

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

Cynthia Pereira de Araújo

O PAPEL DO NAZISMO NA DEFINIÇÃO DO NÃO-POSITIVISMO JURÍDICO

Belo Horizonte
2013

Cynthia Pereira de Araújo

O PAPEL DO NAZISMO NA DEFINIÇÃO DO NÃO-POSITIVISMO JURÍDICO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Teoria do Direito.

Orientador: Prof. Dr. Alexandre Travessoni Gomes
Trivisonno

Belo Horizonte
2013

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

A663p Araújo, Cynthia Pereira de
O papel do nazismo na definição do não-positivismo jurídico / Cynthia Pereira de Araújo. Belo Horizonte, 2013.
138f.

Orientador: Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno
Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Positivismo jurídico. 2. Direito. 3. Moral. 4. Nazismo. I. Trivisonno, Alexandre Travessoni Gomes. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

SIB PUC MINAS

CDU: 340.12

Cynthia Pereira de Araújo

O PAPEL DO NAZISMO NA DEFINIÇÃO DO NÃO-POSITIVISMO JURÍDICO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Prof. Dr. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno (Orientador) – PUC Minas

Prof. Dr. Fernando José Armando Ribeiro – PUC Minas

Profa. Dra. Elza Maria Miranda Afonso – UFMG

Prof. Dr. Jean-Christophe Merle – Universität des Saarlandes

Belo Horizonte, 17 de junho de 2013.

*A minha mãe Ana Aurora,
meu pai Araújo,
minha irmã Marcella e
meu eterno namorado Daniel,
que dividem o meu amor.*

AGRADECIMENTOS

A minha mãe, que, por continuar aqui, torna tudo possível.

Ao meu pai, que não sabe a falta que me faz.

Ao Daniel, pelo amor que faz tudo valer a pena, pela intolerável tolerância e pelas intermináveis leituras. Porque quando parecia que tudo ia desabar, fazia-me ter certeza de que tudo ia continuar de pé, como, afinal, fazem os anjos em geral.

A minha irmã, que além de ser a minha irmã, leu pacientemente cada palavra e me fez rir nas horas mais difíceis.

Ao Professor Alexandre T. G. Trivisonno, que há mais de dez anos comigo divide, com a maior generosidade que eu conheço, o seu infinito conhecimento e a sua também infinita amizade.

À titia Aurora e à Rainha, que deixaram tudo bem.

Ao Henrique, pela amizade incondicional, uma das melhores coisas que o mestrado me proporcionou.

A Li e ao Mateus, pelo carinho neste e em todos os outros momentos.

Ao Fernando, por me ceder a sua inteligência e a sua biblioteca.

Aos meus colegas do mestrado, especialmente a Bárbara, a Ju, o Dudu, o Hugo e o Gilberto, que dividiram comigo as alegrias e as angústias de permanecer na vida académica.

Aos professores Júlio Aguiar, Fernando Armando Ribeiro, Lucas Gontijo e Antônio Marçal, e às Professoras Elza Afonso e Lucia Massara, que tiveram especial importância para que meu texto seguisse os caminhos que seguiu.

A Gra, Inês, Lu, Eleane, Silvana, Fabrício e Rodrigo e a todos os meus queridos amigos da AGU, que acreditaram em mim, mesmo quando tudo parecia tão improvável.

À Professora Leila Brito, pela paciência e pela cuidadosa revisão.

*Mas não isso. Isso era algo totalmente diferente.
Pessoalmente, eu poderia aceitar todo o resto.
(ARENDT, 2008, p. 44).*

RESUMO

O principal ponto de divergência entre Positivismo Jurídico e Não-Positivismo Jurídico refere-se à existência ou não de uma conexão necessária entre Direito e Moral. Para comprovar o acerto da tese da conexão, os autores não-positivistas referem-se às atrocidades nazistas que teriam tido amparo jurídico. Se não pode justificar a conexão em si, o exemplo nazista pode colaborar na delimitação de um conteúdo para o que Alexy, apoiando-se em Radbruch, denomina “extrema injustiça”, tornando o Não-Positivismo uma alternativa viável ao Positivismo Jurídico. Mas a fim de que, mais do que viável, seja a concepção não-positivista preferível à positivista, a discussão precisa prosseguir, com a delimitação do alcance dos efeitos de sua adoção.

Palavras-chave: Positivismo Jurídico. Não-Positivismo. Direito. Moral. Extrema Injustiça.

ABSTRACT

The main point of divergence between Legal Positivism and Non-Positivism refers to the existence or not of a necessary connection between Law and Morality. To prove the correctness of the connection thesis, the non-positivist theorists refer to the Nazi atrocities that would have had legal support. Though unable to justify the connection itself, the Nazi example can collaborate with the delimitation of content for what Alexy, relying on Radbruch, calls “extreme injustice”, turning Non-Positivism in a viable alternative to Legal Positivism. But in order to the non-positivist concept of law can be preferable to Legal Positivism, more than viable, the discussion needs to continue, with the determination of the scopes of the effects of its adoption.

Key-Words: Legal Positivism. Non-Positivism. Law. Morality. Extreme Injustice.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	19
1.1 A relação entre o Direito e a Moral	19
1.2 Estrutura	21
 2 O POSITIVISMO JURÍDICO E O NÃO-POSITIVISMO JURÍDICO	22
2.1 O Positivismo Jurídico	26
2.1.1 <i>Hans Kelsen</i>	28
2.1.2 <i>Herbert Hart</i>	31
2.1.3 <i>Joseph Raz</i>	34
2.1.4 <i>Linhas gerais sobre o Positivismo Jurídico</i>	36
2.2 O Não-Positivismo Jurídico	39
2.2.1 <i>Robert Alexy</i>	40
2.2.2 <i>Gustav Radbruch</i>	45
2.2.3 <i>Ronald Dworkin</i>	48
2.2.4 <i>Linhas gerais sobre o Não-Positivismo Jurídico</i>	50
2.3 Síntese	51
 3 NAZISMO, NÃO-POSITIVISMO E EXTREMA INJUSTIÇA	52
3.1 O Direito nazista	52
3.1.1 <i>Composição do ordenamento jurídico nazista</i>	53
3.1.2 <i>Conteúdo de alguns dos principais atos normativos</i>	57
3.1.3 <i>Barbárie jurídica</i>	64
3.2 Existe Não-Positivismo sem referência ao nazismo?	65
3.2.1 <i>Robert Alexy</i>	66
3.2.2 <i>Gustav Radbruch</i>	70
3.2.3 <i>Lon Fuller</i>	72
3.2.4 <i>Ronald Dworkin</i>	75
3.2.5 <i>Nazismo e Não-Positivismo: causa incorporada ao conceito</i>	78
3.3 A extrema injustiça	79
3.3.1 <i>Delimitação da tese da conexão</i>	79
3.3.2 <i>A extração de um conteúdo normativo a partir de um acontecimento histórico</i>	81
3.3.3 <i>Um conteúdo objetivo para a extrema injustiça</i>	82
 4 A ESCOLHA DE UMA TEORIA	98
4.1 Segurança jurídica	98
4.1.1 <i>A importância da segurança jurídica</i>	98
4.1.2 <i>O real papel da segurança jurídica</i>	100
4.1.3 <i>Ampliação do conceito de segurança jurídica</i>	103
4.2 A necessidade de recurso ao consenso	107
4.3 A escolha de uma teoria	118
 5 CONCLUSÃO	130
 REFERÊNCIAS	134

1 INTRODUÇÃO

1.1 A relação entre o Direito e a Moral

Como bem percebido por Hart (2009, p. 1), poucas indagações acerca da sociedade humana são formuladas com tanta persistência e respondidas de formas tão diversas quanto a pergunta “O que é o direito?”.

Segundo Alexy (2007, p. 37), o recente debate entre autores de língua inglesa acerca do conceito e da natureza do Direito tem produzido diversas teorias que demonstram que este é um assunto muito mais complexo do que se acreditava.

Este é um estudo sobre o conceito de Direito, sobre quais elementos precisam estar necessariamente presentes, para que se possa considerar “Direito” um determinado conjunto de normas. É sobre isso que divergem positivistas e não-positivistas. Concordando as duas correntes acerca dos demais elementos necessários ao conceito – legalidade e eficácia –, tem razão Alexy (2009, p. 3) ao afirmar que “o principal problema acerca do conceito de direito é a relação entre direito e moral”.

A discussão sobre a necessidade de o conteúdo jurídico identificar-se com o conteúdo moral intensificou-se nos anos posteriores à Segunda Guerra Mundial, em razão dos atos praticados, especialmente, pela Alemanha nazista, em que a situação fática de barbárie tinha amparo normativo. Passou-se a rejeitar a ideia difundida por Kelsen (1998, p. 1) de que o estudo do Direito não deveria extrapolar o seu objeto, culpando-se o Juspositivismo, em grande medida, pela impotência dos juristas ante iniquidades tão manifestas que, todavia, não deixavam de ser jurídicas. Implicitamente, reconheceu-se que haveria meios de defesa ante aqueles abusos, acaso se pudesse pensar que as normas postas pelo regime totalitário não eram efetivas normas ou que eram inválidas. Em síntese, imputou-se ao Direito grande parte da responsabilidade pelos atos praticados em sua conformidade, ainda que sem se discutir, com profundidade, se esta conformidade era determinante ou indiferente à efetiva prática.

Este introito é importante para que se analise, da maneira menos passional possível, em primeiro lugar, se a ocorrência do nazismo, por si, justifica a inclusão do elemento moral no conceito de Direito e, em segundo, se esta inclusão pode realmente contribuir, de alguma forma, para que atos como os praticados durante a Segunda Guerra Mundial não aconteçam novamente.

O primeiro questionamento decorre da constatação de que os não-positivistas recorrem ao nazismo como exemplo justificador da necessidade de inclusão do elemento moral no conceito de Direito, ao passo em que alguns positivistas o utilizam para justificar precisamente o contrário.

Realmente, enquanto Alexy esclarece a injustiça legal à luz de uma decisão proferida pelo Tribunal Constitucional Federal alemão que julgou nulo o 11º Decreto da Lei de Cidadania do Reich, por infringir princípios fundamentais da justiça (ALEXY, 2009, p. 7-8), Hart menciona os tribunais alemães do pós-guerra para justificar que as questões sobre moral e justiça não podem ser resolvidas pela recusa definitiva em se reconhecerem como válidas as leis injustas (HART, 2009, p. 272-273).

Todavia, se para o Juspositivismo o exemplo nazista afigura-se como apenas mais uma razão de negativa da vinculação necessária entre Direito e Moral, o mesmo exemplo, sob um primeiro olhar acerca das justificativas do Não-Positivismo Jurídico¹, parece ser a razão determinante para se defender esta vinculação. Buscar-se-á, então, neste estudo, a confirmação de que o pressuposto básico não-positivista, a vinculação necessária entre Direito e Moral, justifica-se precipuamente na ocorrência do nazismo, cujas características concretas são incorporadas no próprio plano conceitual do Não-Positivismo. E, em assim se confirmando, buscar-se-á testar a subsistência do postulado sem que seja possível o recurso ao exemplo nazista, principalmente porque, ainda que reconhecido como objetivamente injusto o regime totalitário alemão adotado durante a II Guerra Mundial, a existência de um episódio jurídico na história da Humanidade cuja injustiça é impassível de dúvida não identifica, por si, outras situações jurídicas objetivamente injustas.

Assim, se o nazismo, por si, não tiver o condão de justificar a tese da conexão, será válido analisar se, extraindo-se este exemplo de suas razões, estas ainda subsistirão ou, ao contrário, as doutrinas não-positivistas sofrerão um déficit de justificação. Ademais, é válido analisar de que forma a inclusão do elemento moral no conceito de Direito compromete a segurança jurídica, bem como se há uma solução para tanto.

Por fim, estabelecidos todos os pressupostos que permitem identificar as vantagens do Não-Positivismo frente ao Positivismo Jurídico, pretende-se verificar se a sua adoção é capaz de impedir ou, ao menos, evitar a ocorrência de novos episódios objetivamente injustos, e qual o preço a se pagar por isso.

¹ Daqui em diante, utilizar-se-á apenas “Não-Positivismo”.

1.2 Estrutura

A fim de que este estudo seja o mais coerente possível, sua organização é estabelecida mediante a superação de etapas.

No primeiro capítulo, estabelece-se o sentido próprio conferido ao vocábulo “Não-Positivismo”, bem como se demonstra de que forma a relação entre Direito e Moral é abordada por este, em contraposição ao Positivismo Jurídico.

O segundo capítulo é composto de três partes. Inicialmente, comprova-se que os atos tão cruéis praticados durante o nazismo tinham, de fato, amparo jurídico. Para essa comprovação, fez-se necessária a leitura de diversos atos normativos promulgados no período de 1933 a 1945, o que foi possível por meio da leitura integral do volume III da coletânea “Julgamentos de Criminosos de Guerra perante os Tribunais Militares de Nuremberg sob a Lei nº 10 do Conselho de Controle”², também chamada de “A Série Verde”³ (MILITARY LEGAL RESOURCES, 2010).

A seguir, busca-se demonstrar o exemplo nazista como elemento definidor da tese da conexão nas concepções não-positivistas e consigna-se o conceito de “extrema injustiça” retirado das obras de Alexy e Radbruch como fio condutor do estudo.

Por fim, admitida a possibilidade de se pensar o Não-Positivismo à luz do nazismo, propõe-se um conteúdo para a “extrema injustiça”. Esse conteúdo é constituído de uma máxima, que possui um núcleo fechado, no sentido de que o homem deve viver, e um núcleo flexível, no sentido de que o homem deve viver de determinada forma.

No terceiro e último capítulo, questiona-se a perda de segurança jurídica admitida pelo Não-Positivismo, sugerindo-se a ampliação do seu conceito, de forma a permitir sua melhor justificação. Em seguida, observam-se as consequências da adoção da concepção não-positivista, indicando-se o caminho a ser tomado para a continuidade da discussão.

² No original, *Trials of War Criminals before the Nuernberg Military Tribunals under Control Council Law nº 10*. Todas as traduções apresentadas neste estudo foram feitas por esta autora, e todos os textos originais que foram traduzidos estão transcritos nas notas de rodapé.

³ *The Green Series*.

2 O POSITIVISMO JURÍDICO E O NÃO-POSITIVISMO JURÍDICO

Como bem resume Radbruch (2010, p. 25), a Filosofia do Direito foi, desde seus primórdios até o início do século XIX, a “doutrina do Direito Natural”. Por “Direito Natural”, entendeu-se, na Antiguidade, o direito que se extraía da natureza; na Idade Média, o direito divino; e na modernidade, o direito retirado da razão. Todos esses direitos têm em comum a característica de representarem o conteúdo essencialmente correto, no sentido de justo, com o qual deve se conformar o Direito Positivo.

Segundo Radbruch (2010), o Direito Natural, em todas as suas formas, oferece juízos de valor jurídico que são determinados quanto ao conteúdo, e que, independente de sua fonte – natureza, revelação ou razão – têm validade geral e são invariáveis. Além disso, o Direito Natural é acessível ao conhecimento e, uma vez conhecido, tem primazia sobre o Direito Positivo (RADBRUCH, 2010, p. 25-26).

Por esta razão, diz-se que as correntes jurídicas jusnaturalistas defendem o dualismo, ou seja, a existência de um Direito Natural e de um Direito Positivo. O Positivismo Jurídico, por sua vez, opõe-se ao Jusnaturalismo, negando a existência de um segundo Direito além do Positivo.

O Positivismo Jurídico, como conjunto de doutrinas que estudam o Direito sob a ótica positivista e sob a denominação “Juspositivismo”, surge no século XIX, apesar de uma maior atenção ao Direito Positivo encontrar adeptos desde a Antiguidade, como demonstra Mata Machado (1995):

E, no tocante às tentativas de, à custa ou não do direito natural, construir-se uma ciência do Direito Positivo, cabe o nome de ‘positivistas’ aos sofistas da geração imediatamente anterior a Sócrates, aos epicuristas, aos glosadores, a Hobbes e Thomasius, assim como Savigny, Von Jhering e Austin, e ainda aos ‘exegetas’ franceses, autores que precederam o positivismo às vezes de séculos ou, quanto aos últimos citados, contemporâneos do positivismo filosófico. (MATA MACHADO, 1995, p. 143).

Ao contrário das doutrinas do Direito Natural, o Juspositivismo imputou a justificação e a consequente validade do Direito a aspectos não materiais. Como restará demonstrado a seguir, por esta, dentre outras razões, foi acusado de facilitar a aceitação dos regimes totalitários, que se impuseram na primeira metade do século XX.

Em razão disso, o ambiente do pós-guerra sugeriu que o Juspositivismo cedesse espaço para o retorno do Jusnaturalismo. A forte rejeição à ideia de que “qualquer conteúdo pode ser jurídico”, que predominou ao fim da Segunda Guerra Mundial,

promoveu a retomada de critérios materiais de validade do Direito. O “retorno ao Jusnaturalismo” encontrou óbices, todavia, no cada vez mais intenso multiculturalismo e no majoritariamente consagrado monismo jurídico, compreensão de que existe apenas um Direito, o Direito Positivo.

Como explica Dimoulis (2006), todavia,

o acordo geral sobre o monismo jurídico não significa que os autores contemporâneos concordem em todos os pontos cruciais de definição do direito. Como veremos, a derrota do dualismo jurídico não eliminou as referências à influência da moral e das ideias sobre o justo no debate acerca da definição e das características do direito moderno. (DIMOULIS, 2006, p. 83).

Esse “acordo geral sobre o monismo jurídico” fez inaugurar, gradativamente, uma terceira forma de se pensar o Direito. A emergência do que se convencionou chamar de “Não-Positivismo” atendeu tanto às demandas pela busca de um fundamento de validade material para o Direito, quanto à renúncia à existência de um Direito Natural posicionado acima do Direito Positivo.

A despeito de a própria nomenclatura “Não-Positivismo”, adotada neste trabalho, ser retirada de Alexy (2009) e de, no entendimento deste autor, esta forma de estudar o Direito compreender concepções doutrinárias anteriores à Segunda Guerra Mundial (ALEXY, 2010, p. 176), e, portanto, jusnaturalistas, nota-se que sua própria teoria volta-se para as concepções posteriores a esta. De fato, Alexy (2009, p. 4) afirma que “nenhum não-positivista que deva ser levado a sério exclui do conceito de direito os elementos da legalidade conforme o ordenamento e da eficácia social”, ao mesmo tempo em que descreve esses elementos como “elementos de definição” do Positivismo (ALEXY, 2009, p. 15).

Ao menos por uma razão, seria possível dizer que essa afirmação equivale ao reconhecimento de que as teorias não-positivistas – ao menos as que devam ser levadas a sério – surgem após a Segunda Guerra Mundial. Se é possível dizer que o Não-Positivismo exige a consideração dos dois elementos de definição teorizados pelo Positivismo⁴, o primeiro não pode surgir antes do segundo. Neste sentido, considerando-se o lapso temporal decorrido entre o advento do Juspositivismo e o pós-guerra, não haveria muitos nomes de relevância a representarem o Não-Positivismo.

⁴ Alguém poderia dizer que esses elementos já estavam presentes desde antes do advento do Positivismo Jurídico, mas isto é, no mínimo, reduzir drasticamente a sua importância e, certamente, esvaziar todas as discussões existentes acerca do impacto da escolha da teoria jurídica.

Mesmo que assim não se admita, ainda é possível delimitar a concepção não-positivista que será tratada neste trabalho como a doutrina ao mesmo tempo não-jusnaturalista e, literalmente, não-positivista, que surge no período do pós-guerra e vem se desenvolvendo desde então. Neste sentido, poder-se-ia considerar o vocábulo “Não-Positivismo” como um gênero, que admite as espécies “Não-Positivismo em sentido estrito” e Jusnaturalismo. Desta forma, o que será considerado como “Não-Positivismo” neste trabalho é apenas o “Não-Positivismo em sentido estrito” que, por excluir as concepções jusnaturalistas, refere-se apenas às teorias existentes após a Segunda Guerra Mundial.

O advento desse Não-Positivismo – aqui considerado, portanto, como terceira forma de compreender o fenômeno jurídico – não acarretou no abandono do Positivismo Jurídico, como muitos anunciaram que ocorreria. Realmente, se o Positivismo Jurídico estivesse desacreditado, não se escreveriam livros inteiros para refutá-lo, ou nas palavras de Raz (2009, p. 313), não se “chutaria cachorro morto”.⁵

De fato, “o positivismo jurídico, longe de ter sido superado ou abandonado, encontra-se mundialmente no centro dos debates no âmbito da teoria e da filosofia do direito, havendo nos últimos anos uma profusão de publicações e debates” (DIMOULIS, 2006, p. 59).

Da mesma forma, o Não-Positivismo incipiente desenvolve-se com rapidez, especialmente ante os combates diretos que trava com o Juspositivismo. É relevante notar que, em um momento inédito para o Direito, a facilidade de comunicação permite, diferentemente de outros tempos, que autores vivos respondam constantemente às críticas de seus opositores.

Exatamente por isso, analisar o que são o Positivismo e o Não-Positivismo, ao mesmo tempo que desafiador, é essencial para que se tracem as razões pelas quais uma ou outra corrente merece preferência na conceituação do Direito.

Tendo em vista os diversos aspectos importantes presentes nas doutrinas de ambas as correntes jurídicas, o objeto deste capítulo, considerando-se os objetivos do presente estudo, é apresentar o ponto crucial de embate entre Juspositivismo e Não-Positivismo: a vinculação necessária ou não entre Direito⁶ e Moral.

⁵ After all why flog a dead horse?

⁶ Ressalvadas as transcrições literais, utilizar-se-á a palavra “Direito” com inicial em letra maiúscula, quando se estiver referindo ao seu conceito ou ao Direito Positivo, utilizando-se a palavra “direito” com inicial em letra minúscula ao se referir ao direito subjetivo.

Como afirma Raz (1999, p. 163), dada a importância do Direito, não causa surpresa que a relação entre Direito e Moral tenha sido sempre considerada como uma das principais preocupações da teoria jurídica.

Assim, faz-se mais importante, segundo Dimoulis (2006, p. 185), “discutir sobre a tese da separação entre o direito e a moral no âmbito da reflexão sobre as condições de validade do sistema jurídico, isto é, no nível de definição do direito objetivo”.

Se a doutrina positivista estiver certa, a norma jurídica, independentemente de seu conteúdo, é objeto de aplicação jurídica; se a doutrina não-positivista prevalecer, a norma, ainda que tendo atendido aos requisitos formais de validade, pode não alcançar o seu *status* jurídico por ausência de conformação moral mínima.

A definição do que é Direito, certamente, é o primeiro passo da aplicação jurídica. Se a determinada norma, abstratamente regente do caso concreto, nega-se o caráter jurídico, como pretende o Não-Positivismo em razão de determinados tipos de incorreção moral, a aplicação jurídica se inicia por sua desconsideração. Se, ao contrário, resta admitida a sua condição de norma jurídica, a aplicação parte exatamente de sua pertinência ao caso *sub judice*, o que envolve os métodos interpretativos do Direito e a argumentação jurídica.

O objeto deste estudo, ou seja, o ponto crucial de embate entre Juspositivismo e Não-Positivismo, é apenas o primeiro passo desta discussão, não obstante haver autores, como Dworkin (2010), a defender que a própria definição do Direito exige a consideração dos passos seguintes. Entende-se, todavia, que tal argumentação adequa-se mais ao sistema jurídico anglo-saxão. No sistema romano-germânico, priorizado neste estudo, a aplicação do Direito exige, antes, a definição do que é o Direito válido e, assim, suscetível de aplicação.

A conexão necessária afirmada entre Direito e Moral pelo Não-Positivismo de Robert Alexy (2009) e a sua ausência no Positivismo de Herbert Hart (2009), por exemplo, são vistas, primeiramente, da perspectiva da existência do Direito, no sentido de que é ou não Direito aquela norma que consagrou defeito insanável do ponto de vista da Moral.

Uma vez que se tem por válido o Direito Positivo – como norma ou sistema –, sua aplicação pode ensejar a discussão sobre se as decisões concretas do órgão julgador podem ou não incluir a análise de aspectos morais. Essa questão é da maior importância, mas a relação entre o Direito e a Moral, neste ponto da aplicação e argumentação jurídicas, exige o estudo de pressupostos que ultrapassam os limites desta pesquisa.

2.1 O Positivismo Jurídico

O que recebe o nome de Positivismo Jurídico não é uma corrente doutrinária una e homogênea, mas uma infinidade de teorias diferentes em aspectos essenciais. Segundo Alexy (2009), tendo em vista que os elementos que integram o conceito de Direito para tais teorias podem não apenas ser combinados de diversas maneiras, como também ser interpretados de diferentes modos, “existe uma pluralidade quase inabarcável de conceitos positivistas de direito” (ALEXY, 2009, p. 17).

Desta forma, a fim de que a análise do Positivismo Jurídico atenda aos objetivos traçados para este estudo, serão abordados em maior profundidade apenas os juspositivistas mais importantes da História do Direito, Hans Kelsen (1998) e Robert Hart (2009), e um dos principais representantes desta doutrina na atualidade, Joseph Raz (2009). Ademais, concentrar-se-á o estudo na separação entre Direito e Moral que, para Kelsen, é a mais importante consequência do Positivismo Jurídico (KELSEN, 1965⁷, *apud* DIMOULIS, p. 105, 2006), mesmo porque, segundo Alexy (2009, p. 24), esta é a única tese comum às posições positivistas do Direito.

É importante ressaltar, primeiramente, que o Positivismo Jurídico surge da oposição à concepção jusnaturalista. Como se sabe, o Jusnaturalismo é caracterizado por um dualismo fundamental, qual seja, a contraposição entre Direito Positivo e Direito Natural. Acima do Direito Positivo, imperfeito, existe um Direito Natural, perfeito, porque absolutamente justo. Desta forma, o Direito Positivo é justificado e válido apenas quando corresponde ao Direito Natural (KELSEN, 2001, p. 142).

Para o Juspositivismo, por sua vez, só existe um Direito, o Direito Positivo, cujo conteúdo, a não ser que ressaltado pelas próprias normas, não tem limitações de ordem material. Assim, a negativa do Direito Natural por parte do Juspositivismo decorre da convicção de que existe apenas um único Direito, o Direito Positivo, posto e imposto (DIMOULIS, 2006, p. 68), e de que a validade do Direito não se confunde com a justiça de seu conteúdo.

A primeira manifestação neste sentido é atribuída a Austin (1995) que, segundo Friedmann⁸ citado por Hart (1958, p. 594), inaugurou a “era do Positivismo Jurídico”. Tem-se que Austin (1995, p. 157) foi o primeiro jurista a efetivamente teorizar o

⁷ KELSEN, Hans. Was ist juristischer positivism? *Juristenzeitung*, n. 15-16, p. 465-469, 1965, p. 468.

⁸ FRIEDMANN, Wolfgang. *Legal theory*. 3. ed. London: Stevens, 1953, p.154, 294-295.

afastamento da doutrina jusnaturalista, ao dizer que a existência da lei não se confunde com seu mérito ou demérito.

Para Austin (1995), do mero fato de uma norma jurídica violar a moral não decorre a consequência de que não seja uma norma (HART, 1958, p. 599). Esta afirmação justifica a tese da separação entre o Direito e a Moral, que será, então, desenvolvida por todos os juspositivistas sob diversos e distintos fundamentos, concordando, todavia, com a associação desta Moral à justiça, pois, conforme Kelsen (1998, p. 67), “na medida em que a Justiça é uma exigência da Moral, na relação entre a Moral e o Direito está contida a relação entre a Justiça e o Direito”.

A Moral pode ser definida como o conjunto de convicções que têm por objeto distinguir o bem do mal, orientando o comportamento dos indivíduos em direção ao bem. Pode-se, todavia, atribuir à expressão “sistema moral” três significados: pode se referir à Moral positiva, que vigora em dada sociedade e em determinado momento; à Moral subjetiva e particular de cada indivíduo; ou à Moral universal e imutável (DIMOULIS, 2006, p. 168), no que se equipara ao Direito Natural.

Para Hart (2009, p. 217-218), trata-se de termo consideravelmente impreciso, que pode abranger tanto “princípios imutáveis, parte da tessitura do Universo não criados pelo homem, mas à espera de serem descobertos pelo intelecto humano”, quanto “expressões de atitudes, escolhas, exigências ou sentimentos humanos mutáveis”.

A moral tratada pelos positivistas, quando afirmam não haver conexão necessária entre esta e o Direito é, para alguns autores, a Moral positiva e, para outros, a Moral universal. A moral estritamente subjetiva, por sua própria natureza, não poderia justificar qualquer conteúdo jurídico, já que o Direito dirige-se, essencialmente, às relações intersubjetivas.

A Moral positiva é, no mínimo, insuficiente, por não oferecer critério a garantir que o que se tem por correto em determinada sociedade e em dado período está, de fato, correto. A demonstrar isso, diversos exemplos históricos, tais como a escravidão e a inferiorização da mulher.

A Moral universal, por outro lado, vem sendo rejeitada, nas décadas recentes, pela maioria dos estudiosos. Tem-se teorizado, cada vez mais, a descrença na existência de valores absolutos, objetivos e imutáveis ou, ainda que existentes, refuta-se a possibilidade de seu conhecimento pelo homem, haja vista se vivenciar uma era “multicultural”, em que se consagrou a ideia de que o certo é tolerar as diferenças.

Nota-se, assim, que, ao menos em princípio, qualquer das concepções de Moral justifica a opção juspositivista, por não vincular a validade do Direito ao conteúdo incerto que àquela corresponda.

Realmente, se a Moral que se pode conhecer é subjetiva, histórica ou relativa, a vinculação da validade do Direito à coincidência de seu conteúdo com padrões morais significa reconhecer a ausência de critério seguro de validade. Neste sentido,

Um argumento particularmente difundido tenta justificar a tese da separação, contestando a existência objetiva ou, pelo menos, a universalidade dos imperativos morais. Se não há possibilidade de obter acordo em assuntos morais, nem mesmo entre os membros da mesma sociedade, e se não há procedimento que permita aferir objetivamente o conteúdo e a aceitação dos imperativos morais ‘corretos’, não podemos considerar que o direito depende (ou deve depender) de valores e normas de cunho moral. (DIMOULIS, 2006, p. 185).

Segundo Barzotto (1999, p. 127), por não admitir a possibilidade de fundamento e justificação em valores relativos, o Positivismo Jurídico identifica como elemento central do conceito de Direito a noção de norma⁹. A norma válida é aquela produzida em consonância com as demais normas válidas do ordenamento, e não pela consagração de um conteúdo específico. A pertinência ao sistema jurídico é determinada no interior do próprio sistema, “o que significa dizer que é o direito que determina o que é direito”.

Dentro deste panorama, serão analisadas, partindo dos pressupostos deste estudo, aspectos importantes das teorias de Kelsen, Hart e Raz.

2.1.1 Hans Kelsen

Partindo das premissas de exclusividade do Direito Positivo (inexistência do Direito Natural) e de busca por uma fonte de validade não-material, Kelsen escreve, na década de 1930, a obra *Teoria Pura do Direito*¹⁰, que, segundo ele, “pode ser entendida como um desenvolvimento ou desimplificação de pontos de vista que já se anunciavam na ciência

⁹ O Positivismo surge associado à ideia de legalismo, pretendendo a lei como fonte exclusiva e, portanto, autossuficiente do Direito (BOBBIO, 2006, p. 197). Evolui, todavia, para a aceitação da ideia de “norma”, no lugar de “lei”. De fato, é interessante destacar que se, de um lado, há, sobretudo no século XIX, autores considerados positivistas que defendem uma concepção legalista do Direito, há, de outro, sobretudo no século XX, aqueles que rechaçam praticamente todas as características do legalismo e do mecanicismo. Neste sentido, merecem atenção os nomes de Kelsen e Hart, que falam em “norma” (e não simplesmente em lei) e, além de admitirem o costume e o precedente como fontes do Direito – afastando, portanto, a exclusividade da lei –, não aceitam uma teoria de interpretação mecânica.

