-se que a *injustiça extrema* não é direito.

O ideal jurídico é ideal para o direito, e mais ainda para o direito de uma determinada época, de um determinado povo e para relações sociológicas e históricas muito específicas. Robert Alexy, através do seu conceito de direito, tem a pretensão de superar o modelo positivista da tese da separação total entre direito e moral e, para tanto, acrescenta aos já conhecidos elementos da legalidade conforme o ordenamento e da eficácia social, um novo e terceiro elemento, que possibilita a correção material do conteúdo jurídico, uma vez que o direito será permeado por elementos morais.

Independente do motivo escolhido, o qual não se tem aqui a pretensão de identificar, o tema em questão é, com absoluta certeza, um dos mais importantes trabalhos jurídicos do século XX e merece ser estudado em profundidade, como estudiosos de todo o mundo (à infeliz exceção do Brasil) têm feito há mais de meio século. De nossas considerações resultou que a justiça é a ideia específica do direito, suficiente para desenvolver o seu conceito, mas que, assim mesmo, a ideia de direito não se esgota na justiça, vai muito além do seu próprio horizonte.

REFERÊNCIAS

- ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 1997.
- ALEXY, Robert. **The argument from injustice**. A reply to legal positivism. New York: Oxford University Press, 2002.
- ALEXY, Robert. **La decision del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del Muro de Berlín**. Buenos Aires: La Ley, 2004.
- ALEXY, Robert. **Una defensa de la fórmula de Radbruch**. Buenos Aires: La Ley, 2004.
- ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 3. ed., 2011.
- ALMEIDA, Custódio Luís Silva de; FLICKINGER, Hans-Georg; ROHDEN, Luiz. **Hermenêutica filosófica**: nas trilhas de Hans-Georg Gadamer. Porto Alegre: Edipucrs, 2000.
- ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução: Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2004.
- BAHIA, Charles Nunes. **Positivismo jurídico e nazismo**: a superação do mito. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13626>. Acesso em: 27 jan. 2013.
- BENTIVOGLIO, Julio. Cultura política e historiografia alemã no século XIX: a escola histórica Prussiana e a *historische Zeitschrift*. **Revista de Teoria da História**, ano 1, n. 3, junho de 2010. Disponível em: <http://revistadeteoria.historia.ufg.br/uploads/114/original_artigo%202__bentivoglio.pdf?1325259083>. Acesso em: 15 dez. 2013.
- BOURDIEU, Pierre. **Distinction**: a social critique of the judgement of taste. Londres: Routledge and Kegan Paul, 1979.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ELIAS, Norbert. **Os alemães**: a luta pelo poder e a evolução dos habitus nos séculos XIX e XX. Rio de Janeiro: Zahar, 1997.

ELIAS, Norbert. **Zum Begriff des Alltags**. Kurt Hammerich e Michael Klein (orgs.), *Materialien zur Soziologie des Alltags*, Colônia: Westdeutscher Verlag, 1978.

FEST, Joachim C. **Hitler**. Trad. Analúcia Teixeira Ribeiro. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2005, v. 1 e 2.

FREITAS, Juarez. **A substancial inconstitucionalidade da lei injusta**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1989.

FULBROOK, Mary. **História concisa da Alemanha**. Trad. Bárbara Duarte. São Paulo: Edipro, 2012.

GADAMER, Hans-Georg. **O problema da consciência histórica**. Org. Pierre Fruchon. Trad. Paulo César Duque Estrada. 3ª ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

HALDEMANN, Frank. **Gustav Radbruch vs Hans Kelsen**: a debate on Nazy Law. Ratio Juris, Oxford, v. 18, n. 2, 2005.

HART, Herbert L. A. **O Conceito de Direito**. 3. ed. Lisboa: Gulbenkian, 2001.

HEIDEGGER, Martin. **Carta sobre o Humanismo**. São Paulo: Centauro, 2005.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KAUFMANN, Arthur. **Derecho, moral e historicidad**. Madrid: Marcial Pons, 2002.

KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do direito**. Lisboa: Gulbenkian, 2004.

KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Orgs.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Lisboa: Gulbenkian, 2002.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 7. ed., 2007.

MUNHOZ, Wellington Daniel. **A Teoria Pura do Direito e a Lei da Cidadania do Reich**. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1615>. Acesso em: 25 jan. 2014.

QUINTÃO SOARES, Mário Lúcio. **Direitos Fundamentais e Direito Comunitário**: por uma metódica de direitos fundamentais aplicada às normas comunitárias. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

RADBRUCH, Gustav. **Arbitradriedad legal y derecho supralegal**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1962.

RADBRUCH, Gustav; SCHMIDT, Eberhard; WELZEL, Hans. **Derecho injusto y derecho nulo**. Iniciación jurídica. Madrid: Aguilar, 1971.

RADBRUCH, Gustav. **El hombre em el derecho**. Buenos Aires: Depalma, 1980.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. Trad. de Luís Cabral de Moncada. Portugal, Coimbra: Armênio Amado, 1974.

RADBRUCH, Gustavo. **Introdução à Ciência do Direito**. Tradução Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

SANCHÍS, Luis Pietro. **Tribunal constitucional y positivismo jurídico**. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, n. 23, 2000.

SEOANE, José Antonio. La doctrina clásica de Lex Injusta y la Fórmula Radbruch. Un ensayo de comparación. In: VIGO, Rodolfo Luis. **La injusticia extrema no es derecho (De Radbruch a Alexy)**. Buenos Aires: La Ley, 2004.

TUGENDHAT, Ernst. **O problema da moral**. Porto Alegre: Edipucrs, 2003.

VÁZQUEZ, María Isabel Azaretto. Prólogo. In: RADBRUCH, Gustav. **Arbitradriedad legal y derecho supralegal**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1962.

VIGO, Rodolfo Luis. **La injusticia extrema no es derecho (De Radbruch a Alexy)**. Buenos Aires: La Ley, 2004.