¹⁰ A obra utilizada neste estudo refere-se à segunda edição revista e ampliada da *Teoria Pura do Direito*.

jurídica positivista do século XIX” (KELSEN, 1998, p. XII). O autor torna-se, assim, um dos principais juspositivistas – ou o principal juspositivista – da História do Direito.

Kelsen deixa claro que propõe uma teoria “pura” do Direito, por entender que o estudo verdadeiramente científico do fenômeno jurídico não permite sua análise impregnada de elementos sociológicos e políticos que lhe são estranhos (KELSEN, 1998, p. 1). Neste sentido, a definição científica do Direito e, conseqüentemente, seu fundamento de validade não podem levar em consideração preocupações morais referentes à justiça, mas isso, de forma alguma por não serem preocupações legítimas da sociedade, e sim por fugirem ao objeto de estudo da Ciência Jurídica, que tem por finalidade a descrição, e não a prescrição do Direito.

Assim, para Kelsen (1998), a justiça nem sequer é objeto de análise dentro do conceito de Direito que se queira científico. Isso porque a pureza de sua teoria jurídica refere-se exatamente à extirpação, no conceito, da ideologia e da política jurídica, sem o que não se pode falar, em sua opinião, em genuína ciência. Como afirmado pelo próprio autor, importava-lhe explicar não as tendências endereçadas à formação do Direito “mas as suas tendências exclusivamente dirigidas ao conhecimento do Direito, e aproximar tanto quanto possível os seus resultados do ideal de toda a ciência: objetividade e exatidão” (KELSEN, 1998, p. XI).

Ante tais pressupostos metodológicos, Kelsen busca a validação do ordenamento jurídico fora de eventual correspondência material. A sua ideia de que “todo e qualquer conteúdo pode ser Direito” (KELSEN, 1998, p. 221) é uma das manifestações mais claras do marco distintivo do Juspositivismo, a mencionada tese da separação, que se define, em síntese, como a ausência de vinculação (necessária) entre Direito e Moral.

É importante notar que, para Kelsen (1998), como, na verdade, para todos os autores juspositivistas, o conteúdo jurídico *pode*, mas não *precisa* ser moral. Esta aceitação de que o Direito pode ou não ser moral implica duas situações distintas: em primeiro lugar, as normas *podem* ser objeto de avaliação moral, ou seja, pode-se apreciar o seu conteúdo à luz da Moral; além disso, as normas *podem* – como frequentemente fazem – incluir, elas mesmas, a avaliação de elementos morais.

A segunda situação é aceita sem questionamentos por Kelsen (1986), visto que, quando por determinação do próprio Direito, deverá a Moral ser considerada no momento de descrição da norma jurídica. A aplicação da norma, assim, *inclui* – e não *deve incluir* – a apreciação de elementos morais. Todavia, para ele, a necessidade de estudo do Direito

desvinculado de elementos morais é requisito metodológico à própria condição científica da Ciência do Direito. Desta forma, a referida primeira situação não faz parte do âmbito de estudo da *Jurisprudência*, sendo objeto de outras áreas do conhecimento, tais como a Política ou a Sociologia jurídicas.

Portanto, percebe-se em Kelsen (1998) a teorização de duas relações distintas, mas consequentes, entre o Direito e a Moral. A primeira refere-se à necessidade de que a ciência jurídica se abstenha de apreciação moral – ou política, ou sociológica – do Direito, a fim de que seja possível como verdadeira ciência. A segunda complementa que, se a avaliação do conteúdo jurídico não pode ser feita à luz de preceitos de ordem moral, esta não pode interferir na validade das normas jurídicas.

Tais esclarecimentos são importantes, especialmente porque, ao menos durante muito tempo, a grande crítica feita ao Juspositivismo referiu-se à posição de Kelsen (1998) pela “pureza” que entendia necessária a qualquer ciência.

Todavia, independentemente desta posição metodológica de Kelsen pela “pureza”, a análise do conjunto de sua obra – e não apenas da *Teoria Pura do Direito* – permite concluir que uma das principais razões que o levou a defender a ausência de vinculação necessária entre Direito e Moral, no que diz respeito à validade da norma jurídica, relacionava-se, na verdade, ao relativismo moral. O autor rejeitava “o suposto de valores absolutos em geral e de um valor moral absoluto em particular – pois um valor absoluto apenas pode ser admitido com base numa crença religiosa na autoridade absoluta e transcendente de uma divindade” (KELSEN, 1998, p. 72).

Segundo Kelsen, “não existe, e não pode existir, um critério objetivo de justiça, porque a afirmação de que algo é justo ou injusto é um juízo de valor que se refere a um fim absoluto, e esses juízos de valor são, pela sua própria natureza, de caráter subjetivo” (KELSEN, 2001, p. 292-293).

Ele parte da premissa de que os juízos de valor são sempre relativos, visto que apenas válidos para o sujeito que julga. Afirma, também, que a História do conhecimento humano demonstra como têm sido vãos os esforços para se encontrar uma norma absolutamente válida de comportamento justo, ao menos por meios racionais (KELSEN, 2001, p. 5). Segundo ele, a experiência espiritual do passado ensina que a razão humana só é capaz de compreender valores relativos (KELSEN, 2001, p. 23).

Por não acreditar ser possível à razão humana compreender qualquer valor absoluto, Kelsen (2001) atesta que a pretensão de se encontrar uma justiça universal e

objetiva é irracional, pertencente a outro campo de conhecimento, metafísico e transcendente, e não àquele possível ao entendimento racional do homem. À razão, manifestam-se, portanto, diversos ideais de justiça, contraditórios e relativos.

Isso impede, por consequência, que se retire o fundamento de validade do Direito da conformação de seu conteúdo com algum valor de justiça, já que a validade seria, da mesma forma, relativa. Em síntese, Kelsen opõe-se à ideia de que “uma ordem coercitiva, para poder ser considerada como Direito, tem de satisfazer uma exigência moral mínima” (KELSEN, 1998, p. 74).

A impossibilidade de vinculação da validade do Direito a uma correção de seu conteúdo cria a necessidade de se lhe indicar outro fundamento de validade, que é encontrado, por Kelsen (1998), na própria norma. Segundo ele, a ciência jurídica procura apreender o seu objeto “juridicamente”, e apreender algo juridicamente significa “apreender algo como Direito, o que quer dizer: como norma jurídica ou conteúdo de uma norma jurídica, como determinado através de uma norma jurídica” (KELSEN, 1998, p. 79).

Por isso, para Kelsen (1998, p. 215), o fundamento de validade de uma norma é a validade de outra norma, figurativamente designada como “superior”, no tocante àquela que, em relação a si, é “inferior”. Mas a indagação do fundamento de validade de uma norma não pode perder-se no interminável. É preciso indicar uma norma que se pressupõe como última e mais elevada. Esta norma é a norma fundamental, que, por ser fundamento último de validade, tem de ser pressuposta, pois “não pode ser posta por uma autoridade cuja competência teria de se fundar numa norma ainda mais elevada” (KELSEN, 1998, p. 217).

A norma fundamental constitui, ao representar o fundamento de validade de todas as normas pertencentes a uma determinada ordem normativa, a unidade desta pluralidade de normas (KELSEN, 1998, p. 217).

2.1.2 Herbert Hart

A separação entre o Direito e a Moral ganha força na doutrina positivista com a publicação de *O Conceito de Direito* no ano de 1961, em que Hart afirma expressamente que, “embora haja várias e diferentes relações contingentes entre o direito e a moral, não há uma conexão conceitual necessária entre seus conteúdos” (HART, 2009, p. 346).

A obra de Hart exerceu e continua a exercer incomensurável influência na teoria do Direito, sendo aplaudida inclusive por seus opositores. O não-positivista Fuller (1958, p. 630) chegou a afirmar que duvida que os assuntos discutidos por Hart irão algum dia assumir a forma que tinham antes de serem tocados pelos poderes analíticos daquele jurista.

No que parece parafrasear Kelsen, afirma Hart (2009, p. IX): “meu objetivo é elucidar a estrutura geral do pensamento jurídico e não fazer uma crítica do direito ou das políticas legislativas”.

Hart reconhece que a Moral tem indiscutível influência sobre o Direito, mas alerta que isso não significa afirmar que o ordenamento jurídico deve necessariamente apresentar alguma conformidade específica com a Moral ou a justiça (HART, 2009, p. 239-240). Se a validade do Direito não pode ser aferida pela justiça de seu conteúdo, é perfeitamente possível que disposições moralmente iníquas sejam válidas como normas ou princípios jurídicos (HART, 2009, p. 346).

Segundo Hart, o propósito dos “grandes gritos de guerra do positivismo jurídico” é demonstrar que “a existência do direito é uma coisa; seu mérito ou demérito, outra”, e que “o direito de um Estado não é o ideal, mas algo que existe de fato [...]; não é aquilo que deveria ser, mas aquilo que é” (HART, 2009, p. 268).

O autor afirma que é a finalidade do Direito, como meio de regulação social, que busca viabilizar a convivência entre as diferentes liberdades, e não uma suposta conexão necessária com a Moral que determina que, frequentemente, o conteúdo das normas jurídicas coincida com valores morais. De fato, essa “estrutura de direitos e obrigações recíprocas, que proíbe ao menos as espécies mais grosseiras de dano” (HART, 2009, p. 213), constitui a base tanto de normas morais quanto de normas jurídicas, mas não destas *porque* daquelas.

Tal como Kelsen, Hart preocupa-se com a incerteza do Direito, se condicionada a sua validade à conformação com uma Moral que não tenha identificação objetiva, e que pode, inclusive, ser uma Moral “má”. Para ele, a Moral pode, da mesma forma que o Direito, rejeitar, por exemplo, o princípio de que os seres humanos devem ser tratados igualmente (HART, 2009, p. 210-211). Neste sentido, aponta que um código moral poderia permitir que os gregos atacassem os bárbaros, mas não o contrário: “nesses casos, poder-se-ia considerar que um bárbaro estaria moralmente obrigado a reparar um grego por danos sofridos, embora ele próprio não fizesse jus a essa reparação” (HART, 2009, p. 214).

Isso não significa dizer que Hart rejeite a definição de Moral no sentido de orientar ao bem, mas apenas que o conteúdo deste “bem” é relativo.

Hart afirma, ainda, – e esta parece ser a principal razão pela qual adota a “tese da separação” – que entender que determinadas normas, por serem iníquas, não são parte do Direito é “uma forma muito grosseira de abordar temas morais delicados e complexos” (HART, 2009, p. 273). Para ele, dificilmente, a utilização de um conceito de validade sob o qual leis moralmente iníquas não são jurídicas conduzirá ao amadurecimento da resistência às ameaças do poder organizado ou da percepção “do que está moralmente em jogo quando a obediência é exigida” (HART, 2009, p. 272). Por isso, para ele, conceito tal de Direito, além de criar uma falsa garantia de justiça, aumenta a vulnerabilidade a eventuais ordenamentos injustos.

Em seu entendimento, é essencial que se preserve, sempre, a noção de que a certificação de algo como juridicamente válido não é conclusiva no tocante a sua justiça, devendo ser submetida a um exame moral (HART, 2009, p. 271-272). O modo mais seguro de se alertar para a iniquidade, em sua opinião, é sustentar que as leis recebem esse nome não por serem “exigências de uma moral esclarecida”, mas, sim, em razão das propriedades estruturais e funcionais do sistema a que pertencem (MacCORMICK, 2010, p. 212).

Hart também recusa, portanto, o fundamento de validade material do Direito, baseado na coincidência entre o conteúdo jurídico e o conteúdo moral. O critério formal de apreciação da validade das normas jurídicas, em sua obra, atende pelo nome de “regra de reconhecimento”, que fixa os pressupostos de validade das demais normas do ordenamento jurídico. O autor afirma que “dizer que determinada norma é válida equivale a reconhecer que esta satisfaz a todos os critérios propostos pela norma de reconhecimento e é, portanto, uma norma do sistema” (HART, 2009, p. 133).

Desta forma, para a identificação de normas primárias de obrigação, que são as normas básicas que exigem que os seres humanos pratiquem ou se abstenham de praticar certos atos (HART, 2009, p. 105), é aceita e utilizada uma norma secundária de reconhecimento e, “se algo merece ser denominado fundamento de um sistema jurídico, trata-se dessa situação” (HART, 2009, p. 129).

Hart afirma que “onde quer que essa norma de reconhecimento seja aceita, tanto os indivíduos quanto as autoridades públicas dispõem de critérios válidos para a identificação das normas primárias de obrigação”. Tais critérios podem assumir a forma de ato

legislativo, prática consuetudinária, declarações gerais de pessoas específicas ou decisões judiciais anteriores de casos específicos (HART, 2009, p. 130).

É importante notar que, para Hart, a regra de reconhecimento é obtida na prática jurídica de determinada sociedade e em dado momento, a partir da verificação das normas que são de fato aceitas, internamente, como jurídicas. Segundo ele, “em geral, a norma de reconhecimento não é explicitamente declarada mas sua existência fica *demonstrada* pela forma como se identificam normas específicas” pelos tribunais ou outras autoridades e pelos indivíduos particulares e seus advogados (HART, 2009, p. 131).

Por fim, a regra de reconhecimento “pode incluir requisitos de validade que impõem levar em consideração qualidades substanciais”, inclusive valores morais, caso em que a Moral se torna diretamente relevante no sistema jurídico. Um ordenamento pode reconhecer como jurídicos “regulamentos feitos ‘conforme a justiça’, ‘promovendo o bem-estar de todos’, ‘segundo valores morais da comunidade’, segundo a ‘moralidade política’ ou, nas palavras de Hart, ‘conforme princípios morais e valores substantivos’” (DIMOULIS, 2006, p. 138). Por esta razão, ele é considerando um positivista inclusivo, conforme classificação a ser apresentada adiante.

A regra de reconhecimento de Hart (2009) será retomada na doutrina de Raz (2009)¹¹, um dos principais juspositivistas vivos.

2.1.3 Joseph Raz

Como anteriormente dito, a teoria do Direito passa por um momento de grande desenvolvimento, com intensa produção intelectual, fruto de embates diretos entre correntes doutrinárias opostas. Um dos autores que mais participa desses embates é Joseph Raz.

Mesmo reconhecendo que “sistemas jurídicos são identificados por sua característica institucionalizada e podem ter qualquer norma com qualquer conteúdo” (RAZ, 1999, p. 168), Raz, aparentemente, não se reconhece como positivista. Em *The Authority of Law*, por exemplo, afirma que seria um grande erro pensar que seu objetivo foi defender o Juspositivismo (RAZ, 2009, p. 335).

Por outro lado, afirma que não se importa se suas ideias são classificadas como juspositivistas, como costumam ser. Aduz, todavia, que, por entender que a pretensão por

¹¹ Raz (2009, p. 151) afirma que segue a doutrina de Hart sobre a regra de reconhecimento de uma forma ligeiramente alterada.

autoridade legítima, aspecto essencial do Direito, é um conceito moral, sua teoria, à luz da tese da separação entre Direito e Moral, não poderia pertencer à tradição positivista (RAZ, 2009, p. 317).

Este fato não implica, todavia, na “desclassificação” de Raz como positivista, já que não interfere na validade das normas jurídicas enquanto independentes de correção moral. Se Raz pudesse ser considerado como não-positivista apenas por entender que a pretensão por autoridade é um conceito moral, o próprio Kelsen seria um não-positivista, já que mesmo na *Teoria Pura do Direito*, afirmou que o Direito é, por sua essência, moral, porque é norma “e uma norma social que estabelece, com o caráter de devida (como devendo-ser), uma determinada conduta humana. Então, neste sentido relativo, todo o Direito tem caráter moral, todo o Direito constitui um valor moral (relativo)” (KELSEN, 1998, p. 74).

A “filiação” de Raz à tradição juspositivista, especialmente do ponto de vista da tese da separação, na verdade, é inegável, conforme comprovam suas próprias palavras:

Não que nós devemos ser indiferentes a valores morais, mas nós devemos reconhecer que pode ser, e de fato é, o caso da mesma instituição social servir às vezes para os fins certos e às vezes para os errados. O fato de ela ser às vezes boa e às vezes ruim não precisa depender de seu caráter de instituição social. [...] Se determinada norma funciona precisamente da mesma forma que outras normas, se seus efeitos na economia ou atividades sociais são tão significantes quanto os efeitos de outras normas, se a atitude da polícia ou dos tribunais em relação a elas é a mesma, então não deve ser negado o *status* de Direito simplesmente porque ela é injusta.¹² (RAZ, 1999, p. 165).

Para Raz, a validade jurídica é estabelecida não por argumentos relativos ao valor e à justificação das normas, mas por sua conformação a testes de validade estabelecidos por outras normas do sistema, as chamadas regras de reconhecimento. Estes testes normalmente se referem à forma como a norma foi apreendida por uma autoridade judicial (RAZ, 2009, p. 150-151).

A validade jurídica das regras de reconhecimento é determinada de forma semelhante, exceto pela validade das regras de reconhecimento últimas ou finais, que são

¹² Not that we should be oblivious to moral values, but we should recognize that it may be, and indeed it is, the case that, the same social institutions may sometimes be used for the right ends and sometimes for the wrong ends. The fact that it is sometimes good and sometimes bad need not depend on its character as a social institution. It may depend on other circumstances. If a certain norm functions in precisely the same way as other norms, if its effects on economic or social activities are just as significant as the effects of the other norms, if the attitude to it of the police or the courts is the same, then it should not be denied the status of law simply because it is unjust.

uma questão de fato social, ou seja, vinculam-se ao que é efetivamente praticado e seguido pelos tribunais (RAZ, 2009, p. 151).

O sentido de autoridade e da tese das fontes sociais estão no centro da doutrina de Raz (2009). Segundo ele, independentemente de haver boas razões para se observarem os comandos jurídicos, estes são sistematicamente válidos, porque estabelecidos por uma autoridade legítima e por terem uma fonte social.

Como já afirmado, esta autoridade legítima é, para Raz, uma reivindicação moral do Direito. Mas uma reivindicação moral por afirmar o direito de se garantirem direitos, e de se imporem deveres sobre assuntos que afetam os aspectos básicos das vidas das pessoas e de suas relações intersubjetivas (RAZ, 2009, p. 315-316), e não porque exista uma relação necessária entre o que o Direito regula e o que a Moral determina.

A tese das fontes sociais, por sua vez, envolve a compreensão de que as fontes (sociais) do Direito são aqueles fatos em virtude dos quais ele é válido e os quais identificam o seu conteúdo. Este sentido de fonte é mais amplo que o de fontes formais (atos legislativos e precedentes, por exemplo), pois inclui as fontes interpretativas, ou seja, todos os materiais interpretativos relevantes (RAZ, 2009, p. 47-48).

Raz entende que a tese das fontes determina que a identificação do Direito nunca exige a utilização de argumentos ou julgamentos morais sobre seu mérito (RAZ, 2009, p. 319), pois ainda que haja a consideração de elementos morais determinada pela própria norma, a Moral não é por esta incorporada (RAZ, 2009, p. 46). Esta afirmação é reforçada pelo entendimento do autor de que o que é ou não moral parece ser uma questão de mera conveniência classificatória (RAZ, 2009, p. 330).

E Raz conclui que, se a validade do Direito depende de suas fontes, as quais são ações ou séries de ações, as discussões acerca desta validade se resolvem em questões de ordem fática, suscetíveis de determinação objetiva às quais as visões morais ou políticas são essencialmente irrelevantes (RAZ, 2009, p. 153).

2.1.4 Linhas gerais sobre o Positivismo Jurídico

Após a análise destes três autores principais, pode-se confirmar a afirmação de Barzotto (1999), feita no início deste capítulo, de que, por não admitir fundar o Direito em aspectos valorativos, o Positivismo Jurídico, em suas diversas formas, identificou como elemento central do conceito de Direito a noção de norma. Assim, “o positivismo terminou

por definir o Direito como um sistema normativo, possuidor de um critério regulativo que permite determinar se uma norma pertence ou não ao sistema” (BARZOTTO, 1999, p. 126).

De forma geral, o Positivismo Jurídico defende que a norma válida é aquela produzida em consonância com as demais normas válidas do ordenamento, razão pela qual a pertinência ao sistema independe de um conteúdo jurídico específico (BARZOTTO, 1999, p. 127).

No entendimento de Alexy (2009, p. 15), os autores positivistas, de forma geral, atribuem a condição de validade do Direito a dois pressupostos mínimos, a legalidade e a eficácia.

Kelsen (1998), por exemplo, afirma que, além da existência específica – “vigência” ou, na nomenclatura de Alexy “legalidade” –, que decorre da edição por aquele que tem competência para tanto, a norma deve ser eficaz, ou seja, efetivamente aplicada e observada. Neste sentido, afirma que “uma norma jurídica é considerada como objetivamente válida, apenas quando a conduta humana que ela regula lhe corresponde efetivamente, pelo menos numa certa medida” (KELSEN, 1998, p. 12).

Hart (2009) atesta, por sua vez, que se exigem duas condições mínimas para a existência de um sistema jurídico:

por um lado, as normas de comportamento válidas de acordo com os critérios últimos de validade do sistema devem ser geralmente obedecidas; por outro lado, as normas de reconhecimento que especificam os critérios de validade jurídica e as normas de modificação e julgamento devem ser efetivamente aceitas como padrões públicos comuns de comportamento oficial por parte das autoridades do sistema. (HART, 2009, p. 150).

Pode-se dizer, como se verificará a seguir, que os não-positivistas, ao menos na representação de autores como Alexy, também aceitam as principais premissas do Positivismo Jurídico, ou seja, referidos pressupostos mínimos para que uma ordem seja reconhecida como jurídica.

Por fim, é importante destacar que existe, atualmente, uma classificação interna do Positivismo Jurídico, segundo a qual seus expoentes podem ser inclusivos (fracos) ou exclusivos (fortes). Neste sentido, os positivistas inclusivos são aqueles que, como Hart, sustentam que a Moral não é *conditio sine qua non* da definição do Direito, enquanto os exclusivos, como Raz, afirmam que a Moral *nunca* constitui condição de definição do Direito (DIMOULIS, 2006, p. 139).

Neste ponto, é importante atentar às palavras de Waluchow (1985):

Parece útil [...] identificar o Juspositivismo principalmente como a tese relativa à separação conceitual ou lógica entre Direito e Moral – como uma negação à asserção jusnaturalista de que legalidade ou validade jurídica são de uma forma ou outra necessariamente uma função da validade moral, do Direito Natural. Não se deve entender, todavia, que esta tese é equivalente à tese logicamente mais forte que chamo de ‘positivismo forte’, a pretensão de que necessariamente em nenhum sistema jurídico pode a validade jurídica de qualquer norma depender da validade moral. ‘Positivismo fraco’ parece ser uma versão distinta do Positivismo Jurídico, uma que tem sido sustentada por muitos daqueles tradicionalmente classificados como positivistas, e que não cai na teoria jusnaturalista. Por estas razões, e porque positivismo é algumas vezes identificado com a versão forte, eu proponho que minha distinção entre Positivismo forte e fraco seja reconhecida e observada.¹³ (WALUCHOW, 1985, p. 209).

A classificação do Positivismo em Positivismo inclusivo e exclusivo, ou moderado e radical, é importante, mas não interfere nas bases deste estudo, já que, a despeito de os positivistas inclusivos reconhecerem a influência da Moral sobre o Direito, não reconhecem uma conexão conceitual necessária entre Direito e Moral. Isso significa que, a despeito de poder haver, no caso concreto e por determinação do próprio Direito, a imposição de uma apreciação moral, esta nunca será necessária de forma abstrata e anterior à aplicação jurídica.

Como explica Dimoulis (2006, p. 139), a adoção de uma versão fraca do Positivismo Jurídico não implica em abandono da tese da separação. Apenas se admite que os imperativos morais possam desempenhar um papel importante na identificação da validade e, principalmente, na interpretação das normas jurídicas.

De fato, entender que uma norma jurídica só é válida se for submetida e aprovada em “exame moral” (DIMOULIS, 2006, p. 138), porque o Direito assim o quis, como admite o Positivismo inclusivo, não é o mesmo que entender que as normas jurídicas, de forma geral, só serão válidas se observarem, minimamente, o conteúdo moral.

Como notar-se-á a seguir, o Não-Positivismo, especialmente o de Alexy (2009), por vincular a validade jurídica a certa correspondência material, recusa o *status* de Direito a determinadas proposições normativas. O Positivismo Jurídico, por sua vez, mesmo o

¹³ It seems useful [...] to identify legal positivism principally as a thesis concerning the conceptual or logical separation of law and morality – as a denial of the natural lawyer’s assertion that legality, lawfulness, or legal validity are in some way or other *necessarily* a function of moral validity, of the ‘natural law’. One must not, however, assume that this thesis is equivalent to the logically much stronger thesis I term ‘strong positivism’, the claim that necessarily in no legal system can the legal validity of any law depend on moral validity. ‘Weak positivism’ does seem to be a distinct version of legal positivism, one which has been held by many who have traditionally been classified as positivists, and which does not collapse into natural-law theory. For these reasons, and because positivism is sometimes identified with the strong version, I propose that my distinction between strong and weak positivism be recognized and observed.

inclusivo, atribui à norma o *status* jurídico independentemente da moralidade do seu conteúdo.

Isso quer dizer que o Não-Positivismo trata de questões morais que, a despeito de não serem juridicamente exigidas, podem constituir requisito de validade para o próprio Direito. O Positivismo Jurídico, por sua vez, seja ele inclusivo ou exclusivo, inadmite a validação do Direito por conformação material à Moral, ainda que, eventualmente, os valores morais sejam, por determinação do próprio Direito, necessários a sua aplicação.

2.2 O Não-Positivismo Jurídico

Ante a afirmações como a de que a concepção do Direito que denominamos doutrina positivista “deixou os juristas e o povo desarmados contra as leis mais arbitrárias, cruéis e criminosas”¹⁴ (RADBRUCH, 2009, p. 69), emergiu, desde o fim da Segunda Guerra Mundial, no mundo ocidental, uma nova corrente acerca da natureza do conceito de Direito, o Não-Positivismo Jurídico.

Segundo Dimoulis (2006, p. 260) há, na bibliografia do pós-guerra, diversas críticas ao “culto da *positividade* e às catástrofes que provoca”, com exaltação aos valores de justiça material. Apesar de Dimoulis denominar este ambiente intelectual de “renascença do direito natural”, entende-se, como anteriormente visto, que o Não-Positivismo não se confunde com o Jusnaturalismo, mesmo que com este se comunique tanto na oposição ao Positivismo quanto na busca por um elemento material de legitimação do direito.

Diferentemente do clássico embate entre o Jusnaturalismo e o Juspositivismo, as discussões travadas entre Positivismo Jurídico e Não-Positivismo não são resultado de pressupostos radicalmente opostos. Na verdade, na opinião de Alexy (2009), o que diferencia o positivista do não-positivista é que, para este, o conceito de Direito não se pode resumir aos dois elementos de definição positivistas – a legalidade conforme o ordenamento e a eficácia social –, exigindo a inclusão de um terceiro elemento, o elemento moral (ALEXY, 2009, p. 4-5).

As reflexões acerca do “elemento moral” externadas nas obras não-positivistas permitem associá-lo à ideia de uma justiça mínima. O conceito deste elemento “moral”, no entanto, não é, como anteriormente demonstrado, claramente definido, podendo ser

¹⁴ Dejó a los juristas y al pueblo inermes frente a las leyes más arbitrarias, crueles y criminales.

associado tanto a uma ordem universal e constante, quanto a um sistema de valores positivo e mutável.

Como já se afirmou, a chamada concepção “não-positivista” vem se fortalecendo cada vez mais, ainda que, especialmente nos países de língua inglesa, seja difícil dizer que alcançou mais espaço que o ocupado pelo Juspositivismo. Como afirma Alexy (2007a, p. 335), todos os não-positivistas defendem a tese da “conexão necessária entre a validade ou correção jurídica, de um lado, e os méritos ou deméritos ou a correção moral, de outro. Esta tese, todavia, permite-se a muito diferentes interpretações, que levam a muito diferentes versões do não-positivismo”¹⁵.

A despeito de haver vários doutrinadores que, de diferentes formas e em diferentes medidas, podem ser classificados como não-positivistas, por abordar a relação entre o Direito e a Moral da maneira mais próxima aos pressupostos do presente estudo, adotar-se-á, principalmente, a teoria de Alexy (2009).

Isso se deve ao fato de que esta teoria pode dar uma explicação satisfatória para a dicotomia entre segurança jurídica e justiça, o que implica dizer que o Não-Positivismo de Alexy pode oferecer uma alternativa efetivamente sólida ao Juspositivismo.

Para se tornar tal alternativa, o Não-Positivismo precisa levar a sério a necessidade de positividade e eficácia do Direito e, “a despeito de a teoria de Alexy não ser, de forma alguma, a única visão não-positivista a fazer isso é, certamente, uma séria tentativa de defender a tese da conexão sem deixar de lado o esforço de se explicarem os componentes social e institucional do Direito”¹⁶ (BERTEA, 2007, p. 82).

Não fosse isso bastante, o conceito de extrema injustiça proposto por Alexy, retomando Radbruch (ALEXY, 2009, p. 69), terá relevância central na condução dos próximos capítulos.

2.2.1 Robert Alexy

Alexy (2009) conceitua o Direito como sendo

¹⁵ [...] necessary connection between *legal* validity or *legal* correctness on the one hand, and *moral* merits and demerits or *moral* correctness and incorrectness on the other. This thesis, however, lends itself to very different interpretations, which lead to very different versions of non-positivism.

¹⁶ Whereas Alexy’s theory is by no means the only non-positivist view to do so, it is certainly a serious attempt at upholding the connection thesis without thereby giving up on the attempt to explain the social and institutional components of law.

um sistema normativo que (1) formula uma pretensão à correção, (2) consiste na totalidade das normas que integram uma constituição socialmente eficaz em termos globais e que não são extremamente injustas, bem como na totalidade das normas estabelecidas em conformidade com essa constituição e que apresentam um mínimo de eficácia social ou de possibilidade de eficácia e não são extremamente injustas, e (3) ao qual pertencem os princípios e outros argumentos normativos, nos quais se apoia e/ou deve se apoiar o procedimento de aplicação do direito para satisfazer a pretensão à correção. (ALEXY, 2009, p. 151).

Portanto, como já demonstrado, Alexy (2009) adota os pressupostos mínimos de validade do Positivismo Jurídico – legalidade e eficácia –, entendendo, todavia, que estes não são suficientes para garantir a validade do Direito. Isso porque, para ele, a validade da norma exige uma conformação material mínima com os ditames da justiça ou, mais exatamente, a não juridicização de conteúdos extremamente injustos. Bertea resume, assim, tais ideias:

Se é para um sistema normativo ser juridicamente válido, ele precisa ser o produto de uma autoridade (validade jurídica), ele precisa ser socialmente eficaz (validade sociológica) e ele não pode ser extremamente injusto (validade ética). Agora, esta definição ampla de validade jurídica – enquanto dependente dos elementos institucional e sociológico em adição ao ético – pode ser entendida como dirigida por uma preocupação com a garantia de segurança jurídica.¹⁷ (BERTEA, 2007, p. 80).

Desta forma, pode-se dizer que, em linhas gerais, para Alexy (2009), o conceito de Direito gira em torno dos elementos da segurança jurídica e da justiça.

Entende-se, pois, que o que efetivamente justifica a vinculação entre Direito e Moral para sua concepção não-positivista é o argumento da injustiça, ou a ideia de que o conteúdo jurídico que represente uma extrema injustiça não pode ser sequer como jurídico considerado.

Este argumento ou a “tese da extrema injustiça” pressupõe que é possível saber se determinada norma é ou não extremamente injusta. Alexy tenta demonstrar esta possibilidade vinculando este “saber” ao conceito de justificação racional. Assim, para ele, “ao menos algumas exigências mínimas são suscetíveis de uma fundamentação racional” (ALEXY, 2009, p. 76) e, “se há noções de justiça que são racionalmente justificáveis, então se pode dizer que alguém que racionalmente justifique sua visão de que uma ação é

¹⁷ If a normative system is to be legally valid, it must be the product of an authority (juridical validity), it must be socially (sociological validity), and it cannot be unjust in the extreme (ethical validity). Now, this wide definition of legal validity – as dependent on institutional and sociological elements in addition to ethical ones – can be understood as driven by a concern to secure legal certainty.

injusta sabe disso”¹⁸ (ALEXY, 2007, p. 53). Alexy diz, ainda, que “quanto mais extrema a injustiça, mais segura é a sua reconhecimento” (ALEXY, 2009, p. 63). A abordagem deste núcleo da sua teoria é o ponto central dos próximos capítulos.

É interessante notar que a afirmação de Raz (1999, p. 168) de que a tese da conexão exige provar que toda norma jurídica é moralmente válida não se aplica ao Não-Positivismo de Alexy, já que, para este, apenas à norma extremamente injusta deixa-se de reconhecer o caráter jurídico.

De fato, em Alexy, vislumbram-se duas situações opostas. Ou a norma é extremamente injusta e não será aplicada, pois não se reconhece como Direito, ou ela é “apenas” injusta – o que pode acontecer em diferentes graus de injustiça – e, ao menos em princípio, será aplicada.

É verdade, no entanto, que a sua crítica ao Positivismo Jurídico não se resume ao argumento da injustiça. Segundo ele há, ainda, um argumento que se refere à vida cotidiana do Direito, “um argumento que se dedica à questão da argumentação jurídica na área aberta do Direito Positivo”¹⁹ e cuja versão mais interessante é o argumento dos princípios (ALEXY, 2007, p. 54).

Na visão de Alexy, este argumento indica, primeiramente, que todos os sistemas jurídicos com um mínimo de desenvolvimento, necessariamente compreendem princípios; em segundo lugar, que a necessária presença de princípios no sistema jurídico implica uma conexão necessária entre o Direito e uma ou outra moralidade; e, por fim, que isso, juntamente à pretensão de correção leva à necessária conexão entre Direito e correção moral (ALEXY, 2007, p. 54).

Todavia, fundamentando-se na própria teoria de Alexy não é possível concordar que a presença necessária de princípios no ordenamento jurídico prova a conexão necessária entre Direito e Moral. Neste ponto, primeiramente, há que se concordar com Raz, quando afirma que

em todos os sistemas jurídicos em que há casos duvidosos que levantam a questão de encontrar um equilíbrio, é juridicamente exigido que se encontre um equilíbrio e, por isso, que se levem princípios em consideração. Assim, em todos

¹⁸ If there are notions of justice that are rationally justifiable, then one who rationally justifies his view that an action is unjust can be said to know this.

¹⁹ [...] an argument that addresses the question of legal argumentation in the open area of the positive law.

os sistemas jurídicos deste tipo, princípios são, por razões jurídicas, elementos necessários do sistema jurídico.²⁰ (RAZ²¹ *apud* ALEXY, 2007, p. 54).

Alexy responde a esta alegação de que os próprios ordenamentos normatizam a aplicação judicial de princípios com a afirmação de que, do ponto de vista do Não-Positivismo, “o conceito abrangente de Direito, que compreende tanto a dimensão oficial, quanto a dimensão ideal do Direito, necessariamente e essencialmente inclui princípios morais”²² (ALEXY, 2007, p. 55). Todavia, a assim se considerar, estar-se-ia admitindo que o argumento dos princípios comprova a conexão entre Direito e Moral, porque o conceito de Direito para os não-positivistas compreende os princípios como moralmente vinculados, o que seria o mesmo que dizer que o argumento dos princípios comprova a conexão entre Direito e Moral porque o Não-Positivismo assim o quer.

A corroborar esta leitura da teoria de Alexy, destacam-se as palavras de Berthea (2007), quando diz que o conceito de Direito não-positivista baseia-se na “tese da conexão” – que estipula uma conexão conceitualmente necessária entre Direito e Moral racional – e afirma que os dois principais argumentos aos quais Alexy recorre para fundamentar esta conexão são a pretensão de correção e a extrema injustiça, assim resumidos pelo autor:

O argumento da correção implica na conexão conceitualmente necessária entre Direito e Moral racional pelo fato de que o sistema jurídico necessariamente levanta uma pretensão por correção. O argumento da extrema injustiça é basicamente uma reformulação sofisticada da “fórmula de Radbruch”, segundo a qual uma disposição extremamente injusta é não apenas moralmente defeituosa, mas também juridicamente inválida.²³ (BERTEA, 2007, p. 73).

Além de Berthea (2007) não incluir o argumento dos princípios como fundamento da conexão necessária entre Direito e Moral, refere-se, além do argumento da injustiça, tão-somente à pretensão de correção, que é exatamente a pretensão do ordenamento de ser correto. Esta, todavia, não infirma o entendimento de que o que efetivamente justifica a vinculação entre Direito e Moral, para Alexy (2009), é o argumento da injustiça, já que a

²⁰ That in all legal systems in which there are doubtful cases that give rise to the question of striking a balance, it is legally required to strike a balance and thereby to take principles into account. Thus, in all legal systems of this kind, principles are, for legal reasons, necessary elements of the legal system.

²¹ RAZ, Joseph. *Practical reason and norms*. New York: Oxford University Press Inc., 1999, p. 74.

²² The overreaching concept of law, that comprises the authoritative dimension of law as well as the ideal, necessarily and essentially includes moral principles.

²³ The argument from correctness derives the conceptually necessary connection between law and rational morality from the fact that legal systems necessarily raise a claim to correctness. The argument from extreme injustice is basically a sophisticated restatement of the ‘Radbruch formula’, whereby an extremely unjust provision is not only morally defective but also legally invalid.

pretensão de correção refere-se a uma qualidade do sistema jurídico que diz respeito apenas a sua natureza, e não a eventuais efeitos da teoria na invalidação de normas jurídicas.

Ademais, como reconhece Alexy (2009, p. 76): “sistemas normativos realmente existentes costumam formular uma pretensão à correção, por menos justificada que seja”. Não fosse isso bastante para confirmar que o que de fato justifica a conexão necessária entre Direito e Moral é a tese da extrema injustiça, o próprio autor afirma que

É fácil reconhecer que, fora do âmbito do argumento da injustiça, ou seja, antes do limiar da injustiça extrema, apenas a pretensão, e não simplesmente seu cumprimento, institui uma conexão necessária entre o direito e a moral correta. Quem se orienta pelo cumprimento diz demais e afirma que o direito – ou seja, incluída toda e qualquer decisão judicial – cumpre necessariamente a pretensão à correção moral, em suma, que o direito é sempre moralmente correto. Isso implica que tudo o que não é moralmente correto não é direito. A discussão sobre o argumento da injustiça mostrou que uma tese forte como essa não pode ser defendida. Por isso, não se pode tratar aqui de uma conexão classificadora, mas somente de uma conexão qualificadora. Antes do limiar da injustiça extrema, uma violação da moral não faz com que a norma ou a decisão em questão percam o caráter jurídico, isto é, não sejam direito (conexão classificadora), mas apenas com que representem uma norma ou decisão juridicamente defeituosas (conexão qualificadora). A pretensão à correção necessariamente vinculada ao direito, por incluir uma pretensão à correção moral, é a razão para que, antes do limiar da injustiça extrema, uma violação da moral acarrete necessariamente a imperfeição jurídica, embora não leve à perda da qualidade jurídica. (ALEXY, 2009, p. 95-96).

Isso quer dizer que a relevância prática da pretensão à correção, nas palavras do próprio autor, está no reconhecimento de que “o direito possui uma dimensão ideal necessária” (ALEXY, 2009, p. 152), reconhecimento este que tanto não prova a tese da vinculação, que não é negado sequer pelos juspositivistas.

Como anteriormente afirmado, o Não-Positivismo de Alexy não busca negar o Positivismo Jurídico. Na verdade, pode-se concordar com Raz (2007, p. 35), quando afirma que o Positivismo Jurídico é uma categoria esclarecedora nas discussões acerca da natureza do Direito. A despeito de não concordar com esta afirmação, Alexy (2009, p. 4) reconhece que as premissas positivistas básicas são respeitadas, afirmando que “nenhum não positivista que deva ser levado a sério exclui do conceito de direito os elementos da legalidade conforme o ordenamento e da eficácia social”.

A principal conclusão que se extrai desse respeito à legalidade e à eficácia é que a segurança jurídica é um valor da maior importância para Alexy. Neste sentido, a vinculação do Direito à Moral é elemento necessário no conceito de Direito que, todavia,

não representa perda indiscriminada da positividade ou, em outras palavras, mera vulneração da norma positiva.

Por isso, Alexy (2009, p. 78-79) afirma expressamente que o refreamento da segurança jurídica apenas é aceitável em caso de injustiça extrema, quando aquela tem “peso menor” que a justiça. Em suas palavras:

A razão para a prioridade geral da segurança jurídica é o valor moral e a legitimidade da autoridade. Mas se as razões morais são relevantes como razões para se obedecer ao Direito, então as razões morais precisam ser também relevantes como razões contra a obediência ao Direito; e se razões do mesmo tipo estão dos dois lados do problema, então é sempre possível que algumas vezes aquelas de um lado irão prevalecer, e outras vezes aquelas do outro lado. Assim, não se pode excluir a possibilidade de que razões morais do lado da segurança jurídica terão menor peso do que as razões morais do lado da justiça. Precisamente este é o caso quando o limiar da extrema injustiça é ultrapassado.²⁴ (ALEXY, 2007, p. 53).

O conflito entre a correção moral e a segurança jurídica à luz da tese da extrema injustiça é o fio condutor do último capítulo deste trabalho.

2.2.2 *Gustav Radbruch*

Tendo em vista que a tese da injustiça extrema de Alexy é retirada da obra de Radbruch (ALEXY, 2009, p. 34), de onde também se extrai o entendimento de que existem julgamentos de justiça racionalmente fundamentáveis, e de que “quanto mais extrema a injustiça, mais segura é a sua reconhecimento” (ALEXY, 2009, p. 63), é importante que sejam analisados os aspectos essenciais da obra deste autor.

Radbruch, segundo afirmam muitos, teve sua suposta postura positivista alterada após a Segunda Guerra Mundial, quando reconheceu os efeitos nefastos do nazismo. Na opinião de Alexy, Radbruch era positivista antes dos tempos do nacional-socialismo, mas, depois de 1945, “passou a defender a opinião de que o positivismo jurídico deixou ‘tanto os juristas quanto o povo desarmados contra leis ainda tão arbitrárias, ainda tão cruéis, ainda tão criminosas’” (ALEXY, 2009, p. 55).

²⁴ The reason for the general priority of legal certainty over justice is the moral value and legitimacy of authoritativeness. But if moral reasons are relevant as reasons for abiding by the law, the moral reasons must also be relevant as reasons against abiding by the law; and if reasons of the same kind stand on both sides of a problem, then it is always possible that sometimes those on the one side will prevail, and sometimes those on the other. Thus, the possibility cannot be excluded that the moral reasons on the side of legal certainty will be outweighed by moral reasons on the side of justice. Precisely this is the case when the threshold of extreme injustice is crossed.

Radbruch (2010) acredita que existe um mundo absoluto e impenetrável dos valores, em que se encontra o valor da justiça, que é o ideal do Direito. Para ele, “todo Direito é um ensaio no sentido de ser Direito justo” (REALE, 1998, p. 148).

Esta justiça tem sentido objetivo, não se confundindo com uma justiça subjetiva, fruto de um estado psicológico ou de consciência. Para Radbruch – no que se difere da maioria dos autores – a justiça também não se confunde com um juízo de valor moral, visto que pressupõe alteridade, um modelo ideal de relação *entre homens*, e não a consagração de um modelo ideal *de homem* (RADBRUCH, 1961, p. 102).

Apesar de afirmar que esta justiça “é, ela, a medida do próprio direito positivo e pela qual este tem de ser aferido” (RADBRUCH, 1961, p. 102), o autor entende que, sendo impossível atingir o justo absoluto, bem como determinar, de forma inequívoca, qual é o fim do Direito, o que realmente assumirá o seu conceito será o Direito Positivo.

Com essas premissas expostas, Radbruch aceita como problema principal “saber se a justiça, como exigência a por à ordem jurídica, deve ser formulada antes ou depois das outras; até que ponto ela e a recta finalidade devem ser sacrificadas à necessidade da segurança social, ou, inversamente, esta deve ser sacrificada às duas primeiras” (RADBRUCH, 1961, p. 188-189).

Nota-se, portanto, que o conceito de Direito para Radbruch (1961) envolve a apreciação de três elementos: a justiça, a segurança e o fim do Direito.

Por perceber que é impossível qualquer concretização de justiça ou finalidade quando não pressuposta a certeza jurídica, Radbruch (1961) a coloca, em princípio, como preocupação principal. Mas isso não quer dizer, de maneira alguma, que entenda que qualquer injustiça ou ausência de fim é válida em nome da segurança. Ao contrário, após discorrer sobre cada um dos referidos elementos, o autor discute as possíveis relações entre eles, fornecendo subsídios para que se decida pela primazia de uns ou outros.

Afastando o fim como possível elemento de primazia, pode-se dizer que Radbruch tenta equilibrar, de um lado, segurança e, de outro, justiça. Em um primeiro momento, indica que a justiça, apesar de ser o que dá o próprio sentido ao Direito, deve ceder primazia à segurança. Isso porque, como explica, a justiça é impassível de demonstração científica e, “se ninguém pode definir dogmáticamente o ‘justo’, é preciso que alguém defina dogmáticamente, pelo menos, o ‘jurídico’, estabelecendo o que deve observar-se como direito” (RADBRUCH, 1961, p. 209-210).

Neste sentido, toda “lei”, independentemente da justiça de seu conteúdo, tem relevância crucial, mesmo que seja apenas por dar fim à querela de opiniões divergentes, criando segurança jurídica (RADBRUCH, 1999, p. 24).

Por isso, na obra *Introdução à Ciência do Direito*, de 1910, Radbruch (1999, p. 24) conclui que “se a justiça é a segunda grande preocupação do direito, a primeira não pode deixar de ser a da segurança, da paz e da ordem social” e, também, que “é sempre preferível sofrer uma injustiça a que o mundo viva sem lei”. Em *Filosofia do Direito*, de 1914, no entanto, o autor deixa claro que, em caso de conflito, não é possível decidir, de maneira absoluta, se a justiça ou a segurança é o valor mais elevado (RADBRUCH, 1961, p. 212-213).

Já nas obras escritas após a Segunda Guerra, afirma que

O conflito entre a justiça e a segurança jurídica deve ser resolvido com a primazia do direito positivo sancionado pelo poder, mesmo quando seu conteúdo seja injusto e inconveniente, a não ser que a contradição da lei positiva com a justiça alcance um grau tão insuportável, que deva ser considerado “como falso direito” e ceda lugar à justiça.²⁵ (RADBRUCH, 2009, p. 34-35).

Mais do que isso, Radbruch afirma que uma linha distintiva entre mera injustiça e injustiça extrema pode ser claramente traçada

[...] quando nunca se procurou a justiça, onde a igualdade, que integra o núcleo da justiça, foi negada conscientemente pela regulamentação do Direito Positivo, então a lei não é apenas “direito incorreto”, mas carece por completo da natureza do direito, pois não se pode definir o direito, inclusive o direito positivo, de outra maneira que como uma ordem e estatuto, que de acordo com seu sentido estão determinados a servir à justiça. Medida por esse critério, partes inteiras da legislação nacional-socialista jamais alcançam a dignidade de Direito válido.²⁶ (RADBRUCH, 2009, p. 35).

Como será visto nos capítulos seguintes, entende-se que esta passagem de Radbruch é muito mais profícua do que em princípio possa parecer e, talvez, traga uma boa resposta para o que é, de fato, uma injustiça extrema.

²⁵ El conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica debió resolverse con la primacía del derecho positivo sancionado por el poder, aun cuando por su contenido sea injusto e inconveniente, a no ser que la contradicción de la ley positiva con la justicia alcance una medida tan insoportable, que deba considerarse “como falso derecho” y ceder el paso a la justicia.

²⁶ [...] cuando nunca se procuró la justicia, donde la igualdad, que integra el núcleo de la justicia, se negó conscientemente a la regulación del derecho positivo, allí la ley no es solo “derecho incorrecto”, sino que carece por completo de la naturaleza del derecho, pues no se puede definir el derecho, inclusive el derecho positivo, de otra manera que como una orden y estatuto, que de acuerdo con su sentido están determinados a servir a la justicia. Medidos en esa escala tramos enteros del derecho nacional-socialista nunca alcanzan la dignidad de derecho válido.

2.2.3 Ronald Dworkin

É precisamente o intuito que será manifestado nos próximos capítulos de se propor um efetivo conteúdo à “injustiça extrema”, a fim de que se conclua pela possibilidade ou não de ser aceita como critério limitador do conteúdo jurídico, que torna interessante a análise de Dworkin, autor que vem sendo visto como um importante não-positivista – para alguns, até mesmo um jusnaturalista.

Para Dworkin (2010, p. 29), a natureza interpretativa do Direito faz com que sua definição deva partir da prática efetiva, que sempre leva em consideração valores morais. Por isso, como ele mesmo reconhece, sua teoria é criticada sob argumento de ser “apenas uma teoria da decisão judicial”.

Afora a prática jurídica, o autor parece identificar uma relação fática e invencível entre o Direito e a Moral, mas nem sempre há elementos normativos em sua teoria a justificá-la. Quer-se com isso dizer que a afirmação de Dworkin de que existem sempre critérios e julgamentos morais dentro dos critérios e julgamentos jurídicos, pois “nenhuma distinção definitiva pode ser feita entre padrões jurídicos e morais” (DWORKIN, 2002²⁷ *apud* DIMOULIS, 2006, p. 95) não equivale a dizer que o Direito – o Direito preestabelecido – *deve* contemplar critérios de correção moral, como afirma Alexy (2009).

Por fim, Dworkin (2010, p. 51) opta por tratar o Direito como um segmento da Moral, e não como algo separado dela, afirmando que “poderíamos tratar a teoria jurídica como uma parte especial da moral política, caracterizada por uma nova depuração das estruturas institucionais”.

A afirmação de que o Direito é parte da Moral inviabiliza a adoção ampla da teoria de Dworkin para os propósitos aqui pretendidos, já que este estudo pressupõe a possibilidade de divergência real entre o conteúdo jurídico e o conteúdo moral, ainda que parcialmente.

Portanto, como dito, a teoria de Dworkin será abordada apenas para que se tenham mais subsídios a amparar o conteúdo que se pretende propor para a expressão “extrema injustiça” e a possível aceitação de suas consequências. Por esta razão, não serão abordadas todas as distintas relações que o autor estabelece entre o Direito e a Moral.

Dworkin (2010, p. 9 e 20) afirma que se devem encontrar os valores que melhor justificam a prática jurídica, mediante o estudo do “conceito aspiracional do direito”, que é

²⁷ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução e notas de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 73.

o ideal de legalidade. Como, para ele, “qualquer teoria sobre a melhor maneira de entender um valor explicitamente político como o valor aspiracional do direito deve ser um exercício de moralidade política”, “a moral está inevitavelmente presente” (DWORKIN, 2010, p. 20-21).

Segundo o autor, não há dúvida sobre a relação entre o valor da legalidade e o problema da identificação das alegações de direito verdadeiras ou válidas. Neste sentido, se, para ele, “a questão importante é saber se e como a moral é pertinente para se decidir quais proposições de direito são verdadeiras” (DWORKIN, 2010, p. 8), é importante saber se e como a Moral interfere no próprio conceito de legalidade.

A despeito de haver diversas maneiras de se afirmar o conceito de legalidade, pode-se dizer que “a legalidade é acionada quando as autoridades políticas utilizam o poder de coerção do Estado”, que só pode ser exercido “segundo critérios estabelecidos da maneira correta antes de serem acionados” (DWORKIN, 2010, p. 240).

É importante, então, que se identifiquem tais critérios, que, segundo Dworkin, incluem, necessariamente, considerações morais, e são objeto de visível discordância:

As pessoas discordam visivelmente acerca dessas questões. Algumas dizem, como observei há pouco que os julgamentos de Nuremberg formam uma agressão à legalidade, tenham ou não se justificado, em última análise, por algum outro valor. Outras, porém, afirmam que os julgamentos protegeram ou enfatizaram os verdadeiros ideais de legalidade. As pessoas divergem, atualmente, em termos semelhantes, a respeito dos julgamentos de ditadores depostos por atos desumanos não condenados pelo direito local na ocasião em que foram praticados, e a respeito dos julgamentos dos déspotas dos Bálcãs nos tribunais penais internacionais. Essa diversidade de pontos de vista representa uma adesão comum ao valor da legalidade, mas também concepções diferentes sobre o que é a legalidade. (DWORKIN, 2010, p. 239-240).

Para Dworkin, as questões de teoria do direito devem ser consideradas como questões morais sobre “quando, até que ponto e por qual motivo as decisões coletivas dotadas de força cogente e as convenções especializadas devem ter a última palavra em nossas vidas”, pois, assim, deixaremos de duvidar “que a justiça tem um papel a desempenhar na determinação do que é o direito”, e nos concentraremos na “questão mais complexa e importante de saber, exatamente, que papel é esse” (DWORKIN, 2010, p. 51).

Essa postura diverge frontalmente da tese da separação dominante no Juspositivismo, para o qual, segundo Dworkin, a inclusão de critérios morais dentre os jurídicos compromete a legalidade, “porque os critérios morais permitem que os cidadãos e as autoridades que divergem, em geral ferrenhamente acerca das exigências da moral, sobreponham seu próprio julgamento àquele já estabelecido” (DWORKIN, 2010, p. 247).

A rejeição de Dworkin (2010, p. 249) à concepção positivista de legalidade, “que insiste que a moral não é pertinente à identificação do direito” pode ajudar, como dito, na formulação de um conteúdo apropriado para o que Alexy (2009) chama de “extrema injustiça”. Isso porque são exatamente os limites do que se pode ser apreendido como “jurídico”, o que exige a definição de um critério aberto ou não de legalidade, que permitirão a eventual aceitação da recusa não-positivista ao conteúdo jurídico que seja extremamente injusto.

Ademais, o entendimento de Dworkin (2010) de que o poder de coerção do Estado só pode ser exercido se devidamente atendido o princípio da legalidade, somado ao seu entendimento pela necessária inclusão de critérios morais na determinação do que o atende – do que é, de fato, o Direito – leva a sua afirmação de que o conceito de Direito pressupõe, ao menos em princípio, o oferecimento de uma justificativa para a coerção oficial. Neste sentido, pode-se testar se o conteúdo extremamente injusto teorizado por Alexy (2009) atuaria como causa de supressão desta justificativa, o que será feito no próximo capítulo.

2.2.4 Linhas gerais sobre o Não-Positivismo Jurídico

A definição primeira de Não-Positivismo Jurídico poderia ser, na menção de Hart (2009, p. 10), “uma parte da teoria do direito contemporâneo que critica o ‘positivismo’ jurídico herdado de Austin”.

Ao contrário do Positivismo Jurídico, que defende o critério de validade jurídica formal e a ausência de vinculação necessária entre Direito e Moral, a doutrina não-positivista, especialmente na versão de Alexy (2009), acredita que para que o conjunto normativo seja como Direito reconhecido, este não pode conter determinações extremamente injustas.

A denominação “Não-Positivismo” é adotada neste trabalho por ser a designação atribuída por Alexy (“non-positivism”) a sua teoria e às doutrinas que defendem a tese da vinculação entre Direito e Moral.

Dimoulis (2006, p. 85) utiliza o nome “Jusmoralismo”, mas não se encontrou respaldo para este nome na literatura.

Muitos chamam as correntes não-positivistas de pós-positivistas, o que também não parece se afigurar correto. De fato, a expressão “pós-positivista” traz, em si, a ideia de que

a concepção positivista fora superada, o que não se verifica. O Não-Positivismo parte de premissas estabelecidas pelo Positivismo, e não as rechaçará ao final de suas investigações, pelo contrário. Realmente, diferentemente do Jusnaturalismo, que se afigurava como doutrina diametralmente oposta ao Juspositivismo, o Não-Positivismo convive com o Positivismo, mesmo porque deste retira alguns de seus pressupostos mínimos. Não há, portanto, superação do Positivismo.

2.3 Síntese

Logo no início da *Teoria Pura do Direito*, Kelsen observa:

Sob este aspecto, as coisas não se modificaram muito depois da Segunda Guerra Mundial e das confusões políticas que dela resultaram. Agora, como antes, uma ciência jurídica objetiva que se limita a descrever o seu objeto esbarra com a pertinaz oposição de todos aqueles que, desprezando os limites entre ciência e política, prescrevem ao Direito, em nome daquela, um determinado conteúdo, quer dizer, crêem poder definir um Direito justo e, conseqüentemente, um critério de valor para o Direito positivo. É especialmente a renascida metafísica do Direito natural que, com esta pretensão, sai a opor-se ao positivismo jurídico. (KELSEN, 1998, p. XVIII).

A contraposição entre a tese da separação positivista e a tese da vinculação não-positivista encontra, muitas vezes, justificção nas várias e opostas abordagens sobre o nazismo.

Notou-se, até aqui, como este episódio histórico influenciou a doutrina jurídica, fazendo, de um lado, surgir uma nova corrente teórica do estudo do Direito e, de outro, exigindo respostas da corrente teórica então predominante.

A utilização do exemplo nazista é fio condutor de defesa da tese da conexão necessária entre Direito e Moral e será, por isso, o ponto de partida do próximo capítulo.

O objetivo final é verificar se Hart (2009, p. 10) está certo ao dizer que a afirmação de que “uma lei injusta não é lei” é exagerada e paradoxal, ou mesmo falsa, ou se, ao contrário, Alexy (2009) tem razão ao recusar o *status* de Direito aos conteúdos extremamente injustos.

3 NAZISMO, NÃO-POSITIVISMO E EXTREMA INJUSTIÇA

Esclareceu-se, no capítulo anterior, que o Não-Positivismo é entendido, para os fins deste estudo, como uma corrente doutrinária que surge como alternativa ao Juspositivismo e ao Jusnaturalismo, exatamente em razão dos episódios bárbaros ocorridos durante a Segunda Guerra Mundial. Desta forma, o Não-Positivismo atendeu à retomada de elementos materiais de justiça tão reivindicados no pós-guerra sem recorrer ao Direito Natural, inaugurando, portanto, uma terceira forma de se pensar o Direito.

Não há dúvidas, assim, de que o nazismo tem relevância determinante no próprio surgimento do Não-Positivismo. O que será verificado, todavia, é mais do que a sua natureza de causa histórica para as correntes não-positivistas, o seu caráter de “elemento definidor” do Direito, pelo que se entende que as características concretas do nazismo são incorporadas no próprio plano conceitual do Não-Positivismo²⁸.

Buscar-se-á, então, primeiramente, confirmar se o nazismo é, de fato, razão justificadora determinante para a defesa não-positivista da tese da vinculação necessária entre Direito e Moral.

A assim se confirmar, será necessário verificar a pertinência de uma corrente cuja base de sustentação é o recurso ao exemplo nazista. Em síntese, se o nazismo, por si, não justificar a necessidade de vinculação necessária entre Direito e Moral, será preciso analisar se as teorias não-positivistas ainda se sustentarão ou se, ao contrário, sofrerão um déficit de justificação.

Em qualquer caso, será válido analisar se a inclusão do elemento Moral no conceito de Direito é capaz de impedir ou, ao menos, evitar a ocorrência de novos episódios tão injustos quanto aquele, a ponto de ser preferível à doutrina positivista e, supostamente, a uma maior segurança jurídica, o que será feito no próximo capítulo.

3.1 O Direito nazista

Antes de se verificar o papel do nazismo no conceito não-positivista de Direito, é importante apontar, brevemente, o tipo de disposições iníquas presentes no ordenamento jurídico nazista.

²⁸ A expressão “elemento definidor” representará, em todo este estudo, as características concretas do nazismo incorporadas no próprio plano conceitual do Não-Positivismo.

De fato, a fim de que se possa compreender se o exemplo nazista impacta tão essencialmente na opção pela tese da conexão, é preciso conhecer, antes, de que forma o Direito foi atingido por este regime totalitário.

É importante lembrar, ainda que pareça óbvio, que o objeto deste estudo tem como pressuposto primeiro o reconhecimento de que grande parte das injustiças perpetradas durante a Segunda Guerra Mundial tinha amparo jurídico e estava estampada, se não direta, indiretamente, em atos normativos editados ao menos com forma e pretensão de serem jurídicos.

Desta forma, à luz dos atos considerados crimes nos julgamentos em Nuremberg, é importante verificar de que forma o ordenamento jurídico nazista previu ou possibilitou a prática de guerra de agressão, assassinato, extermínio, escravização, deportação, prisão ilegal, perseguições por motivos políticos, raciais e religiosos, maus-tratos e outros atos desumanos praticados contra qualquer civil, bem como a destruição de lugares ou devastação não justificadas pela guerra (INTERNATIONAL MILITARY TRIBUNAL, 1947, v. I, p. 11).

3.1.1 Composição do ordenamento jurídico nazista

A análise do Direito Positivo “nazista” exige a leitura de diversos atos normativos editados durante a década de 1930 e o início da década de 1940, sob as mais diversas denominações.

O principal meio pelo qual houve alteração legislativa naquele período assume, aparentemente, a forma de decreto (*decree*). Mas a orientação normativa daquele período encontra diversas outras formas reveladas, especialmente, nos anos dos julgamentos em Nuremberg²⁹.

A despeito de não haver correspondência na “tradicional” teoria do Direito, não se pode deixar de notar que os diversos memorandos e cartas expedidos durante aquele período tinham nítido caráter normativo, devendo, por isso, ser considerados como parte integrante daquele Direito, o que confere ao ordenamento jurídico nazista um caráter ainda mais injusto e intolerável do que se poderia pensar.

²⁹ Parte das leis e decretos mais conhecidos e importantes será mencionada no item seguinte.

O “Ato Autorizador”³⁰, de 24 de março de 1933, autorizou o Executivo a editar decretos com força de lei, autorizando que divergissem da Constituição de Weimar (NUERNBERG MILITARY TRIBUNALS, v. III, 1951, p. 163). Desta forma, os Poderes Legislativo e Executivo ficaram concentrados nas mãos de Hitler e a Constituição perdeu qualquer efeito prático (NUERNBERG MILITARY TRIBUNALS, 1951, v. III, p. 35). Em síntese, o *Reichstag* aprovou um decreto por meio do qual efetivamente abdicava de seus poderes constitucionais e munia Hitler e os nazistas com poderes ilimitados (EDELHEIT; EDELHEIT, 1994, p. 33).

A execução do “empreendimento” nazista exigiu, ainda, a assunção de total controle, por parte do Ministério da Justiça do *Reich*, da “administração da justiça, incluída a preparação da legislação concernente a todos os ramos do Direito, e controle dos tribunais e prisões”³¹ (NUERNBERG MILITARY TRIBUNALS, v. III, 1951, p. 18).

De fato, os Ministérios da Justiça dos estados foram abolidos e todas as funções e poderes foram concentradas no Ministro da Justiça do *Reich*, que se tornou a autoridade judicial suprema. Estes se subordinavam apenas a Hitler, que já houvera se autoproclamado “o Supremo Senhor da Lei do povo alemão”³² (NUERNBERG MILITARY TRIBUNALS, 1951, v. III, p. 36).

A dimensão desta “supremacia” pode ser verificada pela leitura de um de seus discursos perante o *Reichstag*, em 26 de abril de 1942:

Eu espero uma coisa: que a nação me conceda o direito de intervir imediatamente e de agir, eu mesmo, onde quer que uma pessoa falhe em prestar obediência incondicional e serviço no desempenho de uma tarefa maior que é uma questão de ser ou não ser. O fronte e a pátria, o sistema de transporte, administração, e justiça precisam obedecer somente uma ideia, a de se alcançar a vitória. Em tempos como o presente, ninguém pode insistir em seus direitos estabelecidos, mas todos devem saber que hoje há apenas deveres.

Eu, portanto, peço ao Reichstag alemão que confirme expressamente que eu tenho o direito legal de manter cada um em seu dever e de demitir ou remover de função ou posição, sem consideração por sua pessoa ou direitos estabelecidos, quem quer que, em minha visão e de acordo com a minha opinião, tenha falhado em seu dever.³³ (NUERNBERG MILITARY TRIBUNALS, 1951, v. III, p. 50).

³⁰ Enabling Act.

³¹ The administration of justice, including preparation of legislation concerning all branches of law, and control of the courts and prisons.

³² The Supreme Law Lord of the German people.

³³ I do expect one thing: that the nation gives me the right to intervene immediately and to take action myself wherever a person has failed to render unqualified obedience and service in the performance of the greater task which is a matter of to be or not to be. The front and the homeland, the transport system, administration, and justice must obey only one idea, that of achieving victory. In times like the present, no one can insist on his established rights, but everyone must know that today there are only duties.

A completar esta configuração do poder, “determinados tribunais extraordinários de natureza predominantemente política, com ampla e arbitrária jurisdição penal, foram sobrepostos ao sistema judicial ordinário existente”³⁴ (NUERNBERG MILITARY TRIBUNALS, 1951, v. III, p. 18).

Esses tribunais extraordinários aplicavam penas cruéis ou de morte a adversários políticos e membros de determinada “raça” ou grupo. Um deles, o “Tribunal Popular”³⁵, era composto por pessoas confiáveis ligadas ao partido nazista, a maioria indicada pelo próprio Hitler. Em colaboração com a Gestapo³⁶, o Tribunal Popular tornou-se um “tribunal do terror”, famoso pelo rigor das punições, sigilo dos procedimentos e negativa das prerrogativas típicas do processo judicial aos acusados que, em verdade, já haviam sido suprimidas pelos próprios atos normativos. Assim, os réus eram muitas vezes punidos, sem que sequer houvesse a prática de um ato lesivo, a arbítrio dos julgadores, cuja independência, por sinal, houvera sido destruída, mesmo porque os juízes perdiam seus cargos por razões políticas.

A prática judicial – apesar de muitas vezes fugir a qualquer definição mínima do que de fato possa representar uma prática judicial, em razão dos delineamentos nitidamente políticos, por meio dos quais juízes, promotores e advogados eram reduzidos a meras armas administrativas do nazismo – incluía orientações normativas transmitidas por meio de cartas circulares e por meio de “cartas dos juízes”³⁷, que eram correspondências periódicas enviadas pelo Ministro da Justiça a todos os promotores e juízes do *Reich*, instruindo-os sobre os resultados que deveriam realizar (NUERNBERG MILITARY TRIBUNALS, 1951, v. III, p. 19).

A leitura de algumas cartas circulares permite considerar que seu papel era de nítida orientação procedimental aos atores do sistema judicial. A exemplo, a “Carta Circular” de 15 de dezembro de 1941, escrita por Schlegelberger³⁸, ditava que “todo juiz e todo promotor público enquanto se desincumbindo de seu dever precisa manter as palavras do

I therefore ask the German Reichstag to confirm expressly that I have the legal right to keep everybody to his duty and to cashier or remove from office or position, without regard for his person or his established rights, whoever, in my view and according to my considered opinion, has failed to do his duty.

³⁴ Certain extraordinary courts of a predominantly political nature, with wide and arbitrary criminal jurisdiction, were superimposed upon the existing ordinary court system.

³⁵ “People’s Court”, que se tornou o tribunal de jurisdição inicial e final em casos de traição ou alta traição (NUERNBERG MILITARY TRIBUNALS, 1951, v. III, p. 18), casos estes que poderiam ser configurados por quase qualquer ato, a depender da vontade de seus membros.

³⁶ Polícia Secreta do Estado.

³⁷ É possível diferenciar entre estes dois tipos de “cartas”, especialmente porque o “instituto” das “cartas dos juízes” (*judges’ letters*) foi, ele mesmo, instituído por meio de uma “carta circular”.

³⁸ Ministro da Justiça no Terceiro *Reich* entre 1941 e 1942 (NUERNBERG MILITARY TRIBUNALS, 1951, v. III, p. 3)

Fuehrer em mente. Isso permitirá ao juiz cumprir a sua tarefa da maneira que é exigida pelo *Fuehrer*”³⁹ (NUERNBERG MILITARY TRIBUNALS, 1951, v. III, p. 432).

Já as cartas conhecidas como “cartas dos juízes” continham decisões importantes como “exemplos”. Tais cartas foram instituídas por meio de Carta Circular de 7 de setembro de 1942, na qual se dispôs acerca do “estabelecimento e função das cartas dos juízes”⁴⁰ (NUERNBERG MILITARY TRIBUNALS, 1951, v. III, p. 523).

Segundo Thierack⁴¹, as cartas serviam para “dizer como as autoridades judiciais pensam que a justiça nacional-socialista deve ser aplicada e, assim, dar ao juiz a segurança e a liberdade de chegar à conclusão correta”⁴² (NUERNBERG MILITARY TRIBUNALS, 1951, v. III, p. 53). O funcionamento das “cartas” exigia a colaboração dos juízes, pelo envio das decisões que acreditavam importantes ao Ministro da Justiça, que as repassava, se assim concordasse, a todos os juízes e promotores.

Não restam dúvidas de que essas cartas funcionavam como verdadeiros precedentes e, portanto, integravam o ordenamento jurídico nazista, ainda que ferindo diversos princípios próprios do Direito, especialmente a impessoalidade e a publicidade. Todavia, dentro de um ordenamento jurídico totalitário, não se pode afastar o caráter jurídico formal de determinados atos apenas por não se servirem a princípios que, na verdade, são típicos da democracia.

Ademais, com a concentração de todas as funções do Estado nas mãos de poucas pessoas – ou, em se querendo, nas mãos de Hitler – torna-se difícil apontar a precisa divisão entre apontamentos normativos e políticos.

O Protocolo de Wannsee, por exemplo, reconhecido como o “documento mais vergonhoso da história” assim dispõe:

Em grandes colunas de operários de um único sexo, os judeus aptos para o trabalho avançarão para o leste construindo estradas. Sem dúvida a grande maioria será eliminada por causas naturais. E sem dúvida qualquer remanescente final que sobreviva consistirá dos elementos mais resistentes. Será preciso lidar com eles apropriadamente, porque do contrário, por seleção natural, formariam a célula germinal de um novo renascimento judaico. (ROSEMAN, 2003, p. 130).

³⁹ Every judge and every public prosecutor while doing his duty must keep these words of the Fuehrer in mind. This will enable him to fulfill his task in such a manner as is demanded by the Fuehrer.

⁴⁰ Establishment and function of the *Judges' Letters*.

⁴¹ Ministro da Justiça no Terceiro *Reich*, em substituição a Schlegelberger (NUERNBERG MILITARY TRIBUNALS, 1951, v. III, p. 3).

⁴² Tell how judicial authorities think National Socialist justice should be applied and thereby give the judge the inner security and freedom to come to the right decision.

Segundo Edelheit e Edelheit (1994), o Protocolo de Wannsee deliberava o propósito único de matar:

Depois de intensa discussão, os nazistas decidiram lidar primeiro com os judeus poloneses e estender a Solução Final dali. Começando na primavera de 1942, com a justificativa de “reassentamento”, eles transportaram a maioria dos judeus poloneses em vagões fechados de gado para os recentemente estabelecidos campos de extermínio. [...]. Algumas das vítimas que chegavam [...] eram escolhidas para trabalhar; o restante era enviado imediatamente, ou quase imediatamente, para as câmaras de gás. Dependendo do local e método, demorava de dez a trinta minutos para morrerem.⁴³ (EDELHEIT; EDELHEIT, 1994, p. 60-61).

Pode o Protocolo de Wannsee, fruto de uma reunião secreta, mas registrada e com objetivos de dever-ser bem definidos aos seus destinatários ser considerado um ato jurídico? Caso a resposta seja sim, será preciso reconhecer que o genocídio praticado especialmente nos últimos anos da Segunda Guerra Mundial é fruto da determinação de uma norma jurídica, inserta no referido “documento mais vergonhoso da história”.

3.1.2 Conteúdo de alguns dos principais atos normativos

A confirmação da hipótese de que o Não-Positivismo sustenta a tese da conexão sobre o exemplo nazista exige que se conheçam, ao menos, alguns dos conteúdos marcantes do Direito nazista. De forma geral, pode-se dizer que todos os atos praticados tinham amparo, direto ou indireto⁴⁴, no Direito Positivo vigente.

Um breve resumo de Roseman (2003) ajuda a compreender a cronologia do ordenamento nazista:

Desde o momento em que Hitler subiu ao poder, no dia 30 de janeiro de 1933, os judeus da Alemanha se viram na linha de fogo. Dando continuidade a um padrão extremamente familiar a partir das semanas e meses que precederam a designação de Hitler como chanceler, o corpo paramilitar nazista (SA) e membros da Juventude Hitlerista envolveram-se em quebra-quebras contra alvos judeus. Poucas semanas depois, o chefe do Partido regional (Gauleiter) assumira a campanha, fomentando ataques organizados contra lojas judaicas num bairro após outro. Um boicote nacional, patrocinado pelo governo, a estabelecimentos judaicos no início de abril foi seguido por um expurgo do serviço público. Entre

⁴³ After intense discussion the Nazis decided to deal first with Polish Jewry and to spread the Final Solution from there. Starting in spring 1942, under the pretense of “resettlement”, they transported the majority of Polish Jews in closed cattle wagons to the newly established death camps. (...) A few of the arriving victims [...] were chosen for work; the rest were sent immediately, or almost immediately, to the gas chambers. Depending on location and method, it took the victims from ten to thirty minutes to expire.

⁴⁴ Ainda quando os atos normativos não determinavam, por exemplo, o extermínio dos judeus de forma direta, faziam-no de forma indireta, ao retirar sua cidadania, confiscar seus bens e deixá-los sem condições mínimas de sobrevivência.

1933 e 1934 os judeus foram quase completamente removidos da vida pública alemã. Após uma breve pausa, e com mais uma interrupção durante os meses em torno dos Jogos Olímpicos de Berlim, o período 1935-37 assistiu a toda uma série de medidas adicionais: os judeus perderam sua cidadania, foram proibidos de ter relações sexuais com arianos e foi-lhes negado o acesso a quase todas as comodidades públicas. Perto do fim de 1937 a intensidade da investida crescera em vários graus. Foi negada aos judeus praticamente qualquer possibilidade de ganhar a vida com independência. O regime aumentou a pressão para que emigrassem. Na ‘Kristallnacht’, 9 de novembro de 1938, a brutalidade nazista arrombou portas e janelas de quase todas as casas e estabelecimentos judaicos que restavam no país. Quando a Segunda Guerra Mundial foi deflagrada, a Alemanha já trilhara um trecho espantosamente longo da estrada da perseguição; os judeus que restavam no país eram um remanescente encolhido, aterrado, que vivia de economias e da caridade comunal. (ROSEMAN, 2003, p. 15-16).

Todas estas medidas – expurgo do serviço público, perda da cidadania, proibição de se relacionarem com arianos, ausência de acesso a comodidades públicas – tinham respaldo jurídico. Ainda assim, o Direito nazista tem diversas normas que hoje se sabem essencialmente perversas, mas que não diziam, expressamente, o tamanho da perversidade que veiculavam.

Além disso, ainda que bem documentado⁴⁵, grande parte da informação é incompleta e de difícil acesso, e nem sempre a interpretação a seu respeito converge. Como explicam Edelheit e Edelheit (1994),

Uma grande parte da legislação antijudaica, por exemplo [...] foi promulgada por quase todo país aliado ou ocupado pelos nazistas. Todavia, grande parte dos dados efetivos sobre a legislação antisemita permanece inexplorada. Na maioria dos casos, não existe compilação sobre as leis antijudaicas; para descobrir estas leis, o leitor precisa se debruçar sobre os diários oficiais de praticamente todos os países da Europa.⁴⁶ (EDELHEIT; EDELHEIT, 1994, p. xviii).

Para os citados autores, a legislação antisemitista nazista teve três fases:

Primeiro, entre abril de 1933 e setembro de 1935, os nazistas limitaram severamente a esfera de atividade econômica permitida aos judeus alemães. Segundo, entre setembro de 1935 e 1937, os nazistas definiram o componente racial de sua legislação e reduziram os judeus ao status de *Reichsangehörigen* – objetos do estado, ou algo como menos que cidadãos de segunda classe. Terceiro, entre 1937 e setembro de 1939, os nazistas eliminaram completamente os judeus alemães da economia.

Com a deflagração da guerra e a ocupação nazista de grande parte da Europa, a legislação existente foi ampliada e tornada mais sistemática. De fato, a legislação anunciada neste período pôs as bases legais para a Solução Final. De especial importância, a este respeito, foi a introdução da insígnia judaica por toda a

⁴⁵ Segundo Roseman (2003, p. 9), “o Holocausto é o assassinato em massa mais bem documentado da história”.

⁴⁶ A large measure of anti-Jewish legislation, for example [...] was promulgated by almost every country allied to or occupied by the Nazis. Nevertheless, much of the raw data on antisemitic legislation remains untapped. In most cases, no compilation exists of all anti-Jewish laws; to uncover such laws a reader must pore over the official state journals for virtually every country in Europe.

Europa e, em outubro de 1941, a proibição da emigração judaica.⁴⁷ (EDELHEIT; EDELHEIT, 1994, p. 299).

Em setembro de 1935, duas leis específicas, chamadas de “Lei da Cidadania Estatal”⁴⁸ e “Lei para a Proteção do Sangue e Honra Alemães”⁴⁹, mais conhecidas como “Leis de Nuremberg”, “serviram ao duplo propósito de definir quem era considerado um judeu e de revogar os poucos direitos remanescentes dos judeus”⁵⁰ (EDELHEIT; EDELHEIT, 1994, p. 43-44). A primeira lei assim dispunha:

Lei, 15 de Setembro de 1935, para a Proteção do Sangue e Honra Alemães
1935 Reichsgesetzblatt Parte 1, Página 1146

Imbuído com a convicção de que a pureza do sangue alemão é o pré-requisito para a sobrevivência do povo alemão, e animado pelo propósito inflexível de salvaguardar a nação alemã por todo o futuro, o Reichstag aprovou por unanimidade a seguinte lei, que é assim promulgada:

Artigo 1

(1) Casamentos entre judeus e cidadãos de sangue alemão ou relacionado são proibidos. Casamentos efetuados apesar desta lei são nulos, mesmo que concluídos fora do país a fim de fugir à lei.

[...]

Artigo 2

Relação sexual (exceto no casamento) entre judeus e cidadãos alemães de sangue alemão ou relacionado é proibida.

[...].⁵¹ (NUERNBERG MILITARY TRIBUNALS, v. III, 1951, p. 180).

⁴⁷ First, between April 1933 and September 1935, the Nazis severely limited the sphere of economic activity permitted to German Jews. Second, between September 1935 and 1937, the Nazis defined the racial component of their legislation and reduced Jews to the status of *Reichsangehörigen* – subjects of the state, or something less than second-class citizens. Third, between 1937 and September 1939, the Nazis completely eliminated German Jews from the economy.

With the outbreak of war and the Nazi occupation of much of Europe, existing legislation was extended and made more systematic. In effect, legislation announced in the period laid the legal precedents for the Final Solution. Of special importance, in this regard, were the introduction of the Jewish badge throughout Europe and the October 1941 ban on Jewish emigration.

⁴⁸ The State Citizenship Law.

⁴⁹ The Law for the Protection of German Blood and German Honor.

⁵⁰ (...) served the dual purpose of defining who was considered a Jew and of revoking the Jews few remaining rights.

⁵¹ LAW, 15 SEPTEMBER, 1935, FOR THE PROTECTION OF GERMAN BLOOD AND HONOR 1935 REICHSGESETZBLATT, PART 1, PAGE 1146

Imbued with the conviction that the purity of the German blood is the prerequisite for the permanence of the German people, and animated by the inflexible will to safeguard the German nation for all future, the Reichstag has unanimously enacted the following law, which is promulgated herewith:

Article 1

(1) Marriages between Jews and German nationals of German or related blood are prohibited. Marriages concluded despite of this are void, even if concluded abroad in order to circumvent this law.

[...]

Article 2

Sexual intercourse (except in marriage) between Jews and German nationals of German or related blood is forbidden.

[...].”

As “Leis de Nuremberg” definiram precisamente os judeus, alemães e uma categoria intermediária miscigenada, servindo de base para a subsequente legislação antissemita (EDELHEIT; EDELHEIT, 1994, p. 348). Pelo menos cento e vinte e uma leis, decretos e outros atos normativos, editados entre 1935 e 1939, “destruíram completamente quaisquer alicerces que poderiam ter sobrevivido para a continuação da vida judaica na Alemanha”⁵² (EDELHEIT; EDELHEIT, 1994, p. 44).

O “Primeiro Decreto da Lei da Cidadania do *Reich*”⁵³ foi editado em 14 novembro de 1935 e trazia disposições como “um judeu não pode ser um cidadão do *Reich*”⁵⁴ e “ele não tem o direito de votar em assuntos políticos; ele não pode ocupar cargos públicos”⁵⁵ (SILBERMAN, 1999).

Em junho de 1935, o artigo 2 do Código Penal passou a ter a seguinte redação:

Quem quer que cometa um ato que a lei declare como punível ou que merece punição conforme a ideia fundamental de uma norma penal ou o sentimento sólido do povo, deve ser punido. Se nenhuma específica lei penal pode ser diretamente aplicada a este ato, então este deve ser punido de acordo com a lei cujo espírito implícito pode ser mais prontamente aplicada para o ato.⁵⁶ (NUERNBERG MILITARY TRIBUNALS, 1951, v. III, p. 45).

Na mesma oportunidade, foram acrescentados ao Código os seguintes artigos:

Artigo 170a – Se um ato merece punição de acordo com o sentimento sólido do povo, mas não é declarado punível no Código, a acusação deve investigar se o princípio implícito de uma lei penal pode ser aplicado ao ato e se a justiça pode ser ajudada a triunfar pela devida aplicação desta lei penal.

Artigo 267a – Se os procedimentos principais mostram que o acusado praticou um ato que merece punição de acordo com o sentimento sólido do povo, mas que não é considerado punível pela lei, então o tribunal deve investigar se o princípio implícito de uma lei penal pode ser aplicado ao ato e se a justiça pode ser ajudada a triunfar pela devida aplicação desta lei penal.⁵⁷ (NUERNBERG MILITARY TRIBUNALS, 1951, v. III, p. 45).

⁵² Utterly destroyed whatever foundations may have still survived to continue Jewish life in Germany”.

⁵³ First Decree to the Reich Citizenship Law.

⁵⁴ A Jew cannot be a Reich citizen.

⁵⁵ He is not entitled to the right to vote on political matters; he cannot hold public office.

⁵⁶ Whoever commits an act which the law declares as punishable or which deserves punishment according to the fundamental idea of a penal law or the sound sentiment of the people, shall be punished. If no specific penal law can be directly applied to this act, then it shall be punished according to the law whose underlying spirit can be most readily applied to the act.

⁵⁷ Article 170a – If an act deserves punishment according to the sound sentiment of the people, but is not declared punishable in the code, the prosecution must investigate whether the underlying principle of a penal law can be applied to the act and whether justice can be helped to triumph by the proper application of this penal law.

Article 267a – If the main proceedings show that the defendant committed an act which deserves punishment according to the sound sentiment of the people, but which is not declared punishable by the law, then the court must investigate whether the underlying principle of a penal law applies to this act and whether justice can be helped to triumph by the proper application of this penal law.

Em 5 de outubro de 1938, o Ministério do Interior do *Reich* invalidou todos os passaportes alemães possuídos por judeus. Os judeus deveriam entregar seus passaportes antigos, os quais se tornariam válidos apenas após carimbada a letra “J” (HOLOCAUST ENCYCLOPEDIA, 2013).

Em 25 de janeiro de 1938, foi editado um Decreto Circular do Ministério do Interior do *Reich* que determinava que pessoas sob prisão preventiva seriam colocadas em campos de concentração (NUERNBERG MILITARY TRIBUNALS, 1951, v. III, p. 320).

Já em 12 de novembro de 1938, foi editado o “Decreto para eliminar os judeus da vida econômica alemã”⁵⁸ e, em 23 de novembro de 1938 e 14 de dezembro de 1938, respectivamente, o “decreto para implementar o Decreto referente à eliminação dos judeus da vida econômica alemã”⁵⁹ e o “Segundo Decreto de implementação do Decreto para eliminar os judeus da vida econômica alemã”⁶⁰ (EDELHEIT; EDELHEIT, 1994, p. 306). Em 28 de novembro de 1938, foi editado o ato pelo qual o Ministério do Interior do *Reich* restringia a liberdade de ir e vir dos judeus e, no dia seguinte, o ato pelo qual se restringiu sua possibilidade de comunicação (HOLOCAUST ENCYCLOPEDIA, 2013).

Por um Decreto de 26 de outubro de 1939, judeus e poloneses foram sujeitados ao *Zwangsarbeit* (trabalho escravo ou forçado) e, depois de junho de 1941, também o foram os prisioneiros de guerra. O programa de trabalho forçado foi estendido a todos os países ocupados a partir de 1942.

Em 4 de março de 1941, o Decreto acerca da “Administração de Justiça Penal contra Poloneses e Judeus nos territórios lestes incorporados”⁶¹ dispunha que os judeus e poloneses seriam punidos em diversos casos, e que “o promotor público deve processar um polonês ou um judeu se ele considerar a punição como do interesse público”⁶² (NUERNBERG MILITARY TRIBUNALS, 1951, v. III, p. 632-633).

Em 1º de setembro de 1941, foi editado o “Decreto Policial referente às insígnias identificadoras para os judeus”⁶³ (EDELHEIT; EDELHEIT, 1994, p. 309). Em 1943, a “Ordem Oficial”⁶⁴ de 1º de abril tratava do anúncio do Ministério da Justiça do *Reich* de que “poloneses e judeus libertados de prisões em conformidade com uma decisão do

⁵⁸ Decree to eliminate the Jews from German economic life.

⁵⁹ Decree to implement the decree regarding the elimination of Jews from German economic life.

⁶⁰ Second implementation decree to the decree to eliminate the Jews from the German economic life.

⁶¹ Administration of Penal Justice against Poles and Jews in Incorporated Eastern Territories.

⁶² The public prosecutor shall prosecute a Pole or a Jew if he considers that punishment is in the public interest.

⁶³ Police decree regarding identification badges for Jews.

⁶⁴ Directive.

Escritório Central de Segurança do Reich devem ser transferidos para campos de concentração”⁶⁵ (NUERNBERG MILITARY TRIBUNALS, 1951, v. III, p. 347).

Outros países promulgaram normas antissemitistas. Na Hungria, em 11 de março de 1939, foi editada a “Lei número 1 de 1939 sobre Defesa Nacional”⁶⁶, que estabeleceu o trabalho forçado aos judeus (EDELHEIT; EDELHEIT, 1994, p. 312). Na Eslováquia, em 4 de julho de 1940, editou-se a “Lei referente à regulamentação preliminar da proposta de iniciar e executar a insolvência judaica”⁶⁷ (EDELHEIT; EDELHEIT, 1994, p. 315). Em 25 de junho de 1941, editou-se a “Proclamação do Ministério do Interior acerca da marcação das residências judaicas”⁶⁸ (EDELHEIT; EDELHEIT, 1994, p. 317).

Na Bélgica, foi editado, em 28 de outubro de 1940, o “Decreto sobre as medidas tomadas contra os judeus”⁶⁹, que previa que “1. Judeus que houvessem saído da Bélgica estavam proibidos de retornar; 2. Judeus tinham que comunicar sua presença na Bélgica e assim estabelecer um registro de judeus; 3. Todos os empreendimentos judeus precisavam ser comunicados; 4. Judeus estavam proibidos de estabelecer novos empreendimentos e tinham que identificar todas as lojas que lhes pertenciam como pertencentes a judeus”⁷⁰ (EDELHEIT; EDELHEIT, 1994, p. 325). Em 28 de outubro de 1940, editou-se o “Segundo Decreto acerca da exclusão dos judeus de cargos e posições profissionais”⁷¹ (EDELHEIT; EDELHEIT, 1994, p. 325).

Há um enorme número de atos normativos que expressamente se diziam “normas sobre medidas contra os judeus”. Diversos deles restringiam, até a total eliminação, todos os direitos de cidadãos dos judeus, inclusive, de frequentar lugares públicos, exercer qualquer atividade econômica, estudar e até adquirir itens de primeira necessidade ou ter qualquer posse, inclusive de seus negócios e residências. Diversas normas exigiam a identificação dos judeus e de tudo que lhes pertencia, com o manifesto propósito de facilitar o seu reconhecimento para posterior extermínio e confisco. Neste sentido,

mudanças discriminatórias feitas na família alemã e leis sucessórias com o único propósito de confiscar as propriedades dos judeus foram impostas pelo Ministério

⁶⁵ Poles and Jews released from prisons pursuant to a decision of the Reich Security Main Office, are to be transferred to concentration camps.

⁶⁶ Law number 1 of 1939 on National Defense.

⁶⁷ Law regarding the preliminary regulation of the proposition for initiating and enforcing Jewish insolvency.

⁶⁸ Interior Ministry proclamation regarding the marking of Jewish residences.

⁶⁹ Decree regarding measures undertaken against Jews

⁷⁰ 1. Jews who had fled from Belgium were forbidden to return; 2. Jews had to report their presence in Belgium and thereby establish a register of Jews; 3. All Jewish undertakings had to be reported; 4. Jews were forbidden to establish new businesses and had to mark all shops that belonged to them as Jewish owned.

⁷¹ Second decree regarding the exclusion of Jews from offices and professional positions.

da Justiça. Com sua morte, todas as propriedades judaicas eram perdidas em benefício do Reich. Judeus e poloneses, ambos na Alemanha e países ocupados, foram destituídos de sua cidadania, sua propriedade foi apreendida e confiscada, e eles foram privados de meios de sustento.⁷² (NUERNBERG MILITARY TRIBUNALS, 1951, v. III, p. 25).

Como se sabe, os judeus não foram as únicas vítimas do Estado nazista⁷³. Na década de 1930, os principais alvos da política de repressão nazista eram comunistas, sindicalistas, socialistas e todos os outros que se recusavam a ser intimidados pelo terrorismo nazista.

Em 1933, editou-se a lei para a “prevenção da descendência com doenças hereditárias”⁷⁴, que determinava que qualquer pessoa com uma doença hereditária ali prevista, bem como alcoólatras crônicos, seriam esterilizados (NUERNBERG MILITARY TRIBUNALS, 1951, v. III, p. 243).

Segundo Edelheit e Edelheit (1994, p. 34), essas pessoas teriam sido submetidas a um holocausto próprio, “não houvesse a oposição pública e da Igreja parado o Programa de Eutanásia (Operação T4) após uma curta duração. Ainda assim, aproximadamente 275.000 doentes mentais alemães e outras vítimas desta categoria foram intoxicados pelo gás em conformidade com o dogma eugênico nazista”⁷⁵.

Com o início da Segunda Guerra Mundial, todavia, muitas destas mesmas pessoas, bem como outras, consideradas pelo dogma nazista como “bocas inúteis”⁷⁶, foram eliminados em centros de eutanásia sob o pretexto de “morte por misericórdia”⁷⁷.

Afirma Roseman (2003) que, aliás, “a matação dos doentes mentais foi um elo importante na cadeia que levou à posterior matança de judeus”. A partir de 1939, os internos dos hospitais psiquiátricos foram mortos e, pela primeira vez, usou-se gás como instrumento. A partir da primavera de 1940, “os esquadrões da eutanásia começaram a matar todos os judeus com problemas de saúde mental sem submetê-los aos mesmos testes

⁷² Discriminatory changes made in the German family and inheritance laws for the sole purpose of confiscating Jewish properties, were enforced by the Justice Ministry. All Jewish properties were forfeited at death to the Reich. Jews and Poles, both in Germany and in the occupied countries, were deprived of their citizenship, their property was seized and confiscated, and they were deprived of means of earning a livelihood.

⁷³ Todavia, tendo em vista que o número de atos normativos nazistas referentes aos judeus é imensamente maior do que os existentes em relação às outras vítimas do regime, é inevitável que este trabalho dê maior atenção aos primeiros.

⁷⁴ Prevention of Progeny with Hereditary Diseases (Gesetz zur Verhuetung Erbkranken Nachwuchses).

⁷⁵ Had public and Church resistance not stopped the Euthanasia Program (Operation T4) after only a short duration. Still, approximately 275.000 mentally ill Germans and other victims within this category were gassed to conform with Nazi eugenic dogma.

⁷⁶ Useless mouths.

⁷⁷ Mercy killing.

que eram aplicados (ainda que muitas vezes de forma arbitrária) em outras circunstâncias” (ROSEMAN, 2003, p. 32). Segundo o autor, a passagem da eliminação destes para a dizimação de todos os judeus exigiu outros passos, mas “os departamentos e *staffs* envolvidos na execução do programa de eutanásia iriam mais tarde dedicar sua energia e perícia ao extermínio dos judeus” (ROSEMAN, 2003, p. 32-33).

Os prisioneiros de guerra, representantes da resistência, grupos religiosos, homossexuais e chamados sociais⁷⁸ e ciganos (EDELHEIT; EDELHEIT, 1994, p. 345-346), dentre outros, completam o grupo de demais perseguidos pelo nazismo e sua ideologia de “limpeza” da “raça humana”.

3.1.3 *Barbárie jurídica*

De tudo que foi exposto, parece não haver dúvidas de que os atos praticados pelos nazistas e fortemente recriminados como as piores barbáries cometidas na História da Humanidade encontravam fundamento em diversos tipos de atos jurídicos.

Como afirmado pelo Brigadeiro General Taylor (acusação), em um dos julgamentos em Nuremberg, no ano de 1947, tratava-se de “crimes cometidos em nome da lei”⁷⁹, “do que se passava por justiça no Terceiro *Reich*”⁸⁰ (NUERNBERG MILITARY TRIBUNALS, 1951, v. III, p. 31).

É importante notar que, mesmo que nem todas as normas buscassem a aniquilação dos perseguidos pelo nazismo de forma literal, não se poderia deixar de as ler à luz do que Hitler dizia, especialmente sobre os judeus. Em carta a Adolf Gemlich⁸¹ (FRIEDLÄNDER, 1997, p. 72⁸², *apud* ROSEMAN, 2003, p. 15), no ano de 1919, por exemplo, Hitler já afirmava que “o objetivo final deve ser a remoção inflexível de todos os judeus”. Segundo o autor, “desde o início dos anos 1920 até sua morte, Hitler permaneceu aferrado à ideia de que “Judá” era “a praga do mundo” e de que a saúde futura da Alemanha dependia da erradicação dessa praga” (ROSEMAN, 2003, p. 13).

Como afirmado durante os julgamentos em Nuremberg “as leis criminais alemãs, mediante uma série de acréscimos, expansões e perversões [...] se tornaram uma arma

⁷⁸ Asociais.

⁷⁹ Crimes committed in the name of the law.

⁸⁰ Of what passed for justice in the Third Reich.

⁸¹ Soldado alemão.

⁸² FRIEDLÄNDER, Saul. *Nazi germany and the jews: the years of persecution 1933-1939*. Londres, Phoenix Giant, 1997, p. 72.

poderosa para a subjugação do povo alemão e para o extermínio”⁸³ (NUERNBERG MILITARY TRIBUNALS, 1951, v. III, p. 19), e “tribunais especiais foram criados para facilitar o extermínio de poloneses e judeus e a supressão de oposição política geralmente pelo uso de procedimentos sumários e pelo emprego de normas criminais draconianas”⁸⁴ (NUERNBERG MILITARY TRIBUNALS, 1951, v. III, p. 20).

Segundo Edelheit e Edelheit (1994, p. 36), “os professores de Hitler, alguns deles os melhores em suas respectivas áreas, eram capazes de aparecer com precedentes que davam respaldo jurídico às medidas mais brutais que nenhum estado criminoso jamais experimentou”⁸⁵.

Pode-se, portanto, considerar atendido o pressuposto de que o ordenamento jurídico nazista, de fato, respaldou as barbáries cometidas nas décadas de 1930 e 1940, mesmo antes de iniciada a Segunda Guerra Mundial, passando-se, assim, à etapa seguinte deste estudo.

3.2 Existe Não-Positivismo⁸⁶ sem referência ao nazismo?

Todas as teorias não-positivistas estudadas para a elaboração deste estudo relacionam, de alguma forma, a necessidade de se incluir o elemento moral no conceito de Direito à ocorrência do nazismo.

Certamente, isso ocorre porque tais teorias têm sua gênese no ambiente intelectual proporcionado pelo fim da Segunda Guerra Mundial. Mais do que isso, todavia, a leitura de algumas obras dos autores não-positivistas permite sugerir que a brutalidade do nazismo, sobre a qual não pairariam dúvidas, é o que torna possível a comprovação da principal tese da doutrina, a tese da conexão necessária entre Direito e Moral.

A verificação dos autores mencionados a seguir torna realmente possível sustentar a afirmação de que o Direito nazista, especialmente pela configuração jurídica de seus propósitos, é um exemplo tão paradigmático nas referências não-positivistas, que as características concretas do nazismo – como causa do Não-Positivismo – são incorporadas

⁸³ The German criminal laws, through a series of additions, expansions, and perversions (...) became a powerful weapon for the subjugation of the German people and for the extermination.

⁸⁴ Special Courts were created to facilitate the extermination of Poles and Jews and the suppression of political opposition generally by the employment of summary procedures and the enforcement of Draconic penal laws.

⁸⁵ Hitler's professors, some of them the best in their respective fields, were able to come up with precedents that gave legal sanction to the most brutal measures that any criminal state has ever undertaken.

⁸⁶ Como visto no capítulo anterior, a denominação “Não-Positivismo” neste estudo não abarca correntes anteriores à Segunda Guerra Mundial.

no seu próprio plano conceitual abstrato. Em outras palavras, a ocorrência de um episódio histórico passa a ser parte da própria definição do Não-Positivismo.

Este entendimento pode ser corroborado pela afirmação de Alexy (2004, p. 291) de que “é verdade que a fórmula de Radbruch tem sido desenvolvida como reação frente ao nacional-socialismo”⁸⁷. E pela sua necessidade de afirmar que “também pode existir extrema injustiça fora do nacional-socialismo”⁸⁸ e, assim, que o âmbito de aplicação da extrema injustiça “não está limitado à injustiça nacional-socialista”⁸⁹, o que também é uma prova de que o Não-Positivismo tem incorporada em sua própria definição a ocorrência nazista.

Pretende-se demonstrar a hipótese proposta a partir das obras de Alexy, Radbruch e Dworkin, por terem tido seus traços essenciais apresentados no capítulo anterior, bem como de Fuller, por ter discutido com Hart, abertamente, acerca das consequências jurídicas no nazismo.

3.2.1 Robert Alexy

Tendo em vista que o conceito de “extrema injustiça” é o que dá norte a este estudo, iniciar-se-á a presente verificação a partir de Alexy.

Em sua principal obra acerca do conceito do Direito – *Conceito e Validade do Direito* (ALEXY, 2009) – o autor expõe o que representa a tese da conexão em sua teoria. Para comprovar o acerto desta tese e, por outro lado, criticar a posição contrária, Alexy adota, continuamente, o exemplo nazista.

O próprio “argumento da injustiça” – que, conforme se verificou no capítulo antecedente, é o que, de fato, justifica a tese da conexão na doutrina de Alexy⁹⁰ – é esclarecido, a todo o momento, mediante referência a aspectos do regime nazista (ALEXY, 2009, p. 48-52, 58, 64-68).

Alexy afirma que sua tese da vinculação pode ser chamada de “tese fraca da vinculação”, pois, como visto no capítulo anterior, não exige que o Direito seja sempre justo, mas apenas que não seja extrema ou intoleravelmente injusto (ALEXY, 2009, p. 57-58). Desta forma, o autor afirma, com razão, que a tese fraca da vinculação não exige uma

⁸⁷ Es verdad que la fórmula de Radbruch ha sido desarrollada como reacción frente al nacionalsocialismo.

⁸⁸ También puede existir extrema injusticia fuera del nacionalsocialismo.

⁸⁹ No está limitado a la injusticia nacionalsocialista.

⁹⁰ Poder-se-ia, resumidamente, afirmar que a tese da conexão se justifica na necessidade de se evitarem injustiças extremas.

identificação entre Direito e Moral, pois normas injustas – “apenas” injustas – são reconhecidas como jurídicas.

Para indicar o que pode ser uma injustiça verdadeiramente extrema, Alexy refere-se, exatamente, a uma decisão tomada acerca da não aplicabilidade do Direito nazista, que diz que “a tentativa de exterminar física e materialmente determinadas parcelas da própria população, incluídas mulheres e crianças, segundo critérios ‘racistas’ nada tem em comum com o direito e a justiça” (ALEXY, 2009, p. 58). Em outro momento, o autor retoma o exemplo, para afirmar:

[...] deve-se demonstrar que uma afirmação como:
 (1) A aniquilação física e material de uma minoria da população por motivos racistas é uma injustiça extrema,
 é suscetível de uma fundamentação racional, enquanto uma proposição como:
 (2) A aniquilação física e material de uma minoria da população por motivos racistas não é uma injustiça extrema,
 pode ser racionalmente refutada. (ALEXY, 2009, p. 66).

Alguém poderia dizer que o mero fato de recorrer ao ordenamento nazista para exemplificar o que é uma extrema injustiça – e assim, justificar a tese da conexão – não seria razão suficiente para atribuir ao exemplo nazista o condão de elemento definidor na teoria de Alexy.

Todavia, a análise da obra do autor como um todo permite concluir que a referência a traços do ordenamento nazista não é mera exemplificação, mas a própria indicação do conteúdo do “extremamente injusto”. Não se desconhece que Alexy afirma que são extremamente injustas as normas incompatíveis com um núcleo básico de direitos humanos (ALEXY, 2005, p. 76). Mas ele afirma, também, como anteriormente demonstrado, que a mera injustiça não é capaz de invalidar a norma jurídica. Entende-se, assim, que o elemento que efetivamente demonstra o que é uma violação dos direitos humanos suficientemente forte a justificar a desconsideração da norma como Direito é a referência ao núcleo normativo do ordenamento nazista.

A corroborar este entendimento, merecem análise duas outras passagens importantes, afora o Direito nazista, que são indicadas na obra de Alexy como caracterizadoras de injustiça extrema, a escravidão e a morte por tentativa de fuga da Alemanha Oriental à época da Guerra Fria.

O primeiro caso será tratado no próximo capítulo e, por ora, é importante ressaltar, apenas, que, ao contrário do que se entende racionalmente acerca do nazismo, a injustiça

extrema da escravidão é, como colocado pelo próprio autor, uma matéria controversa, que permite duas conclusões opostas (ALEXY, 2005, p. 79).

O reconhecimento da injustiça extrema no segundo caso enfrenta um problema ainda maior. Como explica Alexy, o ordenamento jurídico da República Democrática Alemã (RDA ou, no alemão, *Deutsche Demokratische Republik*, DDR) considerava ilegal o cruzamento da fronteira para a Alemanha ocidental. Além disso, autorizava os membros do exército a executar as competências necessárias ao cumprimento de suas funções, inclusive de vigilância, ordem e segurança. Concomitantemente, todavia, a própria Constituição de 6 de abril de 1968 da RDA, “segundo a concepção geralmente admitida, reconheceu o direito à vida e à integridade corporal”⁹¹, dentre outros direitos humanos (ALEXY, 2000, p. 199-200).

Desta forma, diferentemente das possibilidades deixadas pelo ordenamento jurídico nazista, observa-se que a punição dos atiradores do muro de Berlim era viável à luz do próprio Direito Positivo. Tanto é assim que, no caso tratado por Alexy, o Tribunal Territorial considerou antijurídicos, inclusive conforme o ordenamento da RDA, os atos de determinados atiradores que levaram à morte de uma pessoa que tentava ultrapassar os limites da Alemanha oriental (ALEXY, 2000, p. 201).

A fundamentação de que “as mortes eram puníveis inclusive de acordo com o direito positivo então vigente na RDA”⁹² (ALEXY, 2000, p. 202) foi recusada pelo Tribunal Constitucional Federal, segundo o autor de forma acertada, pois “quem interpreta hoje o direito então vigente na RDA à luz dos princípios do Estado de Direito, incorre, por via de uma manobra interpretativa *a posteriori* [...], em uma retroatividade encoberta, que é ainda mais grave que a aberta”⁹³ (ALEXY, 2000, p. 202).

Este quadro de incerteza, inclusive judicial, acerca da própria possibilidade de se resolver a questão à luz do Direito Positivo vigente – e, conseqüentemente, da necessidade ou não de se recorrer a uma postura não-positivista –, é razão suficiente para que o exemplo em questão não possa ter o mesmo papel que o nazismo na definição não-positivista.

É importante destacar que, mesmo que a questão não pudesse ser resolvida à luz do Direito Positivo – como, inclusive, é a opinião de Alexy –, o próprio autor reconhece que

⁹¹ Según la concepción generalmente admitida, reconociera el derecho a la vida y a la integridad corporal.

⁹² Las muertes eran punibles incluso de acuerdo con el derecho positivo entonces vigente en la RDA.

⁹³ Quien interprete hoy el derecho entonces vigente en la RDA a la luz de los principios del Estado de Derecho, incorre, por vía de una manobra interpretativa *a posteriori* [...], en una retroactividad encubierta, que es todavía más grave que la abierta.

não existe nenhuma discussão acerca de que o extermínio dos judeus dirigido pelos nacional-socialistas foi uma extrema injustiça (*extremes Unrecht*). Em comparação, e tal como será explicado, existem não poucos autores que são da opinião de que os disparos na fronteira alemã⁹⁴ não ultrapassaram o limiar da injustiça extrema.⁹⁵ (ALEXY, 2004, p. 272).

É interessante notar, ainda, que, ao contrário do Direito nazista, que ocupa posição central na principal obra de Alexy sobre o conceito de Direito – *Conceito e Validade do Direito* –, o caso dos atiradores do muro não é sequer comentado.

Diante de todo o exposto, a indicação do exemplo dos disparos na fronteira alemã, no lugar de reduzir o papel do nazismo, confirma, em face à postura objetivante de extrema injustiça que o Não-Positivismo lhe vincula, a sua condição de elemento necessário da tese da conexão.

Desta forma, não fosse a possibilidade de recurso ao exemplo do Direito nazista, parece certo que Alexy não teria meios de elucidar o seu ponto de vista, especialmente o tão repetido “limiar” da injustiça extrema. Em sua obra, fica claro que, ante a impossibilidade de se declarar injurídica “qualquer” injustiça, apenas a existência de um Direito que fosse muito mais do que “apenas injusto” poderia comprovar o acerto da tese (fraca) da conexão.

A extrema injustiça é, assim, definida pela referência a um Direito que existiu, o Direito nazista, um exemplo cujo grau de iniquidade parece ser impassível de dúvida ou discussão teórica.

Esta necessidade de que um fato conhecido e notório preencha o conteúdo da extrema injustiça – cuja definição, como dito, é o próprio exemplo – pode ser justificada de duas formas.

Primeiramente, é preciso reconhecer que, especialmente nos dias atuais e no âmbito do objeto de estudo racional que nos é possível – o qual parece, todavia, resumir-se ao mundo ocidental –, a tentativa de justificar a tese da conexão aventando-se a possibilidade de que um ordenamento jurídico pudesse consagrar, por exemplo, o direito ao estupro ou à pedofilia seria tratada com desdém. A abstração das hipóteses seria tão gritante, que, dificilmente, admitir-se-ia sequer discutir a perda de segurança jurídica promovida pelo não reconhecimento jurídico de determinada norma em face de seu conteúdo.

⁹⁴ Texto alterado (no original, “alemana alemana”).

⁹⁵ No existe ninguna discusión acerca de que el exterminio de los judíos dirigido por los nacional-socialistas fue una extrema injusticia (*extremes Unrecht*). Em comparación con ello, y tal como se expondrá, existen no pocos autores que son de la opinión de que los disparos en la frontera alemana no han transpuesto el umbral hacia la extrema injusticia.

Esta razão, todavia, como será verificado adiante, não ajuda a explicar a falta de um elemento verdadeiramente normativo na definição da tese da conexão, especialmente porque enfrenta a objeção de se retirar um “dever-ser” de um “ser”.

Em segundo lugar, a extrema injustiça inverte o foco da teoria do Direito e, neste sentido, de fato, não pode se abster de mencionar a razão desta mudança, que é o nazismo.

Até então, discutiu-se o que devia *ser* objeto de regulação jurídica, e não o que *já* deveria ser considerado como Direito. A consagração da justiça e – como recentemente se convencionou chamar de seu conteúdo principal – a evolução dos direitos humanos ou fundamentais sempre foi objeto de estudo para a determinação do mínimo que precisa ser contemplado pelo Direito. A ocorrência do nazismo e o reconhecimento de sua barbárie inesperada e imprevisível, todavia, redirecionou o pensamento para o que não pode, de forma alguma, ser admitido como jurídico.

Independentemente da aceitação destas razões, parece claro que o Não-Positivismo não se sustenta sem recorrer ao exemplo nazista, mesmo porque não apresenta uma definição normativa e independente para o elemento que justifica a tese da conexão – na obra de Alexy, a “extrema injustiça”. Tem-se por demonstrado, assim, que a necessidade de referência ao conteúdo do Direito nazista deve ser reconhecida como elemento definidor do Não-Positivismo, afirmação que se corrobora a partir da análise de outros autores.

3.2.2 Gustav Radbruch

No capítulo anterior, foi dito que a obra de Radbruch precisa ser analisada, já que é de seu conceito que Alexy retira o argumento da injustiça. Não apenas por isso, os escritos de Radbruch após 1945, neste momento, merecem especial atenção.

A classificação doutrinária de Radbruch, especialmente após a Segunda Guerra Mundial, esbarra em suas menções ao Direito Natural (RADBRUCH, 2005, p. 180). Todavia, a análise do conjunto de sua obra permite considerá-lo muito mais um não-positivista do que um jusnaturalista, porque a despeito de referências expressas ao Direito Natural, Radbruch não teoriza um ordenamento supralegal de ordem metafísica ou transcendental, muito menos abstrata.

Na verdade, entende-se que não apenas o pensamento pós-guerra de Radbruch está mais próximo da corrente não-positivista do que do Jusnaturalismo, como, mais do que

isso, que seus escritos após 1945 foram determinantes para fundar as próprias bases do Não-Positivismo.

Como se mencionou no capítulo anterior, para Alexy, Radbruch era positivista antes do nazismo e, depois de 1945, mudou sua concepção, passando a defender que o Positivismo Jurídico deixou “tanto os juristas quanto o povo desarmados contra leis ainda tão arbitrárias, ainda tão cruéis, ainda tão criminosas” (ALEXY, 2009, p. 55). Sobre esta afirmação de Radbruch⁹⁶, afirma Alexy (2009, p. 55), que “a inclusão de elementos morais no conceito de direito por ele reclamada tem por função ‘armar ... [os juristas] contra o retorno de semelhante Estado injusto’”.

Segundo Mertens (2003, p. 281), Radbruch, com quem não concorda⁹⁷, culpou o Positivismo pelo fato de que “tantos envolvidos na administração do processo legal na Alemanha se adaptaram tão facilmente à nova ordem, e, portanto, à injustiça legal”⁹⁸. Para Radbruch, ante à doutrina de que “lei é lei”, os partidários do Positivismo foram obrigados a reconhecer leis tão injustas como Direito.

Este posicionamento de Radbruch acerca da relação entre Positivismo Jurídico e o Direito nazista corrobora a ideia de que este é elemento definidor da concepção não-positivista, tornando bastante contundente a hipótese proposta. Isso porque, se Radbruch entendeu de forma tão categórica que um afastamento do Juspositivismo era essencial para que eventos como o nazismo nunca mais ocorressem, seria inarredavelmente preciso aliar-se a outra teoria do Direito.

A despeito de haver menção expressa do autor, no sentido de que esta teoria seria o Jusnaturalismo (RADBRUCH, 2009, p. 13), ele não desenvolve o que, para ele, consistiria o Direito Natural, muito menos abdica da tese da extrema injustiça, pelo contrário. Desta forma, na obra de Radbruch, a necessidade de substituição da teoria positivista⁹⁹ em razão

⁹⁶ Retirada do escrito denominado “Cinco Minutos de Filosofia do Direito” (RADBRUCH, 2009, p. 68-72).

⁹⁷ Na opinião de Mertens (2003, p. 282), o Positivismo não era a doutrina dominante no Direito alemão até a guerra, muito menos foi adotado ou incentivado pelos nazistas, pelo contrário. Concorde-se, absolutamente, com o autor, tanto no sentido de que o Positivismo não foi responsável pelo nazismo, quanto no de que ao nazismo não interessava o Positivismo, mesmo porque este pressupõe um relativismo que era desfavorável ao regime (o tema será retomado no próximo capítulo). Todavia, isso não muda o fato de que Radbruch entendeu de forma contrária, e de que a ocorrência do nazismo, independentemente de ter ou não sido auxiliada pelo Positivismo, é elemento determinante na doutrina não-positivista.

⁹⁸ So many involved in administering the legal process in Germany adapted so easily to the new order, and therefore to statutory injustice.

⁹⁹ Mertens afirma que Radbruch foi importante na retomada do Direito Natural que ocorreu na Europa ao fim da Segunda Guerra Mundial. Todavia, entende-se que sua importância é muito maior em relação ao Não-Positivismo, cujos autores o citam constantemente – destacando-se, neste sentido, o autor-chave deste trabalho, Alexy – mesmo porque, como se sabe, é ilusório pensar que o Jusnaturalismo ganhou força nas últimas décadas.

do nazismo é justificativa determinante, tanto para a emergência, quanto para o próprio núcleo teórico da teoria não-positivista.

Segundo Haldemann (2005, p. 164), os escritos pós-guerra de Radbruch revelam seu intento de reconstruir “uma nova ordem de valores das ruínas do passado nazista”.¹⁰⁰ De fato, para Radbruch, o nazismo deixou como legado um Direito “reduzido a um campo de ruínas”¹⁰¹, pertencendo aos juristas “a difícil missão de limpar os escombros dos locais destruídos e erguer neles a nova construção do direito”¹⁰² (RADBRUCH, 2009, p. 12).

Se o nazismo proporcionou a ruína e os juristas que assumiram a posição de não-positivistas vieram exatamente socorrer o Direito desta condição, a referência ao que jamais poderia ser reconhecido como Direito novamente passou a integrar o núcleo da própria teoria. O nazismo, na concepção de Radbruch (2009, p. 12), teria demonstrado que, ausente um elemento de validação jurídica material, o cúmulo da injustiça e o crime podiam muito bem assumir a forma jurídica.

Desta forma, quando Radbruch (2009, p. 12) dizia que era necessário “restabelecer o respeito à lei”¹⁰³, pretendia deixar claro que esta “lei” precisava levar em consideração as experiências durante os doze anos de ditadura nazista, exatamente para nunca mais as repetir. Novamente, neste sentido, a referência ao exemplo nazista é elemento definidor da concepção não-positivista, participante da própria composição do principal conceito de qualquer teoria jurídica, o conceito de “lei”.

3.2.3 *Lon Fuller*

Alguns escritos de Fuller também ajudam a comprovar a hipótese proposta, a despeito de não haver uma definição precisa da posição deste autor pelo Não-Positivismo ou pelo Jusnaturalismo.

Considerando-se, todavia, que Fuller adere à tese da conexão e trata abertamente do tema sob a denominação de “moralidade do Direito”¹⁰⁴, tendo traçado um dos mais importantes debates do século passado contra a tese da separação de Hart, parece mais

¹⁰⁰ A new order of values from the ruins of the Nazi past.

¹⁰¹ Reducido a un campo de ruinas.

¹⁰² La difícil misión de limpiar los escombros en los sitios destruidos y levantar en ellos la nueva construcción del derecho.

¹⁰³ Restablecerse el respeto a la ley.

¹⁰⁴ Morality of Law.

significativo classificá-lo como não-positivista do que como jusnaturalista, mesmo porque, tal como Radbruch, não desenvolveu uma teoria típica do Direito Natural¹⁰⁵.

Antes mesmo de escrever uma obra específica sobre a moralidade do Direito – *The Morality of Law* – Fuller (1958, p. 632-633) recorre ao nazismo para justificar a necessidade de conexão entre o Direito e a Moral. Em uma de suas principais respostas a Hart, ele aborda precisamente a forma como aquele autor compreende o Direito nazista.

A despeito de Fuller (1958, p. 646) afirmar que não é preciso voltar-se para o nazismo, mas apenas para as questões cotidianas, a fim de se perceber que o Positivismo não é capaz de oferecer uma razão para a fidelidade à lei¹⁰⁶, uma de suas formas de provar a tese da conexão aparece sob o título: “O problema de restaurar o respeito pelo Direito e a Justiça após o Colapso de um Regime que não respeitava nenhum dos dois”¹⁰⁷ (FULLER, 1958, p. 648).

Em uma crítica a Hart, Fuller (1958, p. 650) afirma que não perceber os traços marcantes do ordenamento jurídico nazista que o distinguem de qualquer outro, é desconsiderar o verdadeiro problema. Mais do que isso, Fuller entende que a observação do Direito nazista permitiu que se percebessem situações que realmente apresentavam o problema da moralidade interna do Direito¹⁰⁸.

O autor afirma, ainda, que uma das formas de operar do nazismo era criar uma norma que ratificasse determinados atos praticados anteriormente, uma norma nitidamente retroativa que tornava juridicamente legítimas situações pretéritas. O papel determinante do nazismo fica claro em sua teoria quando, após refutar o entendimento de Hart de que não havia grande diferença entre o Direito inglês e o Direito nazista, Fuller (1958) faz a seguinte comparação:

Na Inglaterra ou na América nunca ocorreria a alguém dizer ‘é da natureza da lei que esta não pode ser retroativa’, apesar de, obviamente, limitações constitucionais possivelmente proibirem certos tipos de retroatividade. Nós diríamos que é normal para o Direito operar prospectivamente, e que pode ser discutível que ele nunca deve operar de outra forma, mas haveria uma certa não-persuasão oculta em qualquer asserção que reconhecesse que a retroatividade viola a verdadeira natureza do Direito. Agora, nós temos apenas que imaginar

¹⁰⁵ Fuller até propõe um conceito para Direito Natural, mas de forma procedimental.

¹⁰⁶ Fidelity to law. Em *The Morality of Law*, Fuller afirma que esta fidelidade “demanda não apenas que o governo se vincule às normas verbalizadas e publicadas, mas que também respeite as expectativas justificadas criadas por este tratamento das situações não controladas por normas explicitamente anunciadas” (FULLER, 1969, p. 234) [demands not only that a government abide by its verbalized and publicized rules, but also that it respect the justified expectations created by its treatment of situations not controlled by explicitly announced rules].

¹⁰⁷ The problem of restoring respect for law and justice after the collapse of a regime that respected neither.

¹⁰⁸ Internal morality of law.

um país em que todas as leis são retroativas para ver que a retroatividade apresenta um problema real de moralidade interna do Direito.

[...]

Um aumento corrente no conjunto de normas reparadoras das irregularidades jurídicas passadas representa uma deterioração de tal maneira da moralidade jurídica que o próprio Direito não pode existir. A ameaça destas normas paira sobre todo o sistema jurídico, tira de toda norma dos livros parte de seu significado. E, seguramente, uma ameaça geral deste tipo está implícita quando um governo pretende usar uma norma para transformar em execução juridicamente legítima uma execução que foi simplesmente assassinato quando aconteceu.¹⁰⁹ (FULLER, 1958, p. 650-651).

Na mesma linha, Fuller (1958, p. 651) encontra no nazismo razões suficientes para indicar que o sigilo de uma norma é uma das maiores “monstruosidades jurídicas possíveis” ou, da forma como certamente seria considerada por Alexy, é representação de uma “extrema injustiça”.

Segundo Fuller (1958, p. 651), o Positivismo jurídico banuiu da ciência jurídica qualquer consideração a respeito dos fins morais do Direito, sendo indiferente ao que o autor chama de “moralidade interna do Direito”. Tal como ocorre em Alexy, Fuller busca a associação deste conceito ao exemplo do nazismo, como se recorrer a este demonstrasse de forma incontestável que a teoria está correta.

A moralidade do Direito de Fuller aproxima-se da ideia de “extrema injustiça” de Radbruch e Alexy, ou, mais exatamente, da ideia de que o Direito não pode comportar extremas injustiças, sob pena de não ser verdadeiro Direito. Tanto é assim que Fuller (1958, p. 661) afirma que, no lugar de se dizer: “Isso é tão diabólico que não pode ser uma lei”, alguém poderia dizer: “Isto é produto de um sistema tão alheio à moralidade do Direito que não é merecedor de ser chamado uma lei”¹¹⁰, destacando que a moralidade jurídica não pode sobreviver, se é indiferente ao esforço em direção à justiça e à decência.

¹⁰⁹ Now in England and America it would never occur to anyone to say that ‘it is in the nature of law that it cannot be retroactive’, although, of course, constitutional inhibitions may prohibit certain kinds of retroactivity. We would say it is normal for a law to operate prospectively, and that it may be arguable that it ought never operate otherwise, but there would be a certain occult unpersuasiveness in any assertion that retroactivity violates the very nature of law itself. Yet we have only to imagine a country in which all laws are retroactive in order to see that retroactivity presents a real problem for the internal morality of law.

[...]

A general increase in the resort to statutes curative of past legal irregularities represents a deterioration in that form of legal morality without which law itself cannot exist. The threat of such statutes hangs over the whole legal system, and robs every law on the books of some of its significance. And surely a general threat of this sort is implied when a government is willing to use such a statute to transform into lawful execution what was simple murder when it happened.

¹¹⁰ In other words, where one would have been most tempted to say, ‘This is so evil it cannot be a law,’ one could usually have said instead, ‘This thing is the product of a system so oblivious to the morality of law that it is not entitled to be called a law’.

Neste sentido, o Direito nazista, que, manifestamente, ignorou “a moralidade do Direito”, aparece como exemplo – talvez definitivo, talvez objetivo – do que é, indiscutivelmente, uma verdadeira injustiça extrema.

Desta forma, uma vez mais, parece ser possível comprovar que o nazismo é elemento definidor à teoria não-positivista, o exemplo aparentemente definitivo – no sentido de que jamais será possível ser considerado “não-extremamente injusto” – para se comprovar a existência da “extrema injustiça” ou, *a contrario sensu*, da “moralidade do Direito”.

3.2.4 Ronald Dworkin

Dworkin também recorre ao nazismo para comprovar traços importantes de sua teoria, mas não o faz, ao menos não de forma clara, para comprovar a tese da conexão. É importante lembrar que, como restou demonstrado no capítulo anterior, Dworkin entende que o Direito faz parte da Moral, razão pela qual sua forma de tratar o assunto difere substancialmente dos demais autores aqui considerados não-positivistas.

A despeito disso, também ele inclui o nazismo em sua teoria de forma extremamente relevante. A exemplo, um dos tópicos abordados em “O Império do Direito” é intitulado “Os nazistas tinham direito?”. Dworkin (2007, p. 126) afirma que há filósofos que sustentam que “em alguns países, ou em determinadas circunstâncias, o direito não existe, a despeito da existência de conhecidas instituições jurídicas como as legislaturas e os tribunais, porque as práticas de tais instituições são por demais iníquas para serem dignas desse nome”.

Embora não se manifeste claramente neste sentido, Dworkin parece concordar com a tese da extrema injustiça ao destacar a natureza interpretativa das teorias do direito e consignar que práticas “por demais iníquas” são condenadas a um caráter não-jurídico, porque “não produzem nenhuma interpretação que possa ter, na esfera de qualquer moralidade pública aceitável, qualquer possibilidade de justificação” (DWORKIN, 2007, p. 126). O exemplo nazista é, assim, mais uma vez, o escolhido para indicar algo “por demais iníquo”.

A compreensão das razões que levam Dworkin, ainda que implicitamente, a concordar com a negativa de caráter jurídico ao Direito nazista exige entender, antes, que o

autor recusa a concepção do Direito de forma “semântica” – ou previamente definida –, insistindo, como dito, em que se adotem teorias interpretativas.

Como visto anteriormente, Dworkin entende que o Direito só pode ser corretamente apreendido na prática judicial, na atuação dos atores do processo de aplicação. Por isso, para ele, dizer que “os nazistas tinham um direito, ainda que tal direito fosse muito mau” é algo desprovido de sentido, pois o que era, de fato, este Direito rompia com o conceito de “moralidade pública aceitável” (DWORKIN, 2007, p. 126). Isso se faz mais claro quando se lembra que, para Dworkin, o Direito deve ser entendido como parte da Moral, não sendo a ela apenas “relacionado”, ainda que de forma necessária.

Dworkin enfrenta, assim, as teorias positivistas, que não negam “a condição de direito a sistemas políticos obviamente imorais”. Isso porque, “se as teorias apropriadas para o direito não são teorias semânticas desse tipo mas, ao contrário, teorias interpretativas de uma etapa específica do desenvolvimento histórico de uma prática” (DWORKIN, 2007, p. 127), não haveria a possibilidade de se conceituar como Direito algo que apenas pode ser entendido na prática e que, nesta prática, ofende a uma moralidade intrínseca e necessária para que o jurídico exista.

Todavia, não é desta forma que Dworkin encerra a questão. O autor afirma que “extraído o agulhão semântico, não precisamos nos preocupar muito com a resposta certa à pergunta sobre se existe ou não direito nos sistemas legais imorais” (DWORKIN, 2007, p. 128). Para ele, é possível compreender tanto a afirmação de que os nazistas possuíam Direito, quanto a de que aquelas normas não podiam ser reconhecidas como jurídicas, pois “nossa língua é rica o bastante para permitir um razoável grau de discriminação e escolha das palavras que usamos para dizer o que queremos dizer, e nossa escolha, portanto, vai depender da pergunta a que estamos tentando responder [...]” (DWORKIN, 2007, p. 128). Em síntese,

Não precisamos negar que o sistema nazista foi um tipo de direito, seja qual for a interpretação de nosso próprio direito que favorecemos, porque há um sentido válido em que se tratava, claramente, de direito. Mas não temos dificuldade em compreender alguém que diga que a lei nazista não constituía realmente um direito, ou era um direito num sentido degenerado, ou era menos que um direito pleno. Pois tal pessoa não estará usando a palavra “direito” nesse sentido; não estará emitindo esse tipo de opinião pré-interpretativa, mas uma opinião interpretativa cética de que o direito nazista carecia das características cruciais ao florescimento de sistemas jurídicos cujas regras e procedimentos justifiquem a coerção. (DWORKIN, 2007, p. 128-129).

Dworkin (2007) conclui o pensamento de forma que, negando-se ou afirmando-se que os nazistas “tinham um Direito”, é possível compreender “que direção vai tomar sua argumentação”. O que o autor parece querer deixar claro é que negar o caráter jurídico do nazismo, porque não atendeu a uma moralidade mínima necessária a que se reconheça algo como Direito, é diferente de dizer que o nazismo não teve Direito algum.

Ora, dentro da perspectiva nazista, aquele sistema normativo instituído era, obviamente, um Direito, e acreditava-se no mesmo como tal. O que se pode negar é que aquele mesmo sistema normativo tenha reunido condições mínimas para ser reconhecido como jurídico – ao menos do ponto de vista de um Estado democrático e de Direito. Desta forma, ao se falar “Direito nazista” – como, por sinal, é dito aqui por diversas vezes – está-se apenas referindo ao sistema normativo que vigeu naquele período, e não afirmando que aquele sistema normativo pode ser, de fato, reconhecido como Direito. Mas assim posta, a questão seria meramente linguística.

Duas críticas precisam ser feitas. Em primeiro lugar, não é porque o Positivismo não entende o Direito como conceito interpretativo, que atribui ao sistema normativo nazista o caráter jurídico. O Direito é sempre um conceito interpretativo, porque lida com a linguagem. A afirmação positivista de que o “Direito nazista é Direito” decorre de sua rejeição à concepção de necessidade material moral dos não-positivistas. Se o Positivismo negasse o caráter jurídico ao sistema nazista, seria por entender que o próprio Direito foi ofendido, porque não foram obedecidas as limitações jurídicas estabelecidas, e não porque não estivesse atendido um conteúdo moral mínimo.

Em segundo lugar, independentemente do pensamento positivista, Dworkin pretende atribuir uma força ao caráter interpretativo do Direito que ele não tem. Dizer que se pode afirmar que os nazistas tinham Direito a depender do ponto de vista é óbvio a ponto de não representar nada. O que efetivamente representa algo é dizer que o sistema normativo que compõe o que se pode chamar de “Direito nazista” merecia ou não merecia ser considerado como verdadeiro “Direito”.

Neste ponto, a despeito de Dworkin (2007, p. 128) afirmar que “não precisamos nos preocupar muito com a resposta certa à pergunta sobre se existe ou não direito nos sistemas legais imorais”, parece seguro apontar que o posicionamento do autor é no sentido de que o ordenamento nazista não tinha “na esfera de qualquer moralidade pública aceitável, qualquer possibilidade de justificação” (DWORKIN, 2007, p. 126), o que, dentro de sua própria teoria, seria suficiente para a recusa do caráter jurídico àquele ordenamento.

Essa “moralidade pública aceitável” poderia ser associada, assim, ao que Fuller (1958) chama de “moralidade do Direito”, um conceito com a mesma finalidade do que Alexy (2009) e Radbruch (2009) nominam “extrema injustiça”, todos eles retomando o exemplo nazista como forma de comprovação.

3.2.5 Nazismo e Não-Positivismo: causa incorporada ao conceito

Quando Haldemann (2005, p. 166) quer explicar o que é o “extremo” da “extrema injustiça” teorizada por Radbruch e retomada por Alexy, ele menciona exatamente “a era nazista”. Mais do que isso, ao falar de Radbruch, afirma que “ante à ‘renovada barbarização’ (Radbruch 1961, 62) que o nazismo representou, houve a necessidade de um reexame no contexto da antiga teoria”¹¹¹ (HALDEMANN, 2005, p. 167).

Este reexame inaugura uma nova doutrina jurídica, o Não-Positivismo, que se sustenta sobre a premissa que o faz nascer: o reconhecimento da extrema injustiça da “era nazista” se tornou uma “questão de ordem” para o que poderia ser feito em relação aos danos decorrentes do nazismo. Era preciso responder à pergunta sobre se o ordenamento nazista era “muito diabólico para ser considerado Direito” (HALDEMANN, 2005, p. 170), e esta pergunta apenas poderia ser respondida retomando-se o seu núcleo, retomando-se o nazismo.

A doutrina que respondeu positivamente à pergunta – “sim, o direito nazista era muito diabólico para ser considerado Direito” – não pôde, assim, eximir-se de incorporar o nazismo na definição de sua principal premissa, a tese da conexão, uma implicação pós-experiência nazista (HALDEMANN, 2005, p. 172).

Tudo isso dito, é importante extrair as conclusões da demonstração que se pretendeu fazer no sentido de que o Não-Positivismo, de forma geral, sempre remete ao nazismo para demonstrar o que é uma grande iniquidade ou uma iniquidade manifesta. Alguém poderia dizer que utilizar o exemplo nazista para comprovar a existência de uma extrema injustiça não é o mesmo que utilizá-lo para provar a tese da conexão. Todavia, se a tese da conexão justifica-se nesta injustiça extrema – colocada sob outros nomes e conceitos, mas com finalidade comum nas obras de outros não-positivistas – e esta só se pode comprovar pela remissão ao nazismo, é este, em última análise, que embasa a tese da conexão.

¹¹¹ In the face of the ‘renewed barbarisation’ (Radbruch 1961, 62) that the Nazi regime represented, there was a need for re-examination in the context of the old theory.

Também por outra razão, é preciso reconhecer o exemplo nazista como elemento incorporado ao próprio conceito de Não-Positivismo. Como visto no capítulo anterior, a segurança jurídica é para esta doutrina valor da maior importância. A aceitação de que alguém pode ter sido punido a despeito de ter atuado com amparo jurídico, ao menos formal é, em princípio, devastadora deste valor que, para os autores não-positivistas, subsiste, todavia, quando se entende que cedeu apenas ante a uma exceção de tal porte. Esta ideia será retomada no último capítulo.

Em síntese, mais do que causa da própria gênese da concepção não-positivista, o exemplo nazista é elemento definidor desta doutrina. Se esta premissa pode ser tomada, então, como válida, é necessário verificar se um exemplo histórico é suficiente para definir a principal tese de uma teoria, a tese da conexão. Se não for, será preciso reconhecer que a doutrina não-positivista sofre um déficit de justificação. Mas este déficit de justificação não necessariamente impõe o abandono da teoria. Pode-se supri-lo e, como será demonstrado a seguir, isso pode ser feito, ainda que não *pelo*, mas *à luz* do próprio nazismo.

3.3 A extrema injustiça

3.3.1 Delimitação da tese da conexão

No final do capítulo anterior, destacou-se o objetivo de se verificar, dentre as teses da separação e da conexão, qual seria a “correta” ou, dito de outra forma, a melhor. Esta verificação precisa ser feita a partir da confirmação ou refutação de que o Direito deve ser materialmente válido, ou seja, de que seu conteúdo deve atender a pressupostos morais.

Alguns autores entendem que a tese da conexão implica dizer que a norma jurídica precisa ser, sempre, moralmente válida (ALEXY, 2007a, p. 335). A apreensão da tese da conexão desta forma impõe a sua recusa. Exigir que a validade jurídica dependa da validade moral seria relegar a segurança jurídica a último plano, esquecendo-se de que ela mesma é um princípio moral.

Por esta razão, a análise acerca do acerto ou não da tese da conexão exige a adoção de uma “tese fraca da vinculação”, tal como a proposta por Alexy. Como afirmado por Berteia (2007, p. 82): “a despeito de a teoria de Alexy não ser, de forma alguma, a única visão não-positivista a fazer isso, é, certamente, uma séria tentativa de defender a tese da

conexão sem deixar de lado o esforço de se explicarem os componentes social e institucional do Direito”¹¹².

De fato, a teoria de Alexy, por não rejeitar os pressupostos de validade já presentes no Positivismo, não preterindo a positividade em favor de “qualquer” critério moral, é uma representação do Não-Positivismo com fundamentação e sistematicidade suficientes para que o acerto da tese da vinculação possa ser perquirido. Desta forma, como anteriormente dito, é o seu conceito de extrema injustiça, retomado de Radbruch, que conduzirá esta análise.

Estando determinado que este estudo se desenvolve a partir da teoria de Alexy, a própria possibilidade de concordância com a tese da vinculação exige, como pressuposto lógico, que a extrema injustiça possa ser conhecida.

Segundo Alexy, “ao menos algumas exigências mínimas são suscetíveis de uma fundamentação racional” (ALEXY, 2009, p. 76) e, “se há noções de justiça que são racionalmente justificáveis, então se pode dizer que alguém que racionalmente justifique sua visão de que uma ação é injusta sabe disso” (ALEXY, 2007, p. 53)¹¹³. Ele ainda afirma que “quanto mais extrema a injustiça, mais segura é a sua reconhecimento” (ALEXY, 2009, p. 63).

Como entende-se ter sido demonstrado, na primeira parte deste capítulo, a comprovação dessas afirmações depende de que se recorra ao exemplo do Direito nazista, cuja objetividade da injustiça extrema seria isenta de dúvidas ou discussão. Desta forma, é preciso verificar, em primeiro lugar, se a comprovação do núcleo da teoria, a extrema injustiça, a partir de um exemplo histórico, é suficiente para sustentá-la.

Antes disso, porém, deve-se fazer uma ressalva importante acerca da teoria de Alexy. O autor diferencia a possibilidade de reconhecimento da extrema injustiça de normas individualmente consideradas e de um sistema jurídico como um todo. Para ele, não é possível “sustentar que um sistema normativo perde sua validade jurídica quando é extremamente injusto em termos globais”, ou seja, “o campo de aplicação do argumento da injustiça limita-se a normas individuais” (ALEXY, 2009, p. 109). Neste sentido, o argumento da injustiça apenas poderia atingir o próprio sistema, quando o número de normas jurídicas extremamente injustas fosse tal que não houvesse uma reserva mínima de

¹¹² Whereas Alexy’s theory is by no means the only non-positivist view to do so, it is certainly a serious attempt at upholding the connection thesis without thereby giving up on the attempt to explain the social and institutional components of law.

¹¹³ If there are notions of justice that are rationally justifiable, then one who rationally justifies his view that an action is unjust can be said to know this.

normas necessária à manutenção do sistema (ALEXY, 2009, p. 109). Isso implica dizer que eventual perda de validade do sistema jurídico não é consequência da aplicação do argumento da injustiça a este, e sim a um número tão grande de normas individuais que compromete a própria subsistência do sistema (ALEXY, 2009, p. 109-110).

Desta forma, a regra é de que o conteúdo extremamente injusto seja sempre visto do ponto de vista da norma individualmente considerada dentro do ordenamento, e não do ponto de vista do sistema jurídico, ainda que, para que se compreenda o sentido do dispositivo normativo individual, seja necessário recorrer ao ordenamento como um todo.

Isso exige que se tenha em mente, desde já, que as consequências da adoção da concepção não-positivista não afastam a validade de ordenamentos jurídicos inteiros, desde que um número mínimo de normas necessário à existência de um sistema conserve o seu caráter jurídico (ALEXY, 2009, p. 81).

3.3.2 A extração de um conteúdo normativo a partir de um acontecimento histórico

A comprovação da existência e da possibilidade de conhecimento da extrema injustiça a partir do exemplo nazista enfrenta, ao menos, duas objeções. Em primeiro lugar, esbarra na rejeição por grande parte dos teóricos de que, de um “ser”, seja possível se extrair um “dever-ser”.

Essa ideia, originalmente atribuída a Hume (2000, p. 509), é expressada por Radbruch (2010, p. 17), quando afirma que “proposições de dever ser só podem ser fundamentadas e demonstradas mediante outras proposições do dever ser”. Segundo Kelsen (2003):

de um ser não se pode concluir um dever-ser, de um fato não se pode concluir uma norma. Ao ser não pode estar imanente nenhum dever-ser, aos fatos não pode ser imanente nenhuma norma, nenhum valor pode ser imanente à realidade empírica. (KELSEN, 2003, p. 72).

Se é possível admitir que um “dever-ser” não se deve fundamentar em um “ser”, o nazismo, por si, não é capaz de justificar que o conteúdo jurídico deve ser “não-extremamente injusto”.

Uma segunda objeção refere-se ao fato de que o reconhecimento de que o nazismo¹¹⁴ foi extremamente injusto – e ressalvadas todas as limitações científicas acerca

¹¹⁴ Sempre que se refere ao exemplo nazista ou ao nazismo, está-se referindo, implicitamente, ao Direito nazista.

da definição de “justiça”¹¹⁵, não se acredita ser possível encontrar na literatura qualquer texto científico em sentido contrário – não garante, por si, o conhecimento da injustiça extrema de outras situações.

Apesar disso, a ausência de dúvidas sobre a extrema injustiça de determinado Direito parece ser capaz de sugerir algo melhor do que a mera refutação da tese da conexão e da doutrina não-positivista com base nestas duas objeções.

Desta forma, entende-se ser necessário um esforço no sentido de, ao menos, tentar-se tornar viável a tese da conexão¹¹⁶. E, se até agora, o que a tem explicado é o nazismo – “ser”¹¹⁷ que não pode, todavia, embasar um “dever-ser”¹¹⁸ –, é razoável pensar em uma justificação normativa para a extrema injustiça, senão *pela, à luz* da experiência nazista.

3.3.3 *Um conteúdo objetivo para a extrema injustiça*

Segundo Radbruch (2009, p. 23), da experiência nazista, ou, “do sofrimento da miséria jurídica assim experimentada”, “deve-se retirar e retirará a renovação do Direito suas melhores forças”.

Para Radbruch foi possível, após o nazismo, traçar uma linha entre a mera injustiça e a injustiça extrema, sendo esta a que acontece quando “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 do Direito” (CUNHA, 1999, p. XI). Radbruch afirma que, “medida por esse critério, partes inteiras da legislação nacional-socialista jamais alcançam dignidade de Direito válido”¹¹⁹ (RADBRUCH, 2009, p. 35).

Sabe-se que o respeito ao princípio da igualdade, por si, não é capaz de identificar um conteúdo a ser seguido (KELSEN, 2001, p. 14 e ss.). Mas, à luz do nazismo e de uma igualdade repudiada a ponto de destruir a verdadeira natureza de Direito, é possível indicar, talvez, o que, de fato, representa uma injustiça extrema, de forma normativa e abstrata.

¹¹⁵ Ver: KELSEN, Hans. *O que é Justiça?* Tradução de Luís Carlos Borges e Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

¹¹⁶ Aqui analisada à luz da teoria de Alexy, mas, como visto neste estudo, presente em todos os autores não-positivistas.

¹¹⁷ O fato de ter acontecido ou existido o Direito nazista.

¹¹⁸ O Direito deve ser não-extremamente injusto.

¹¹⁹ Medidos en esa escala tramos enteros del derecho nacional-socialista nunca alcanzan la dignidad de derecho válido.

Radbruch e Alexy associam o conteúdo da extrema injustiça a uma negação ou incompatibilidade com os direitos humanos.

Segundo Radbruch, “quando as leis negam conscientemente a vontade de justiça, por exemplo, quando os direitos humanos são arbitrariamente violados, carecem tais leis de validade” (RADBRUCH, 2009, p. 70).

Alexy, por sua vez, afirma que existe um núcleo de direitos humanos que possuem validade eterna, ou seja, que valem para todos os seres humanos independentemente do tempo e do espaço (ALEXY, 2005, p. 75). As normas incompatíveis com este núcleo são extremamente injustas e, por isso, não são Direito (ALEXY, 2005, p. 76).

Entende-se que a negação jurídica dos direitos humanos, por si, não é capaz de promover uma definição precisa sobre o que seja não apenas injusto, mas injusto de forma extrema. A norma inserta na determinação de que “não se podem violar os direitos humanos” parece ser tão formal quanto aquela que diz apenas “deve-se ser justo”. Por isso mesmo, o que acaba conferindo um papel material justificador à extrema injustiça é a referência ao nazismo, à luz do qual se pretende, então, indicar um conteúdo verdadeiramente palpável para a tese da conexão.

A despeito de deveras impreciso, referido entendimento de Alexy e Radbruch em relação aos direitos humanos tem importante contribuição ao que ora se pretende propor. Se a extrema injustiça pode ser verificada pela negação dos direitos humanos, então o conteúdo normativo que ela impõe ao Direito é um conteúdo omissivo, e não comissivo, como pretendia Hart¹²⁰.

Em outras palavras, não se trata de estabelecer o que precisa estar minimamente contido no ordenamento jurídico, mas, sim, o conteúdo que jamais pode ser disposto como Direito, determinando-se, assim, uma omissão necessária.

Como explicado por Haldemann (2005, p. 164), sendo impossível afirmar o que é justo, deve-se decidir o que é “juridicável” ou juridicamente possível ou admissível.¹²¹ Se o perfeitamente justo, de fato, não pode – ou, sendo mais otimista como Recaséns Siches (1970, p. 420), ainda não pode – ser conhecido, mas pode-se, mesmo que parcialmente, indicar o que é extremamente injusto, o mínimo juridicamente exigido não poderá ser definido por comissão, mas por omissão, representando, na verdade, o que jamais poderá ser normatizado.

¹²⁰ Em *O Conceito de Direito*, Hart apresenta elementos normativos mínimos que precisam ser consagrados pelo Direito, pressupondo-se que o homem deve viver (HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 249).

¹²¹ No original, *lawful*.

Se pode-se dizer que o nazismo, de fato, ensinou algo, isto é que, racionalmente, é incompreensível, especialmente do ponto de vista da natureza do Direito, que este elimine seus próprios destinatários.

Apesar de Roseman (2003, p. 16) afirmar que, no início do regime nazista, “o objetivo não era, nem vagamente, tentar manter os judeus de prontidão para posterior eliminação”, pois o intuito original era promover sua emigração para longe da Alemanha, dúvidas não há de que o Direito promulgado desde 1933 viabilizava o próprio extermínio¹²², ainda que a intenção inicial fosse “apenas” banir.

No decorrer da guerra, o objetivo de eliminação fica, de fato, mais explícito, como se observa na seguinte passagem:

Em 13 de Outubro de 1942 o Ministro da Justiça do Reich Thierack escreveu para Reichsleiter Bormann, em parte como se segue [...]:

“Com vistas a libertar o povo alemão de poloneses, russos, judeus, e ciganos, e com vistas a tornar os territórios lestes que foram incorporados ao Reich disponíveis para assentamentos para os alemães nacionais, eu pretendo entregar os processos criminais contra poloneses, russos, judeus, e ciganos ao líder da SS¹²³ do Reich. Ao fazer isso eu me baseio no princípio de que a administração da Justiça pode dar apenas uma pequena contribuição para o extermínio de membros destes povos”.¹²⁴ (NUERNBERG MILITARY TRIBUNALS, 1951, v. III, p. 1065).

Todavia, conforme notado nos atos normativos anteriormente analisados, as condições para que isso acontecesse já eram juridicamente delineadas desde a ascensão do nazismo ao poder, em 1933.

Edelheit e Edelheit (1994) afirmam que:

¹²² Muitas vezes, sem sequer haver necessidade de atos concretos de execução: “Em 1940 e 1941, todavia, os nazistas optaram pelo que pode ser visto como uma solução natural para o problema judeu. No lugar de matar judeus diretamente, eles esperaram por condições nos guetos fechados para cumprir seu intento. Aproximadamente 100.000 judeus, representando 20 por cento da população judaica de Warsaw, morreram naquela cidade durante o inverno de 1940-1941. Os números foram similares em outros locais. Tanto nos guetos abertos quanto nos fechados, judeus eram sistematicamente deixados com fome e trabalhavam até a morte” (EDELHEIT, EDELHEIT, 1994, p. 53) [In 1940 and 1941, however, the Nazis opted for what may be seen as a natural solution to the Jewish problem. Instead of murdering Jews outright, they waited for conditions in the closed ghettos to take their toll. Nearly 100.000 Jews, representing 20 percent of the Jewish population in Warsaw, perished in that city during the winter of 1940-1941. The numbers were similar in other locations. In both open and closed ghettos Jews were systematically starved and worked to death].

¹²³ *Schutzstaffel* (SS).

¹²⁴ On 13 October 1942 the Reich Minister of Justice Thierack wrote to Reichsleiter Bormann, in part as follows [...]: “With a view to freeing the German people of Poles, Russians, Jews, and gypsies, and with a view to making the eastern territories which have been incorporated into the Reich available for settlements for German nationals, I intend to turn over criminal proceedings against Poles, Russians, Jews, and gypsies to the Reich Leader SS. In so doing I base myself on the principle that the administration of justice can only make a small contribution to the extermination of members of these peoples”.

Palavras em código ou eufemismos que mascaravam a realidade substituíam termos considerados muito diretos, muito claros, muito inapropriados. Deste modo, os nazistas tinham não menos que dezenove termos diferentes para substituir assassinato: *Aufgelöst*, *Ausgemerzt*, *Evakuiert*, *Auslöschen*, *Ausschaltung*, *Beseitigung*, *Entjudung*, *Entlaust*, *Erledigt*, *Erleichtert*, [...]. Alguém poderia acrescentar *Aktionen*, *Aussiedlungen*, and *Endlösung*¹²⁵, três termos largos, quase sem significado, sempre utilizados de forma a ocultar assassinato direto ou qualquer atividade que levava a eventual assassinato. [...] No entanto, tudo tinha que ser feito de forma ordenada – na medida em que ordem era possível. Obviamente, em um mundo ordenado todo empreendimento tinha que ser jurídico.¹²⁶ (EDELHEIT; EDELHEIT, 1994, p. xvii).

Não fosse bastante, não se pode deixar de lembrar que, “desde o início dos anos 1920 até sua morte Hitler permaneceu aferrado à ideia de que ‘Judá’ era a ‘praga do mundo’ e de que a saúde futura da Alemanha dependia da erradicação dessa praga” (ROSEMAN, 2003, p. 13).

Ainda que as limitações deste estudo não permitam maiores digressões, qualquer teoria acerca das origens e necessidade do Direito pressupõe que o homem apenas abdica de sua liberdade em benefício do soberano e do ordenamento jurídico que este institui, a fim de que possa ser minimamente preservado, e não para que o soberano atenda, exclusivamente, suas próprias vontades. Assim não fosse, inexistiria qualquer justificativa minimamente razoável do ponto de vista racional para que, no lugar de se enfrentar o soberano, abdicasse-se do livre arbítrio.

Em linhas gerais, como explicado por Kumm (2007, p. 164), “os cidadãos imaginados como parte do contrato social, aqueles cujo consentimento razoável é hipotetizado, não assinaram um pacto que inclui disposições autorizando seu sacrifício”.¹²⁷

Outra forma de ver a questão aparece na obra de Dworkin (2007, p. 135), quando afirma que o conceito de Direito pressupõe, ao menos em princípio, o oferecimento de uma justificação para a coerção oficial. Neste sentido, “o argumento jurídico ocorre em um espaço de consenso aproximado de que se o direito existe, ele provê uma justificativa para o uso do poder coletivo contra cidadãos ou grupos individuais” (DWORKIN, 2007, p. 134).

¹²⁵ Termos que significam evacuação, eliminação, deportação.

¹²⁶ Code words or euphemisms that sanitized reality replaced terms considered too forward, too clear, too inappropriate. Thus, the Nazis had no fewer than nineteen different terms to replace murder: *Aufgelöst*, *Ausgemerzt*, *Evakuiert*, *Auslöschen*, *Ausschaltung*, *Beseitigung*, *Entjudung*, *Entlaust*, *Erledigt*, *Erleichtert*, [...]. One should add *Aktionen*, *Aussiedlungen*, and *Endlösung*, three broad, almost meaningless terms, always used in some way to cover direct murder or any activity that led to eventual murder. [...] Nevertheless, everything had to be done in an orderly fashion – to the extent that order was possible. Of course, in an ordered world every undertaking had to be legal.

¹²⁷ The citizens imagined as part of the social contract, those whose reasonable consent is hypothesized, did not sign on to a pact that includes provisions authorising their sacrifice.

É razoável pensar que esta justificativa jamais existirá se a pretensão com o Direito for, no lugar de propiciar sobrevivência, permitir a eliminação de parte dos juridicamente subordinados, como fez o nazismo, destruindo o cerne de qualquer conceito aproximado de igualdade.

Segundo Dworkin (2007, p. 135 e 249), o poder de coerção do Estado só pode ser exercido, se devidamente atendido o princípio da legalidade. Isso significa que a legalidade não pode consistir meramente em regulamentação prévia pelo Direito, como o conceito é entendido por aqueles que pensam que “os julgamentos de Nuremberg nos quais os líderes nazistas foram julgados e condenados após a Segunda Guerra Mundial agrediram a legalidade” (DWORKIN, 2010, p. 240). Outras pessoas, no entanto, afirmam que estes julgamentos, ao contrário, “protegeram ou enfatizaram os verdadeiros ideais de legalidade” (DWORKIN, 2010, p. 241).

Para Dworkin, o valor da legalidade “insiste que o poder de coerção de uma comunidade política só deve ser utilizado contra seus cidadãos de acordo com critérios estabelecidos antes de sua utilização”, e que a enumeração desses critérios e a forma como devem ser estabelecidos podem ser alcançados pela interpretação do valor da legalidade à luz de outros valores reconhecidos, de forma a que se justifique o uso coercitivo do poder (DWORKIN, 2010, p. 244).

Neste sentido, a mera existência de normas prévias a regulamentar determinado assunto não é suficiente para atender o princípio da legalidade e, portanto, para justificar o uso do poder coercitivo, em última análise, o próprio Direito.

O princípio da legalidade precisa contar, assim, com outro elemento, que, para Dworkin (2010, p. 247), é um elemento moral. Segundo ele, o Positivismo Jurídico rejeita esta compreensão por entender que “quando se incluem critérios morais entre os critérios jurídicos, a legalidade torna-se objeto de concessões ou vai sendo destruída aos poucos”.

Sendo possível definir, todavia, que este elemento moral é a impossibilidade de extrema injustiça, como pretendido por Alexy, e considerando-se também possível definir um conteúdo mínimo para esta, pode-se dizer que o receio positivista é minimizado.

Diante do que foi até aqui exposto, é possível sugerir um conteúdo para a extrema injustiça, iniciando-se pela seguinte máxima: “o Direito que me submete não pode pretender me eliminar”.

Esta afirmação pode ser vista como uma leitura do princípio da integridade política proposto por Dworkin (2010, p. 250), segundo o qual a igualdade perante o Direito exige,

principalmente, que o Estado governe “de acordo com um conjunto de princípios em princípio aplicável a todos”. É certo que um conjunto de princípios aplicável a todos não pode permitir, exatamente em princípio, que apenas parte dos seus destinatários deve sobreviver.

Referida máxima não pode ser absoluta, já que se eu representar um perigo para as outras pessoas, elas podem precisar me excluir de seu convívio. Ainda que alguns digam que a pena de morte é extremamente injusta, isto está longe de se tornar um consenso e, talvez, de alcançar o *status* necessário de racionalmente justificável. Portanto, à máxima de que o Direito não pode me eliminar, é preciso acrescentar uma ressalva: “desde que eu não faça um mal que comprometa a sobrevivência dos demais componentes da sociedade”.

Provavelmente, é o esclarecimento desta ressalva que o nazismo tem melhor condição de apresentar. Os judeus, homossexuais, pessoas com limitações físicas ou mentais não eram uma ameaça aos outros indivíduos da sociedade. Foram eliminados, por um Direito que permitiu – ou, ao menos, proporcionou – os meios necessários para, literalmente, aniquilá-los, com base em características irrenunciáveis e definitivas de suas pessoas, e à revelia da prática de qualquer ato prejudicial. Não se tratava, portanto, de uma escolha a atrair a aplicação de uma sanção, mas, sim, de uma “punição” sem haver ilícito e por razões que, por não dependerem de sua vontade, eram verdadeiramente invariáveis para o indivíduo.

A primeira questão que deve ser levantada em relação a este ponto diz respeito ao conceito de responsabilidade. Não se pretenderá, aqui, aprofundar tema tão largo, mas apenas traçar um rápido paralelo entre ato e não-ato. Um ser humano apenas pode ser punido pelo que pode fazer ou deixar de fazer, e não porque é de determinado jeito que não pode deixar de ser.

Como explica Skinner, “nós não responsabilizamos pessoas por seus reflexos – por exemplo, por tossirem na igreja. Nós as responsabilizamos por seus comportamentos operantes – por exemplo, por cochicharem na igreja ou permanecerem na igreja enquanto tosse”¹²⁸ (SKINNER, 1953¹²⁹ *apud* FULLER, 1969, p. 163-164).

Segundo Fuller (1969, p. 161), “iniciar o empreendimento de submeter a conduta humana ao governo das normas envolve a necessidade de comprometimento com a visão

¹²⁸ We do not hold people responsible for their reflexes – for example, for coughing in church. We hold them responsible for their operant behavior – for example, for whispering in church or remaining in church while coughing.

¹²⁹ SKINNER, B. F. *Science and human behavior*. New York: The Free Press, 1953, p. 6-7, 10, 115-116.

de que o homem é, ou pode se tornar, um agente responsável, capaz de entender e seguir normas, e de responder por seus erros”.¹³⁰ O autor entende que

todo afastamento dos princípios da moralidade interna do Direito é uma afronta à dignidade do homem como um agente responsável. Julgar suas ações por leis não publicadas ou retroativas, ou ordená-lo que pratique um ato impossível, é lhe transmitir indiferença a seus poderes de autodeterminação.¹³¹ (FULLER, 1969, p. 162).

Neste sentido, é interessante notar que os principais perseguidos pelo sistema nazista, os judeus, “eram um inimigo racial, e não religioso, e portanto a conversão ao cristianismo era inútil” (ROSEMAN, 2003, p. 13). Isso quer dizer que o fato de serem judeus atraía a aplicação de um Direito que os pretendia eliminar, sem que pudessem a este resistir, já que não era possível deixar de serem judeus.

A comparação do nazismo com outras situações extremas permite a melhor compreensão desta sua postura implacável, que, possivelmente, é o que faz dele um precedente histórico tão particular. Desta forma, serão tecidas breves considerações sobre dois eventos que parecem poder auxiliar neste intuito: a pena de morte e a tortura.

A pena de morte é uma das questões jurídicas mais controversas da atualidade. Muitas vozes acreditam em sua injustiça extrema, razão pela qual deveria ser abolida dos ordenamentos jurídicos que ainda a admitem. A tortura, por sua vez, é considerada pela ONU como crime que não admite exceção em nenhum caso¹³².

Duas questões, no entanto, separam largamente a pena de morte e a tortura do extermínio viabilizado pelo Direito nazista. Em primeiro lugar, a legitimidade da tortura foi, durante muitos anos, reconhecida, não se afigurando, ao menos durante a maior parte dos séculos em que juridicamente admitida, como moralmente inválida. Já a pena de morte é, até hoje, objeto de intenso debate e dúvida (ARBOUR, 2007).

¹³⁰ To embark on the enterprise of subjecting human conduct to the governance of rules involves of necessity a commitment to the view that man is, or can become, a responsible agent, capable of understanding and following rules, and answerable for his defaults.

¹³¹ Every departure from the principles of the law's inner morality is an affront to man's dignity as a responsible agent. To judge his actions by unpublished or retrospective laws, or to order him to do an act that is impossible, is to convey to him indifference to his powers of self-determination.

¹³² Artigo 2º da *The United Nations Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment 1984* (Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penais Cruéis, Desumanos ou Degradantes): “1. Cada Estado Parte tomará medidas eficazes de caráter legislativo, administrativo, judicial ou de outra natureza, a fim de impedir a prática de atos de tortura em qualquer território sob sua jurisdição. 2. Em nenhum caso poderão invocar-se circunstâncias excepcionais tais como ameaça ou estado de guerra, instabilidade política interna ou qualquer outra emergência como justificação para tortura. 3. A ordem de um funcionário superior ou de uma autoridade pública não poderá ser invocada como justificação para a tortura”.

Esta, todavia, não é a razão mais importante pela qual a pena de morte e a tortura afastam-se do nazismo. Tanto a pena de morte quanto a tortura, atualmente ou em outro momento reconhecidas pelo Direito, representam sanções à prática de determinados atos que, de alguma forma, atentam contra a sociedade. Já a perseguição do sistema alemão a judeus, pessoas com limitações físicas ou mentais, ciganos, homossexuais, dentre outros, independia de terem praticado quaisquer atos lesivos. As atrocidades cometidas pelos nazistas contra estas pessoas amparavam-se em questões exclusivamente “personalíssimas”, às quais não podiam, por impossibilidade fática, renunciar.

Desta forma, a máxima inicialmente proposta tem o objetivo de garantir que os próprios seres humanos aos quais serve o Direito não sejam por este eliminados, em razão, por exemplo, de questões intrínsecas e irrenunciáveis injustificadamente escolhidas pelas normas jurídicas e a despeito da ausência da prática de qualquer ato relevante para o Direito.

Esta afirmação parece ser corroborada por Arendt, quando afirma:

ARENDT: Você sabe, o que foi decisivo não foi o ano de 1933, pelo menos para mim. O decisivo foi o dia em que soubemos de Auschwitz.

[...]

ARENDT: Foi em 1943. E no começo a gente não acreditou – embora meu marido e eu sempre disséssemos que a gente podia esperar qualquer coisa daquele bando. Mas a gente não acreditava porque militarmente era desnecessário e gratuito. Meu marido é ex-historiador militar, e entende alguma coisa desses assuntos. Ele dizia: não seja crédula, não leve essas histórias ao pé da letra. Eles não podem chegar a esse ponto! E então, seis meses depois, tivemos de acreditar, porque tínhamos as provas. Esse foi o verdadeiro choque. Antes, dizíamos: bom, existem os inimigos. É plenamente natural. Por que um povo não haveria de ter inimigos? Mas isso era diferente. Foi como se um abismo se escancarasse. Porque a gente achava que se podia dar uma satisfação, de alguma maneira, para todo o resto, como, a certa altura, se pode dar satisfação para qualquer coisa em política. Mas não para isso. Isso não devia ter acontecido. E não me refiro apenas ao número de vítimas. Eu me refiro ao método, à fabricação de cadáveres e assim por diante – não preciso entrar nisso. Isso não era para ter acontecido. Ali ocorreu alguma coisa com a qual a gente não pode se conformar. Nenhum de nós pode, jamais. Sobre todo o resto que aconteceu, devo dizer que algumas vezes foi bem difícil: éramos muito pobres, fomos perseguidos, tivemos de fugir, de uma maneira ou de outra tivemos de nos safar, e tudo o mais. Era como era. Mas éramos jovens, até me divertia um pouco com aquilo – não posso negar. Mas não isso. Isso era algo totalmente diferente. Pessoalmente, eu poderia aceitar todo o resto. (ARENDT, 2008, p. 44).

Em outra oportunidade, Arendt afirma:

Os próprios nazistas, ou melhor, aquela parcela do partido nazista que, sob a inspiração de Himmler e com o auxílio das tropas da SS, deu início efetivo às políticas de extermínio, não tinham nenhuma dúvida de que haviam ingressado num campo de atividades totalmente diferentes, que estavam fazendo algo que nem seus piores inimigos esperavam que fizessem. Estavam plenamente

convencidos de que uma das melhores chances de sucesso dessa iniciativa residia na extrema improbabilidade de que alguém no mundo exterior fosse acreditar que aquilo era verdade. Pois a verdade era que todas as outras medidas antijudaicas faziam algum sentido e pareciam beneficiar de alguma maneira seus autores, ao passo que as câmaras de gás não beneficiavam ninguém. As próprias deportações durante um período de aguda escassez de meios de transporte, a criação de fábricas dispendiosas, a mão-de-obra utilizada e imensamente necessária ao esforço de guerra, o efeito desmoralizador geral sobre as forças militares alemãs e a população dos territórios ocupados – tudo isso interferia de maneira calamitosa na guerra no Leste, como reiteradas vezes apontaram as autoridades militares e os funcionários nazistas, protestando contra as tropas da SS. [...]

Os campos de extermínio comparecem no quadro do terror totalitário como a forma mais extrema dos campos de concentração. O extermínio se aplica a seres humanos que, para todas as finalidades práticas, já estão ‘mortos’. Os campos de concentração existiam muito antes que o totalitarismo os convertesse na instituição central do governo, e o que sempre os caracterizou foi que não eram instituições penais e os reclusos não tinham sido acusados de nenhum crime, mas se destinavam de modo geral a abrigar ‘elementos indesejáveis’, isto é, indivíduos que, por uma ou outra razão, haviam sido privados de sua pessoa jurídica e de seu lugar de direito dentro do arcabouço legal do país em que viviam. (ARENDR, 2008, p. 264).

Repete-se que, se é possível indicar ao menos um conteúdo para a extrema injustiça, este é o de que o Direito não pode eliminar seus destinatários independentemente da prática de um ato, tal como quando o faz por questões irrenunciáveis do sujeito, como a cor da pele, a existência de uma deficiência física ou mental ou mesmo as raízes genéticas.

O Direito existe e só se justifica se permitir a sobrevivência e, por isso, a convivência entre os seres humanos. Sua constrição de liberdade tem o fim de preservar a vida das pessoas. Um conjunto de normas que, no lugar de fazer isso, decide que alguns dos seres humanos a ele subordinados simplesmente merecem morrer, independentemente de suas atitudes, de fato, não pode ser chamado de Direito, porque não atende ao próprio conceito de Direito. Se isso não for reconhecido como extrema injustiça, será preciso admitir que um Direito que prefira utilizar todos os recursos existentes com aqueles seres humanos mais inteligentes, eliminando os menos inteligentes, será válido. Também será válido o Direito que elimine os doentes, em benefício dos saudáveis, pois aqueles exigem o dispêndio de mais recursos. Poder-se-á chegar ao ponto, até mesmo, de se considerar válido o Direito que invista todos os recursos no desenvolvimento da tecnologia, porque esta é permanente, enquanto a vida de cada ser humano vai perecer, mais cedo ou mais tarde.

É certo que também a máxima proposta pode ser discutida. Se houver uma grande catástrofe global e, para que algumas pessoas sobrevivam, seja necessário que outras

morram, o conteúdo de extrema injustiça que impeça o Direito de eliminar seus próprios destinatários certamente será inaplicável. Como afirma Hart (1958),

o mundo em que nós vivemos, e nós que vivemos nele, podemos um dia mudar em muitas formas diferentes; e se esta mudança fosse radical o suficiente não apenas seriam falsas certas declarações de fato hoje verdadeiras e vice-versa, como formas inteiras de pensar e conversar que constituem nosso aparato conceitual atual, por meio do qual nós vemos o mundo e uns aos outros, caducariam.¹³³ (HART, 1958, p. 623).

Mas por que o nazismo, permitido, de forma direta ou indireta, pelo Direito, eliminou seis milhões de judeus, dentre outros milhares de ciganos, homossexuais, pessoas com limitações físicas ou mentais? Não foi porque essas pessoas agiram de forma a comprometer a segurança de outras pessoas, ou porque seu extermínio viabilizasse a vida de muitas outras pessoas. Não foi, por exemplo, porque elas estivessem com uma doença contagiosa que pudesse eliminar toda uma sociedade se não fosse detida ou por qualquer outra “grande catástrofe”.

Mesmo quando as normas não diziam expressamente “devem-se matar judeus”, elas indicavam o caminho para tanto, mesmo porque se os judeus perdiam a cidadania, tornando-se uma espécie de “imigrantes ilegais” no próprio país, se perdiam suas casas e trabalho, não tinham alternativa a “participar” dos programas de “reassentamento” alemães ou, enquanto foi possível e para aqueles que por alguma razão ainda tinham meios, emigrar da Alemanha e países simpatizantes do nazismo e, futuramente, dos países ocupados. Muitos simplesmente morreriam de fome ou de frio, e isso tudo havia sido nitidamente viabilizado pelo Direito.

Desta forma, a máxima proposta permite aferir que o Direito nazista foi extremamente injusto, mas não permitiria tal inferência acerca de uma catástrofe como a narrada. Por isso, para que seja completa, deve ser concluída da mesma forma que uma fórmula científica, que se utiliza da ressalva “em condições normais de temperatura e pressão”: “em condições normais, o Direito que me submete não pode pretender me eliminar, desde que eu não faça um mal que comprometa a sobrevivência dos demais componentes da sociedade”.

A fim de que estas “condições normais” sejam bem compreendidas, é preciso lembrar que a justificativa “guerra” não pode ser aplicada a grande parte do ordenamento

¹³³ The world in which we live, and we who live in it, may one day change in many different ways; and if this change were radical enough not only would certain statements of fact now true be false and vice versa, but whole ways of thinking and talking which constitute our present conceptual apparatus, through which we see the world and each other, would lapse.

nazista, cujo caráter “eliminador” já existia desde 1933, enquanto apenas em 1939 teve início a Segunda Guerra Mundial. Além disso, dentro da perspectiva histórica da guerra, os inimigos do Eixo não eram os judeus ou ciganos, por exemplo, mas sim os Aliados.

Realmente, a ocorrência de uma guerra torna inevitável a previsão normativa de que, ao menos no que ameaçar a sobrevivência dos integrantes de determinada comunidade jurídica, seja legítimo matar os seus inimigos. Sendo, todavia, discutível, o próprio conceito de “guerra legítima”, a expressão “em tempos de paz”, embora não tenha delimitação precisa, parece, por ora, suficiente a determinar o que sejam “condições normais” para o Direito.

O que resta concluído de todo o exposto é que o Direito existe para preservar a vida de cada ser humano, com base, para Hart, na “suposição tácita de que o fim apropriado para a atividade humana é a sobrevivência, a qual repousa no simples fato fortuito de que a maioria dos homens deseja, a maior parte do tempo, continuar a existir” (HART, 2009, p. 247). Segundo o autor, “estamos comprometidos com ela como algo pressuposto pelos próprios termos da discussão, pois nos ocupamos dos arranjos sociais destinados a uma existência contínua, e não daqueles de um clube de suicidas” (HART, 2009, p. 249).

Neste sentido, conclui Hart que o objetivo mínimo de sobrevivência é, na verdade, aquilo que os homens buscam em sua associação uns com os outros (HART, 2009, p. 250). Todavia, o autor afirma que “está claro que nem o direito nem a moral convencional das sociedades precisam estender suas proteções e benefícios mínimos a todos os que estão dentro de sua órbita, e muitas vezes deixaram de fazê-lo”. Neste sentido, ele aponta os exemplos da Alemanha nazista e da África do Sul (HART, 2009, p. 259).

O conteúdo de extrema injustiça, que até aqui se pretendeu, refuta esta afirmação e pretende que este objetivo mínimo de sobrevivência precise ser preservado para todos os grupos, ressalvada a possibilidade de responsabilização individual por ameaça aos outros elementos da comunidade.

Mas este núcleo, ainda que mais largo que o conceito de sobrevivência de Hart (2009) – que admite a previsão jurídica de que determinadas pessoas não precisam sobreviver –, é drasticamente restritivo. O autor entende que a maioria esmagadora dos homens deseja viver, mesmo que ao custo de um sofrimento terrível (HART, 2009, p. 248).

Fuller (1969) afirma que, ao fazer referida afirmação, Hart parece estar admitindo a sobrevivência não mais como uma condição necessária para o atingimento de outros fins –

com o que ele não apenas concorda, como acredita não haver dúvidas a respeito –, mas como se isso preenchesse o núcleo e o elemento central de toda a luta humana (FULLER, 1969, p. 185). O autor afirma que isso não pode ser aceito, pois

como Tomás de Aquino destacou há muito tempo, se o principal objetivo de um capitão fosse preservar seu navio, ele o manteria no porto para sempre. Quanto à proposição de que a maioria esmagadora dos homens deseja sobreviver mesmo que à custa de terrível sofrimento, isso me parece de verdade duvidosa.¹³⁴ (FULLER, 1969, p. 185).

Nesta mesma linha, cabe questionar: a pretensão de um conteúdo mínimo para a extrema injustiça pode se contentar em dizer que os homens simplesmente devem viver, independentemente de quantos sofrimentos precisem suportar?

Como afirma o próprio Hart (2009, p. 249), “para examinar essa ou qualquer outra questão a respeito de *como* os homens devem viver juntos, cabe-nos supor que seu objetivo é, geralmente, viver”. Neste sentido, entende-se que o conteúdo até aqui estipulado para a extrema injustiça é requisito para que se pretenda um segundo, que responderia à pergunta sobre *como* os homens devem viver. Todavia, se sobre o primeiro caso não parecem pairar dúvidas, o segundo peca pela imprecisão.

Se isso não é necessariamente razão para se negar a possibilidade de que a extrema injustiça abarque não apenas a violação à máxima de que o homem deve viver, como também a de que o homem deve viver de determinada forma é, todavia, para dizer que esta forma está longe de ser objetivamente definível.

Pode-se propor, assim, um conteúdo de extrema injustiça contido de duas máximas ou de uma máxima que possui um núcleo duro e outro flexível ou aberto. O núcleo duro determina que “em condições normais, o Direito que me submete não pode pretender me eliminar, desde que eu não faça um mal que comprometa a sobrevivência dos demais componentes da sociedade”. O núcleo flexível pressupõe que o homem deve viver de determinada forma.

A delimitação desta “forma” não é objetiva, pois isso exigiria acreditar que o homem tem meios racionais de descobrir a perfeita justiça. Assim, sua materialização é construída de forma gradativa, bastando, por ora, que se admita a sua possibilidade e a sua importância.

¹³⁴ As Thomas Aquinas remarked long ago, if the highest aim of a captain were to preserve his ship, he would keep it in port forever. As for the proposition that the overwhelming majority of men wish to survive even at the cost of hideous misery, this seems to me of doubtful truth.

Duas passagens de Kant podem colaborar para esta materialização. A segunda expressão do imperativo categórico, por meio da conhecida fórmula da humanidade, determina: “Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio” (KANT, 2009, p. xv). Como afirma o filósofo, “os seres racionais estão pois todos submetidos a esta *lei* que manda que cada um deles *jamaís* se trate a si mesmo ou aos outros *simplesmente como meios*, mas sempre *simultaneamente como fins em si*” (KANT, 2009, p. 80).

Esta impossibilidade de se tratar o ser humano apenas como meio vem sendo sempre retomada sob a denominação de “princípio da dignidade humana”. Segundo Recaséns Siches (1970, p. 548), o princípio da dignidade humana refere-se à característica do indivíduo de ter não apenas fins, mas fins próprios a cumprir, intransferíveis e exclusivos, que fazem com que ele deva ser tratado, sempre, como pessoa digna, e, jamais, como mero meio para fins estranhos ou alheios aos seus. Com isso, o autor contrapõe o reconhecimento do princípio da dignidade humana a qualquer valoração que promova o atingimento de finalidades que não são próprias do homem – inclusive os fins do Estado – antes de se preocupar com aquelas.

É por isso que Recaséns recusa as concepções transpersonalistas, segundo as quais o homem não é considerado como ser moral com dignidade, já que não tem fins próprios a cumprir, sendo, na verdade, meio ou instrumento de realização de finalidades que transcendem a sua existência (RECASÉNS SICHES, 1970, p. 502). Como explica o autor, apenas o indivíduo é capaz de propor seus próprios fins e de atuar para realizá-los, pois somente ele tem consciência. Por isso, a coletividade deve respeitar esses fins, os fins do indivíduo, organizando-se para contemplá-los, tornando-se ela um meio de seu atingimento, e não o contrário (RECASÉNS SICHES, 1970, p. 500).

A segunda passagem de Kant a que se fez referência diz respeito a sua concepção de que seres humanos que possuem apenas deveres, mas não direitos, “seriam seres humanos sem personalidade”, como servos ou escravos (KANT, 2008, p. 87).

Se Kant estiver certo – e assim vem entendendo a doutrina jurídica de forma cada vez mais forte, o que é espelhado não apenas nos ordenamentos jurídicos ao redor do mundo, como em um interminável número de decisões judiciais – a extração normativa do conteúdo da extrema injustiça à luz do nazismo ganha especial importância. De fato, diversas passagens do ordenamento nazista comprovam que o homem de forma geral e em

especial alguns homens eram, naquele regime, além de serem vistos apenas como meio, completamente privados da possibilidade de realização de fins próprios. Além disso, como literalmente dito por Hitler em um pronunciamento de 1942, acreditava-se que “em tempos como o presente, ninguém pode insistir em seus direitos estabelecidos, mas todos devem saber que hoje há apenas deveres”¹³⁵ (NUERNBERG MILITARY TRIBUNALS, 1951, v. III, p. 50).

O que representam, todavia, todas as formas de se tratar o homem apenas como meio ou de lhe conferir apenas deveres, negando-se-lhe direitos em contrapartida?

A definição de Recaséns Siches (1970) acerca da dignidade da pessoa humana permitiria afirmar que o Estado e o Direito servem ao homem. Existem por ele e para ele. Qualquer ideologia que pretenda uma inversão neste pressuposto não serve ao homem e, portanto, deve ser rechaçada. Neste sentido, tem-se a injustiça da imposição de sacrifício individual em prol da coletividade. Mas é isso que justifica, por exemplo, que, em um mesmo país, algumas pessoas passem fome enquanto a ciência é desenvolvida com os recursos que poderiam os alimentar.

Este é apenas um exemplo a demonstrar por que razão o núcleo flexível ou aberto da máxima proposta é, exatamente, flexível. Seu conteúdo será sempre passível de discussão e, provavelmente, será alterado na medida em que a sociedade evolua ou regreda em um ou outro aspecto. Mas já que a proposta sob execução, partindo da hipótese de que as características concretas do nazismo foram incorporadas ao próprio plano abstrato do Não-Positivismo, é exatamente estabelecer o conteúdo normativo da extrema injustiça à luz do Direito que vigorou durante este regime, convém que se façam algumas observações concretas sobre este núcleo aberto.

Além ou, muitas vezes, antes de exterminar, o regime nazista perseguiu, escravizou, torturou, confiscou bens, impediu o acesso à educação e retirou os meios de desenvolvimento da personalidade de diversos grupos. Ao menos em princípio, todas estas situações parecem integrar o conteúdo do que se possa entender por “injustiça extrema”. Mas sendo certo de que se trata de casos com menor objetividade do que o núcleo rígido da máxima, nada impede que haja refutação desta injustiça de forma extrema.

Pode-se dizer que não tratar o ser humano como fim implica impedi-lo de desenvolver suas capacidades – o que não é o mesmo que não lhe propiciar oportunidades

¹³⁵ In times like the present, no one can insist on his established rights, but everyone must know that today there are only duties.

de desenvolvimento, em acordo ao pressuposto anteriormente descrito de que a extrema injustiça impõe uma omissão, e não uma comissão normativa.

O impedimento da realização do fim de cada ser humano é, todavia, da mesma forma que o núcleo duro da máxima, justificado ante à ameaça que comprometa a sobrevivência dos demais membros da comunidade ou, alguém poderia reivindicar, que comprometa a possibilidade de realização dos próprios fins destas pessoas. Neste sentido, parece ser clássico, por exemplo, o caso da escravidão.

Alexy (2004) verifica uma injustiça extrema em relação àqueles que tentavam fugir da Alemanha oriental para a Alemanha ocidental, mesmo cientes do risco, inclusive de morte, que corriam:

Mas se tudo acontece: uma vida completa e única que deve ser conduzida como não se quer, a impossibilidade de se opor com argumentos à proibição de escapar, e o disparo mortal para aquele que não suporta isto, então se pode chegar à ideia final de que existiu uma extrema injustiça, quando se tirou a vida de pessoas em sua maioria jovens que quiseram realizar sua concepção de uma vida boa e correta, muito similar a como ela é vista sempre, inclusive ao preço de sua morte.¹³⁶ (ALEXY, 2004, p. 298).

Parece claro que, para ele, a imposição de obediência independentemente de qualquer escolha é capaz de configurar uma injustiça extrema. Mas como ele mesmo reconhece, não se trata de questão indiscutível (ALEXY, 2004, p. 272).

Alcançar o conteúdo flexível da máxima é, realmente, uma tarefa árdua, sendo impraticável uma delimitação tão precisa quanto a de seu núcleo duro. É simples afirmar que a autonomia de cada ser humano precisa ser preservada, mas não há dúvidas de que esta não pode ser absoluta, pois é papel do Direito conciliar diferentes vontades. A definição pela legitimidade ou não das restrições de liberdade é, assim, um ponto verdadeiramente sensível.

Todavia, a fim de que os efeitos da máxima proposta fiquem mais claros e permitam uma melhor compreensão acerca do que implica aceitar cada um de seus núcleos, pode-se verificar o impacto destes em relação ao nazismo. A assim se fazer, é forçoso reconhecer que, à luz do núcleo duro da máxima, impor trabalhos forçados, confiscar bens e torturar as vítimas do nazismo, por exemplo, não seriam uma injustiça extrema. À luz do núcleo flexível, por sua vez, poder-se-ia considerar que todas estas

¹³⁶ Pero si todo concurre: una vida completa y única que debe ser conducida como no se quiere, la imposibilidad de oponerse con argumentos a la prohibición de escapar, y el disparo mortal para aquél que no soporta esto, entonces se puede llegar a la idea final de que existió una extrema injusticia cuando se quitó la vida a personas en su mayoría jóvenes que quisieron realizar su concepción de la buena y correcta vida, muy similar a como ella se veía siempre, incluso al precio de su muerte.

práticas configuram uma injustiça extrema, desde que não decorram de responsabilização pela prática de atos que colocam em risco a vida – ou os fins próprios – de cada um dos membros da sociedade.

O extermínio das vítimas do nazismo, por sua vez, pode ser considerado extremamente injusto já à luz do núcleo duro da máxima, todavia apenas quando não decorre de responsabilização pela prática de atos que colocam em risco a vida dos demais membros da comunidade. Neste sentido, o extermínio dos judeus, pessoas com limitações físicas ou mentais, homossexuais e ciganos, meramente por serem judeus, portadores de necessidades especiais ou ciganos, seria considerado uma injustiça extrema pelo núcleo duro da máxima. Os adversários do regime, todavia, poderiam ser considerados uma ameaça à sobrevivência dos membros da comunidade e, se assim fossem, não poderiam ser preservados, fosse pelo núcleo duro, fosse pelo núcleo flexível da máxima. Pelo núcleo flexível, todavia, poder-se-ia dizer que a restrição de autonomia a este ponto não é justificável, o que ensejaria a necessidade de ponderação entre a preservação da autonomia e o risco à comunidade.

Uma última questão merece atenção. A ressalva permissiva de eliminação incluída na máxima não permite sua observação do ponto de vista coletivo. O mal que ameaça a sobrevivência dos membros da comunidade é sempre um mal individual. Como afirma Jaspers (2000, p. 35), “o julgamento categórico de um povo é sempre injusto. Ele pressupõe uma substancialização falsa e resulta no aviltamento do ser humano como indivíduo”¹³⁷. Desta forma, a eliminação de todas as pessoas que pertencem a determinado grupo jamais é permitida sob a justificativa de que, como grupo, constitui uma ameaça à sobrevivência.

Ainda que, em relação ao núcleo flexível da extrema injustiça, a máxima proposta não tenha grande contribuição, entende-se que a possibilidade de sua formulação tem o condão de demonstrar que a concepção não-positivista é sustentável, ainda que recorra a um exemplo histórico para fundamentar sua tese central, desde que deste se retire uma concepção verdadeiramente normativa.

Se, todavia, o reconhecimento da justificabilidade do Não-Positivismo é capaz de evitar a ocorrência de novos episódios assemelhados ao nazismo, e se, de fato, é preferível ao Positivismo e sua suposta maior segurança jurídica, é uma outra questão que será abordada no próximo capítulo.

¹³⁷ The categorical judgment of a people is always unjust. It presupposes a false substantialization and results in the debasement of the human being as an individual.

4 A ESCOLHA DE UMA TEORIA

No capítulo anterior, pretendeu-se demonstrar como a concepção não-positivista, surgida após a Segunda Guerra Mundial, encontra em sua causa direta, o nazismo, seu próprio elemento definidor.

Ante as dificuldades em se admitir que uma ocorrência histórica justifique o próprio cerne de uma teoria jurídica, analisou-se a ideia de extrema injustiça, sugerida por Radbruch e desenvolvida por Alexy, à luz do nazismo, sem que este, todavia, represente uma justificativa normativa para a tese da conexão.

Para tanto, foi necessário explicar que o núcleo moral a que está condicionada a validade jurídica precisa ter uma determinação mínima de conteúdo, sob pena de o Não-Positivismo ter sentido apenas enquanto se reporta ao nazismo. Assim, tentou-se propor este conteúdo mínimo para a extrema injustiça, acreditando-se que, desta forma, a concepção não-positivista tem justificção normativa suficiente, inclusive, para se projetar como alternativa viável ao Positivismo.

Todavia, entender que o Não-Positivismo está fundamentado e que pode representar uma alternativa viável ao Positivismo não é o mesmo que dizer que é uma opção melhor do que este.

A principal objeção que se costuma opor à adoção da concepção não-positivista consiste na perda de segurança jurídica. De fato, a se aceitar que a validade do Direito está condicionada à conformação com a Moral, admite-se, em princípio, que as normas reconhecidamente jurídicas porquanto elaboradas em consonância com as demais normas do ordenamento jurídico podem simplesmente ser desconsideradas como Direito.

4.1 Segurança Jurídica

4.1.1 *A importância da segurança jurídica*

Como anteriormente exposto, uma das razões pelas quais a teoria de Alexy é o fio condutor deste estudo é exatamente a sua preocupação com a segurança jurídica. Tanto é assim que o autor afirma que “uma versão do não-positivismo que obstasse a validade jurídica das normas postas autoritativamente e socialmente eficazes em todos os casos de

conflito entre direito e moral não seria aceitável”¹³⁸ e, dada a natureza controversa inerente às questões morais, essa versão do não-positivismo equivaleria ao anarquismo (ALEXY, 2007a, p. 335).

É verdade que a tese da extrema injustiça, em princípio, reduz o impacto desta vulneração da segurança jurídica, já que normas apenas injustas não deixarão de ser Direito. Neste sentido, Alexy retoma a fórmula de Radbruch (1990) que, como visto, expressa que:

O conflito entre justiça e segurança jurídica pode ser bem resolvido desta forma: O direito positivo, assegurado pela legislação e poder, prevalece mesmo quando seu conteúdo é injusto e inconveniente, salvo se o conflito entre lei e justiça alcança um grau tão intolerável que a lei, como um Direito ‘antijurídico’ deve ceder à justiça¹³⁹. (RADBRUCH, 1990, p. 89¹⁴⁰, *apud* RAZ, 2007, p. 28).

Alexy afirma que é possível sustentar que há casos em que não se pode afirmar com certeza se existe uma injustiça extrema, mas que isso perde importância ante às inseguranças às quais o reconhecimento do direito está comumente associado. Assim, conclui que “a tese não positivista da vinculação leva, quando muito, a uma perda mínima da segurança jurídica” (ALEXY, 2009, p. 63).

Realmente, é possível dizer que a perda de segurança jurídica proporcionada pela tese da conexão à luz da extrema injustiça é mínima, já que a extrema injustiça é uma situação, por definição, excepcional. Isso apenas pode ser assim reconhecido, todavia, se primeiramente for possível conferir um conteúdo mínimo à extrema injustiça. De fato, a aceitação de que a norma apenas pode ser desconsiderada como Direito acaso seja extremamente injusta não garante que a alegação de extrema injustiça não será utilizada de forma indiscriminada toda vez que se queira negar o seu caráter jurídico. Portanto, a mera definição de extrema injustiça, sem conteúdo objetivo, não é capaz de atender à necessidade de segurança jurídica, ainda que, em tese, refira-se apenas a casos excepcionais.

¹³⁸ A version of non-positivism that precluded the legal validity of authoritatively issued and socially efficacious norms in all cases of conflict between law and morality would not be acceptable.

¹³⁹ The conflict between justice and legal certainty may well be resolved in this way: The positive law, secured by legislation and power, takes precedence even when its content is unjust and inexpedient, unless the conflict between statute and justice reaches such an intolerable degree that the statute, as a ‘lawless law’ must yield to justice.

¹⁴⁰ RADBRUCH, Gustav. Rechtsphilosophie III. In: KAUFMANN, A. (Ed.). *Gustav Radbruch Gesamtausgabe*. Heidelberg: CF Muller, 1990, p. 89. v. III.

Em outras palavras, em não havendo delimitação da extrema injustiça, o afastamento da validade jurídica fica condicionado à mera alegação de que o conteúdo normativo é extremamente injusto, o que ameaça a segurança jurídica em grau máximo.

Neste ponto, é importante lembrar que a consequência jurídica nos casos de aplicação da concepção não-positivista foi, em seu momento mais drástico, a aplicação da pena de morte a pessoas que haviam atuado em conformidade com normas cuja validade foi posteriormente recusada¹⁴¹. Essa pena de morte, ainda que em poucos casos, jamais poderia, por sua natureza, implicar em perda mínima de segurança jurídica para seus destinatários, acaso não plenamente justificada.

Desta forma, a afirmação de Alexy de que a ameaça à segurança jurídica é mínima em se aceitando a tese da extrema injustiça apenas é verificada em sendo possível conhecer, de antemão, o que é uma extrema injustiça.

Portanto, se no capítulo anterior, a delimitação de seu conteúdo – de uma forma normativa – demonstrou-se essencial para a própria sustentação do Não-Positivismo, que não se pode fundamentar na ocorrência do nazismo, aqui ela se mostra essencial para que seja possível optar, conscientemente, entre Positivismo e Não-Positivismo como a melhor doutrina acerca do conceito de Direito.

Para tanto, é necessário, em primeiro lugar, entender o real papel da segurança jurídica.

4.1.2 O real papel da segurança jurídica

Dimoulis (2006), apoiando-se em Gometz (2005), afirma que a segurança jurídica pode ser entendida como

possibilidade de conhecer as consequências de um ato se se conhece o direito; possibilidade de conhecer as normas jurídicas, permitindo ao destinatário avaliar o caráter correto de uma decisão tomada pelas autoridades estatais; limitação do poder estatal graças a princípios jurídicos, como a legalidade e a não-retroatividade. (GOMETZ, 2005, p. 7-8¹⁴², *apud* DIMOULIS, 2006, p. 197).

Alexy afirma que a perda de segurança jurídica deve ser admitida ante à consideração de que, embora se trate de “um valor muito alto”, “não é o único”. Segundo ele,

¹⁴¹ Conferir item 4.3.

¹⁴² GOMETZ, Gianmarco. *La certezza Giuridica come prevedibilità*. Torino: Giappichelli, 2005.

A fórmula de Radbruch diz respeito a uma ponderação que, em princípio, dá prevalência à segurança jurídica, invertendo a hierarquia somente em casos extremos. Contra isso só pode objetar aquele que considera a segurança jurídica um princípio absoluto, o que, como qualquer persecução de um princípio absoluto, contém certa dose de fanatismo. (ALEXY, 2009, p. 64).

Ainda que mínima, é inegável que a perda de segurança jurídica não deixa de ser uma ofensa à segurança jurídica. Conforme explicado por Alexy, trata-se de uma afronta justificável apenas em caso de extrema injustiça, razão pela qual é uma afronta aceitável.

No entanto, pode-se afirmar que a insegurança jurídica é tão contrária à natureza e à função do Direito quanto é a extrema injustiça, ao menos se compreendida do ponto de vista do que, no capítulo anterior, foi considerado como núcleo duro da máxima proposta.

De fato, tal qual se afirmou que o Direito existe para garantir a convivência entre as diferentes liberdades, sendo pressuposto para isso que o Direito garanta a sobrevivência, é possível afirmar que o próprio surgimento do Direito, historicamente, relaciona-se à necessidade de conhecimento prévio e objetivo das normas.

Neste ponto, é interessante lembrar que a Lei das Doze Tábuas, embora não represente uma inauguração do Direito, que, de outra forma, já existia (DI PIETRO, 2009, p. 18), decorre de “pedido expresso da plebe, que se queixava de que o direito, por ser até então puramente oral, não era aplicado com equidade, dependendo da arbitrariedade dos magistrados” (GRIMAL, 1984, p. 99).

Segundo Hart (2009, p. 245), a descrição de algo como “natural” pode se relacionar à forma pela qual se descreve seu desenvolvimento de um ponto de vista teleológico, no sentido de realização de um fim que lhe é apropriado. Como dito, o fim apropriado ao Direito, historicamente, é exatamente promover segurança jurídica, ainda que de forma a se garantir a máxima justiça possível.

A afirmação de que a segurança jurídica é “natural” do Direito parece encontrar amparo na literatura.

Para Berteia, a segurança jurídica é “propriedade necessária do Direito”, que emerge de uma demanda por segurança (BERTEIA, 2007, p. 76). O autor afirma, ainda, que

a segurança jurídica ocupa uma posição central no domínio do Direito. O próprio ato de criação de uma ordem jurídica reflete, dentre outras coisas, uma demanda por segurança: ao sujeitar as condutas ao domínio das regras, o Direito limita o âmbito de comportamentos permissíveis e legitima algumas expectativas, reduzindo, assim, a contingência e a complexidade, e sobrepondo uma ordem sobre as interações humanas que, de outra forma, teriam em si um vasto potencial para imprevisibilidade e caos. Então a segurança jurídica – a capacidade do Direito de tornar o comportamento mais previsível e as expectativas mais confiáveis – não é apenas uma dentre os vários ideais pelos

quais as práticas jurídicas podem ser avaliadas: é um fundamental e necessário valor do Direito.¹⁴³ (BERTEA, 2007, p. 69-70).

O próprio Alexy reconhece que o valor ou princípio mais abstrato da dimensão autoritativa do Direito é a segurança jurídica, e que o Direito não seria Direito se não contivesse este princípio ou valor (ALEXY, 2007, p. 52).

Raz (2009, p. 213) afirma que a característica de que as pessoas devem ser regidas pelo Direito ao qual devem obedecer, e de que o Direito deve ser tal que as pessoas sejam capazes de ser conduzidas por ele é “a virtude inerente ou específica do Direito como resultado de uma concepção instrumental”¹⁴⁴ (RAZ, 2009, p. 226), pois

O Direito não é apenas um fato da vida. Ele é uma forma de organização social que deve ser utilizada adequadamente e para os fins adequados. Ele é uma ferramenta nas mãos de homens, diferindo de tantas outras em ser versátil e capaz de ser usada para uma larga variedade de propósitos adequados. Tal como outras ferramentas, máquinas e instrumentos, uma coisa não é do tipo desta coisa a não ser que tenha pelo menos alguma capacidade de realizar a função desta coisa. Uma faca não é uma faca a não ser que tenha pelo menos alguma capacidade de cortar. O Direito para ser Direito precisa ser capaz de orientar comportamento, ainda que ineficientemente. Tal qual outros instrumentos, o Direito tem a específica virtude que é moralmente neutra [...]. A virtude de um instrumento enquanto um instrumento. Para o Direito esta virtude é a segurança jurídica^{145, 146} (RAZ, 2009, p. 226).

¹⁴³ Legal certainty occupies a central place in law’s domain. The very act of setting up a legal order reflects, among other things, a demand for certainty: by subjecting conduct to the governance of rules, the law limits the range of permissible behavior and legitimises certain expectations, thus reducing contingency and complexity and superimposing order on human interactions that would otherwise have in them a wide potential for unpredictability and chaos. So legal certainty – the law’s ability to make behavior more predictable and expectations more reliable – is not just one among several ideals by which legal practices can be assessed: it is a fundamental and necessary value of law.

¹⁴⁴ [...] specific virtue of law is a result of an instrumental conception of law.

¹⁴⁵ A expressão “rule of law” é normalmente compreendida como “Estado de Direito” mas também pode ser entendida como segurança jurídica. Raz define a expressão como significando, em sentido amplo, que “as pessoas devem obedecer e ser regidas” pelo Direito [that people should obey the law and be ruled by it.] e, em sentido estrito, que o “governo deve ser regido pelo Direito e se sujeitar a ele” [the government shall be ruled by the law and subject to it.] (RAZ, 2009, p. 212). O entendimento de que a expressão é compreendida melhor como segurança jurídica neste ponto da obra de Raz decorre do conjunto das explicações do autor, destacando-se, neste sentido, que sua afirmação de que o Direito “deve ser obedecido” quer dizer que “deve ser capaz de guiar o comportamento de seus destinatários” [the law must be capable of guiding the behaviour of its subjects], precisando ser conhecido para que estes possam agir em sua conformidade (RAZ, 2009, p. 213-214). Raz afirma, ainda, que dentre os princípios que derivam da ideia básica do “rule of law”, encontra-se o de que “todas as normas devem ser prospectivas” [all laws should be prospective] (RAZ, 2009, p. 214).

¹⁴⁶ The law is not just a fact of life. It is a form of social organization which should be used properly and for the proper ends. It is a tool in the hands of men differing from many others in being versatile and capable of being used for a large variety of proper purposes. As with some other tools, machines, and instruments a thing is not of the kind unless it has at least some ability to perform its function. A knife is not a knife unless it has some ability to cut. The law to be law must be capable of guiding behavior, however inefficiently. Like other instruments, the law has a specific virtue which is morally neutral [...] For the law this virtue is the rule of law.

Raz afirma, todavia, que o conflito entre este e outros valores é esperado e, mais do que isso, que, sendo a segurança jurídica uma questão de grau, “um menor grau de conformidade é muitas vezes preferível, precisamente, porque ajuda a realização de outros objetivos”¹⁴⁷ (RAZ, 2009, p. 228). Provavelmente, todavia, o autor não aceitaria, como um destes objetivos, a eliminação da extrema injustiça, pois, como visto, Raz não admite conexão necessária alguma entre Direito e Moral.

Além disso, se a segurança jurídica é uma “excelência inerente do direito”¹⁴⁸ (RAZ, 2009, p. 228) e, mais do que isso, “uma condição necessária para o direito servir diretamente qualquer bom propósito”¹⁴⁹ (RAZ, 2009, p. 225), poder-se-ia afirmar que não pode ser suprimida, então, em nenhuma medida, já que o Direito não pode ser “menos” Direito por lhe faltar, ainda que parcialmente, elemento essencial. Isso implica, por decorrência lógica, rejeitar parcialmente a concepção não-positivista de Alexy, já que este admite, ainda que minimamente, a perda de segurança jurídica.

Ademais, se é possível supor que a segurança jurídica é natural ao Direito tanto quanto é o núcleo da extrema injustiça – ao menos o núcleo duro, como anteriormente demonstrado –, não há, em princípio, qualquer razão a preferir um requisito a outro, já que ambos ostentam igual condição de elementos necessários a que se considere algo como Direito.

Desta forma, insistindo o Não-Positivismo, de um lado, na necessidade de perda de segurança jurídica, ainda que mínima, e recusando o Positivismo Jurídico, de outro, a possibilidade de invalidação de normas jurídicas em casos de extrema injustiça, não há, até aqui, meios de se preferir uma concepção do Direito à outra.

4.1.3 Ampliação do conceito de segurança jurídica

Segundo Kelsen,

é defendido o postulado do positivismo jurídico: que todo caso concreto deve ser decidido com base em Direito positivo válido – e isto quer dizer: em aplicação do Direito positivo vigente –. Nesse fato está, pois, a exigência político-jurídica da segurança do Direito, i.e., a exigência de poder prever a decisão judicial com uma certa probabilidade e, portanto, de poder, segundo tal desígnio, planejar sua conduta o melhor possível. (KELSEN, 1986, p. 288).

¹⁴⁷ A lesser degree of conformity is often to be preferred precisely because it helps realization of other goals.

¹⁴⁸ Inherent excellence of the law.

¹⁴⁹ Necessary condition for the law to be serving directly any good purpose.

A segurança jurídica é sempre vista, como aponta Kelsen (1986), do ponto de vista do Direito Positivo vigente, ou seja, do que está previsto no ordenamento jurídico.

Alexy afirma que

uma objeção frequentemente levantada contra o conceito não-positivista de Direito é que o não-positivismo põe em risco a segurança jurídica, um dos principais fins ou valores do Direito. Se deve se provar ser verdade que o não-positivismo jurídico não pode fazer justiça à segurança jurídica, então o não-positivismo teria realmente que ser considerado insustentável. O principal ponto no capítulo de Stefano Bertea é que um conceito não-positivista de Direito adequado “pode acomodar a segurança apropriadamente” (at 71). Eu acho que ele está certo. A questão é como o não-positivismo deve ser concebido de forma que a segurança jurídica possa desempenhar o papel que deve desempenhar.¹⁵⁰ (ALEXY, 2007a, p. 335).

Alexy entende que essa “acomodação apropriada” pode acontecer pela perda mínima de segurança jurídica, o que, como visto, enfrenta a objeção do seu reconhecimento como propriedade necessária à própria existência do Direito.

A despeito disso, faz-se importante retomar a ideia de que a perda mínima de segurança sugerida por Alexy exigiria o conhecimento prévio do que é uma extrema injustiça.

Como se tentou demonstrar, o autor invoca essa perda “mínima”, por resumir a possibilidade de invalidade do Direito ante à Moral aos casos de extrema injustiça. Esta perda mínima, todavia, apenas pode ser como tal admitida em se delimitando o conteúdo de extrema injustiça, sob pena de ser utilizada como pretexto para a relativização do Direito.

A delimitação do conteúdo da extrema injustiça é tarefa que compete à doutrina jurídica que a propõe. No capítulo anterior, tentou-se tornar mais específico o conteúdo amplo e aberto de “violação a direitos humanos” sugerido por Alexy e Radbruch. Isso apenas pôde ser feito, todavia, parcialmente, pois, segundo se verificou, a extrema injustiça, pela máxima proposta, tem um núcleo duro e outro flexível. Se o núcleo duro garante o conhecimento preciso das normas que o violam, o flexível, por sua vez, é gradativamente construído e sempre inacabado.

¹⁵⁰ An objection often raised against the non-positivist concept of law is that non-positivism jeopardises legal certainty, one of the main purposes or values of law. If it should prove to be true that legal non-positivism cannot do justice to legal certainty, then non-positivism would, indeed, be rendered untenable. The main point of Stefano Bertea’s chapter is that an adequate non-positivistic concept of law ‘can suitably accommodate certainty’(at 71). I think he is right. The question is how non-positivism ought to be conceived such that legal certainty can play the role it ought to play.

Ainda assim, Alexy poderia dizer que está atendido o requisito de acomodação adequada da segurança jurídica, que sofreria uma vulneração “mínima”, desde que este núcleo flexível fosse, sempre, racionalmente fundamentado.

Mas, se como sugerido no tópico anterior, a admissão da extrema injustiça exige que se preserve integralmente a segurança jurídica, diferindo, desta forma, da proposta de Alexy, apenas o núcleo duro da máxima indicada poderia atender a este pressuposto, enquanto o núcleo flexível, por sua natureza mutável e inacabada, não seria suficiente para fazê-lo.

A se pensar assim, apenas o núcleo duro configuraria conteúdo com objetividade suficiente para atrair a preferência pela opção não-positivista. Isso, no entanto, restringiria tanto a sua aplicabilidade, que pouca diferença haveria em se optar por ela ou pela doutrina positivista, ao menos até que, eventualmente, novos núcleos duros fossem criados.

No entanto, a despeito de sua grande precisão e possibilidade mínima de refutação, é preciso reconhecer que mesmo o núcleo duro da máxima proposta é objeto de reflexão da Ciência do Direito, e não do Direito Positivo. É construção de fonte jurídica não-positiva que, em princípio, não integra o conteúdo que determina o controle necessário à apreciação da segurança jurídica.

Desta forma, a fim de se evitar tamanha restrição na adoção do Não-Positivismo, poder-se-ia pensar que, se o núcleo duro pode ser aceito como objeto de reflexão jurídica teórica, assim também pode ser reconhecido o núcleo flexível, que, em sendo determinado, elimina tanto a objeção de relatividade da extrema injustiça, quanto, conseqüentemente, a objeção de perda de segurança jurídica. Para assim ser, todavia, há que se ampliar o conceito de segurança jurídica para além da mera conformidade com o Direito Positivo, aceitando-se a contribuição da Ciência do Direito, neste sentido não meramente descritiva como a queria Kelsen (1998).

Mas é possível falar em segurança jurídica do ponto de vista da fonte doutrinária do Direito? É possível retirar o conceito de segurança jurídica das limitações do próprio Direito Positivo? Crê-se que sim. O conteúdo da norma jurídica é sempre integrado exatamente pelo que se tem reconhecido na doutrina e na jurisprudência, com influências recíprocas. Tanto é assim, que a Constituição americana permitiu tanto a segregação quanto a igualdade racial sob o mesmo texto constitucional (NATIONAL ARCHIVES, 1954). Isso significa dizer que a segurança jurídica nunca é garantia do próprio texto. É notório que a norma de que “pessoas vestindo camisa vermelha estão proibidas de entrar na

sala número 12” determina que “pessoas vestindo camisa vermelha estão proibidas de entrar na sala número 12”, mas, ainda assim, pode haver divergência sobre, por exemplo, que tipo de vestimenta está incluída sob o nome de “camisa vermelha”. Toda interpretação tem limites objetivos, dados pelo próprio uso da linguagem. Ninguém poderá ler “geladeira” onde estiver escrito “cadeira”. Todavia, uns podem entender que “cadeira” inclui as “poltronas”, enquanto outros lhe dão um sentido mais restritivo. Esta subjetividade sempre existirá. Portanto, é inegável que a construção do que é, de fato, o Direito sempre tem a participação do que é entendido como Direito por seus aplicadores.

Alexy afirma que

se existem julgamentos de justiça racionalmente fundamentáveis, estes são reconhecidos por quem compreende que uma conduta é injusta com base numa fundamentação racional. Assim, vigora a seguinte proposição: quanto mais extrema a injustiça, mais segura é a sua reconhecimento. (ALEXY, 2009, p. 63).

Desta forma, o autor provavelmente diria que o aqui exposto não faz mais do que corroborar o seu entendimento de que a extrema injustiça é aquilo que é racionalmente fundamentado. Todavia, enquanto Alexy afirmou que, nestes casos, haveria perda de segurança jurídica, este estudo tenta proporcionar um novo conteúdo para ela, que não poderia ser, então, mesmo que minimamente, subjugada. Além disso, quando Alexy fala sobre fundamentação racional, parece estar se referindo mais ao processo de discussão travado no âmbito da aplicação do Direito, do que à eventual consagração de conteúdo de forma doutrinária e prévia não só à aplicação, como aos próprios atos cuja prática consistiria em extrema injustiça.

É importante dizer que essa ampliação do conceito de segurança jurídica não leva, ainda, à discussão sobre o que de fato significa escolher entre a tese da conexão e a tese da separação, ou entre Não-Positivismo e Positivismo Jurídico.

Não se pode negar que, ainda que concebida a segurança da perspectiva teórica *do Direito*, a ausência de atenção a processo específico de escolha de valores para a produção normativa faz depender este *Direito*, ainda que excepcionalmente, de aspectos também morais. Neste sentido, alguém poderia alegar, simplesmente, que isso equivale a afirmar que a Moral sempre integra o Direito ou, dito de outra forma, que a ampliação do conceito de segurança jurídica, por si, representa a escolha pela tese da conexão.

É preciso deixar claro, no entanto, que a própria admissão dessa ampliação está condicionada à adoção do Não-Positivismo, ou seja, trata-se de uma forma de melhor explicá-lo e não de provar a sua preferibilidade ao Positivismo. A isso poder-se-ia objetar

que não é possível adotar um conceito de segurança jurídica quando se trate de Positivismo, e outro quando se trate de Não-Positivismo. Todavia, essa objeção é improcedente, pois a própria ampliação do conceito de segurança jurídica, como tentativa de fundamentar melhor o Não-Positivismo, partiu da tese da conexão, e não o contrário.

4.2 A necessidade de recurso ao consenso

A ampliação do conceito de segurança jurídica – e a tese da conexão de forma geral – encontra oposição na inexistência de consenso teórico acerca do que constitui o conjunto de todos os atentados jurídicos à autonomia humana, ou, dentro da perspectiva deste estudo, na inexistência de consenso sobre o conteúdo flexível da máxima proposta no capítulo anterior. Além disso, não importa quão predominante seja determinado entendimento, a sua certeza é sempre questionável. Posner (1998) afirma que

Um princípio moral pode ser inabalável no presente, sem que por isso seja ‘correto’. O fato de nenhum membro de uma sociedade ter questionado, por exemplo, um tabu contra o casamento inter-racial, não tornaria esse tabu moralmente correto. Pensar que o tornaria seria o mesmo que adotar o relativismo vulgar, a ideia de que a aceitação, por uma sociedade, de um princípio moral torna esse princípio moralmente correto. (POSNER, 1998, p. 1704¹⁵¹, *apud* DWORKIN, 2010, p. 128).

Todavia, entende-se que a opção pelo relativismo moral não precisa conduzir necessariamente à conclusão pela impossibilidade de se identificar o conteúdo flexível da extrema injustiça. Não se pretende abandonar a preocupação positivista de que a inclusão de critérios morais dentre os jurídicos comprometa a legalidade “porque os critérios morais permitem que os cidadãos e as autoridades que divergem, em geral ferrenhamente acerca das exigências da moral, sobreponham seu próprio julgamento àquele já estabelecido” (DWORKIN, 2010, p. 247). Isso seria, antes de tudo, recusar o papel essencial da segurança jurídica que é, ao contrário, o que se busca afirmar aqui.

Neste sentido, deve-se considerar que apenas o que é objeto de verdadeiro consenso deve ser avaliado como forte o suficiente para invalidar o que é Direito.

É importante deixar claro que recorrer ao consenso não é visto como uma alternativa fácil ou óbvia. Ao contrário, recorrer ao consenso aparece como a melhor opção, em face da ausência de uma opção perfeitamente satisfatória.

¹⁵¹ POSNER, Richard A (1997). The problematics of moral and legal theory. *Harvard Law Review*, v. III, n. 7, mai. 1998.

De fato, ante o reconhecimento de impossibilidade de conhecimento das normas absolutamente corretas a reger o comportamento humano, condicionar a validade jurídica à conformação com a Moral seria admitir uma validade relativa e, conseqüentemente, proporcionadora de insegurança jurídica.

Contra isso, o ser humano demonstrou ser capaz de usar o Direito para instrumentalizar o cometimento de injustiças tão extremas, que não se pôde deixar de pensar que, se por um lado, o Direito não pode depender necessariamente da Moral, não pode, por outro, servir para legitimar atos que são tão bárbaros que foram reconhecidos como extremamente injustos por toda a Humanidade.

Neste sentido, a adoção do consenso aparece como referida “melhor opção”, a fim de que seja possível contornar o relativismo moral, sem que se seja indiferente à ocorrência de um Direito como o nazista. Em outras palavras, é uma forma de se preferir a probabilidade – proporcionada pelo consenso – à indiferença.

É importante notar que a alternativa oposta – refutar a possibilidade de definição de extrema injustiça face à impossibilidade de seu conhecimento absoluto – apenas implica tomar uma posição que, aparentemente, em nada avança o estudo do Direito.

Além disso, utilizar a impossibilidade de certeza metafísica como motivo de recusa à possibilidade de certeza dos homens é irracional, no sentido literal de que é inatingível à compreensão por meio da razão. De fato, como é possível sustentar racionalmente que a pedofilia, que é, pela certeza do homem, execrada, pode ser, em um universo de certezas que não pode ser alcançado, virtuosa?

Kelsen (2003) afirma que pode-se distinguir entre dois tipos de normas de justiça, metafísico e racional. As normas de justiça do tipo metafísico caracterizam-se pelo fato de se apresentarem como procedentes de uma instância transcendente, existente para além do conhecimento humano, baseado na experiência. As normas de justiça do tipo racional, por sua vez, não pressupõem nenhuma crença na existência de uma instância transcendente, por poderem ser pensadas como estatuídas por atos humanos e ser entendidas pela razão humana (KELSEN, 2003, p. 16-17). Kelsen conclui que

Isto não significa, todavia, que estas normas possam ser postas pela razão humana – pela chamada razão ‘prática’ – ou ser encontradas na razão. Isto é impossível, se bem que seja afirmado por aqueles que, na resposta à questão sobre o que é justo, pressupõem estas normas como imediatamente evidentes. (KELSEN, 2003, p. 17).

Neste ponto, entende-se que a irrefutável possibilidade de consenso, ao menos sobre alguns assuntos, faz preferir, a este entendimento de Kelsen, a possibilidade de justificação racional de Alexy, para o qual a afirmação moral objeto do consenso precisa ser suscetível de afirmação racional e seu oposto de refutação racional. O autor conclui que, assim, a objeção do relativismo se enfraquece e, caso não o faça,

restará somente remeter – o que já é alguma coisa – à realidade de um consenso atualmente amplo, que, considerado em si mesmo, embora não seja uma refutação em sentido estrito, aproxima-se, como mencionado, de uma refutação no que diz respeito à prática jurídica. (ALEXY, 2009, p. 66).

Alexy acrescenta que, inobstante sempre haver a possibilidade de erro, a argumentação racional deve ser lida como intrinsecamente vinculada ao verdadeiro conhecimento do objeto do consenso (ALEXY, 2007, p. 54). Por outro lado, Kelsen (2003) afirma que

Uma teoria do direito positivista, isto é, realista, não afirma – e isto é importante acentuar sempre – que não haja nenhuma justiça, mas que de fato se pressupõem muitas normas de justiça, diferentes umas das outras e possivelmente contraditórias entre si. Ela não nega que a elaboração de uma ordem jurídica positiva possa ser determinada – e em geral ela é, de fato – pela representação de qualquer das muitas normas de justiça. Especialmente, não nega que toda ordem jurídica positiva – quer dizer, os atos através dos quais as suas normas são postas – pode ser apreciada ou valorada, segundo uma destas normas de justiça, como justa ou injusta. Mantém, todavia, que estes critérios de medida têm um caráter meramente relativo e que, portanto, os atos através dos quais uma e mesma ordem jurídica positiva foi posta podem, quando apreciados por um critério, ser fundamentados como justos e, quando apreciados segundo outro critério, ser condenados como injustos – sustentando ao mesmo tempo que uma ordem jurídica positiva é, quanto à sua validade, independente da norma de justiça pela qual possam ser apreciados os atos que põem as suas normas. (KELSEN, 2003, p. 70).

Assim, Kelsen conclui que “uma teoria jurídica positivista não reconhece o fundamento de validade de uma ordem jurídica positiva em nenhuma das normas de justiça – pois não pode dar a nenhuma delas preferência sobre as demais” (KELSEN, 2003, p. 70).

Esta conclusão, se parece suficiente a justificar que o Direito não precisa necessariamente consagrar determinadas normas de justiça ou morais, normalmente relativas e divergentes, não parece ser forte o bastante para afastar a possibilidade de que o consenso sobre a extrema injustiça permita a invalidade de uma norma que a tenha consagrado.

Isso não implica, de forma alguma, recusar a ideia de que mesmo o consenso não é garantia de certeza (ALEXY, 2011a), já que qualquer consenso futuro a rejeitar um consenso anterior sempre será um consenso de homens, de certeza igualmente relativa.

Como afirma Alexy (2009, p. 66), “um cético pode objetar que a evolução das concepções morais nos últimos séculos ou milênios foi um descaminho e que é possível que todos ou quase todos estejam incorrendo num erro coletivo”.

Todavia, se hoje é possível olhar para trás e reconhecer como manifesta a extrema injustiça do nazismo – e não há, que se saiba, refutação a isso como objeto de consenso –, pode-se dizer, ao menos com o mesmo olhar de hoje e nas condições normais mencionadas no capítulo anterior, que eventual Direito que viabilize o extermínio de parte da comunidade que se lhe sujeita em razão de sexo, origem, raça, cor da pele ou grau de discernimento deverá ser invalidado.

Por outro lado, não é aceitável dizer que a pena de morte, por exemplo, deve – em um sentido normativo – ser abolida de todos os ordenamentos jurídicos que ainda a contemplam, porque não existe consenso que o permita, ainda que, possivelmente, em alguns anos ou séculos, esta afirmação torne-se correta. Neste sentido, alguém poderia questionar se poderiam ser punidos aqueles que tornaram lícita a pena de morte acaso, eventualmente, tenha-se convicção de sua extrema injustiça.

Entende-se que as consequências jurídicas lidas à luz da extrema injustiça precisam ser sempre prospectivas. Neste sentido, não seria possível admitir a punição daquele que institui ou aplica a pena de morte, no momento em que não há consenso sobre a sua injustiça de forma extrema. As punições de pessoas diretamente ligadas ao regime nazista efetuadas ao fim da Segunda Guerra Mundial, por exemplo, exigiram o reconhecimento de que, na década de 1930, já era pacífico o entendimento de que não se podia eliminar um povo meramente por sua origem e independentemente de quaisquer atos praticados. Dentro do conceito de segurança jurídica amplo proposto, mesmo à luz do Não-Positivismo sua punição jamais seria juridicamente aceitável, acaso o entendimento pela extrema injustiça de seus atos decorresse de um consenso que existiu apenas após a prática dos atos julgados criminosos.

Neste sentido, é possível traçar uma comparação entre o nazismo e a escravidão, que tem com ele em comum a extração de consequências jurídicas extremamente injustas a partir de características sobre as quais não tem escolha o indivíduo.

Apesar de ser uma questão controversa, a literatura sobre o assunto permite a conclusão de que a escravidão foi racionalmente fundamentada e aceita como natural durante a maior parte de sua existência. Só isso pode justificar, por exemplo, que um dos maiores filósofos da história a defendesse (ARISTÓTELES, 1985, p. 1253b, 1254a, 1255a), e que os próprios escravos alforriados adquirissem eles mesmos escravos (LUNA; COSTA, 2009, p. 451).

Alexy (2005, p. 79) afirma que há duas formas de perceber se o Direito que admitia a escravidão era ou não extremamente injusto, uma relativista e outra universalista.

Segundo a posição relativista, “é possível que certas formas de escravidão da Antiguidade não tenham sido extremamente injustas”¹⁵², mesmo que se reconheça que o seriam acaso fossem praticadas hoje (ALEXY, 2005, p. 79-80). Isso se justifica, principalmente, porque havia a concepção de que os escravos seriam coisas, e não seres humanos – nem sequer sujeitos, mas objetos do Direito, portanto –, o que jamais poderia ser racionalmente fundamentado atualmente.

A concepção universalista, proposta por Alexy (2005, p. 80), por sua vez, entende que se o Direito permitia matar – ou deixar morrer, de fome, por exemplo – os escravos, por qualquer razão, até mesmo por mero entretenimento, então, o limite da extrema injustiça era extrapolado.

Alexy afirma que uma objeção à conclusão universalista seria a de que esta exigiria aos juristas da época que abandonassem a posição central que a escravidão ocupava no Direito. A resposta de Alexy (2005, p. 80) a esta objeção é de que, a despeito de a escravidão ter feito parte do Direito romano desde o seu início, “não foi considerada algo tão evidente ou natural”¹⁵³. Neste sentido, afirma que, nas Instituições de Justiniano, foi considerada como uma instituição contrária à natureza, o que mostraria que “a ideia de que tudo podia ser diferente estava presente não apenas nos ensinamentos de alguns filósofos estoicos, mas também na vida das pessoas”¹⁵⁴ (ALEXY, 2005, p. 81).

Alexy (2005, p. 81) afirma que a esta resposta universalista, poder-se-ia objetar que “a existência de capacidade para considerar os escravos como seres humanos e para os

¹⁵² Es posible que ciertas formas de esclavitud de la Antigüedad no hayan sido extremadamente injustas.

¹⁵³ No fue considerada algo tan evidente o natural.

¹⁵⁴ La idea de que todo podia ser diferente estaba presente no sólo em las enseñanzas de algunos filósofos estoicos, sino también en la vida de la gente.

tratar juridicamente como tais não implica que, de fato, tenham sido considerados de tal modo”¹⁵⁵.

De fato, considerar que a mera existência da possibilidade de reconhecimento do escravo como pessoa naquela época seria razão suficiente para que, já, naquele momento, fosse reconhecida a extrema injustiça da escravidão é o mesmo que dizer que, acaso em alguns anos – ou décadas, ou séculos –, a pena de morte mereça o mesmo caráter de extremamente injusto, isto já seria perceptível desde agora, visto que grande parte das pessoas assim entende.

Alexy (2005) afirma que:

É verdade que, em princípio, quanto mais evidente é a injustiça, mais extrema resulta, mas esta regra está limitada pela possibilidade de cegueira moral e a possibilidade de um simples erro moral. A cegueira moral pode estar provocada por tradições arraigadas, ofuscação ideológica ou fanatismo de qualquer classe. Uma das causas mais habituais de simples erros morais é a falta de consideração de todas as circunstâncias e o não se colocar suficientemente no lugar dos outros. Os fenômenos da cegueira moral e do simples erro moral destacam que a questão de se algo é extremamente injusto não se pode decidir, em última instância, mediante instituições ou pela experiência do evidente, mas sim unicamente mediante argumentos. A impressão da evidência ou da obviedade pode vir abaixo em um discurso racional, porque não pode fazer frente aos argumentos levantados e porque o que não era evidente antes deste discurso pode chegar a sê-lo depois dele.¹⁵⁶ (ALEXY, 2005, p. 81).

Entende-se que esta resposta de Alexy à objeção por ele mesmo indicada está longe de ser satisfatória e coloca em risco o cerne da própria extrema injustiça. Ora, como visto anteriormente, Alexy entende que, quanto maior uma injustiça extrema, mais fácil é o seu reconhecimento. Por outro lado, no excerto transcrito, o autor afirma que a evidência da extrema injustiça poderá ser ofuscada por cegueira ou erro moral.

É impossível conciliar as duas questões. O que é evidente não pode ser evidente apenas em caso de ausência de erro ou cegueira moral, porque a mera possibilidade de que estas existam indeterminadamente suprime o caráter de “evidência”. Desta forma, o que

¹⁵⁵ La existencia de capacidad para considerar a los esclavos como seres humanos y para tratarlos juridicamente como tales no implica que, de hecho, hayan sido considerados de tal modo.

¹⁵⁶ Es verdad que, en principio, cuanto más evidente es la injusticia más extrema resulta, pero esta regla está limitada por la posibilidad de cegueira moral y la posibilidad de um simple error moral. La cegueira moral puede estar provocada por tradiciones arraigadas, ofuscación ideológica o fanatismo de cualquier clase. Una de las causas más habituales de simples errores morales es la falta de consideración de todas las circunstancias y el no ponerse suficientemente en el lugar de los otros. Los fenómenos de la cegueira moral y del simple error moral ponen de relieve que la cuestión de si algo es extremadamente injusto no puede decidirse, en última instancia, mediante intuiciones o por la experiencia de lo evidente, sino unicamente mediante argumentos. La impresión de la evidencia o la obviedad puede venirse abajo en un discurso racional, porque no puede hacer frente a los argumentos planteados y porque lo que no era evidente antes de este discurso puede llegar a serlo tras él.

deveria ser “evidente” passa a ser, na melhor das hipóteses, provável ou meramente possível.

Entende-se, ademais, que, se essa própria situação de “evidência” pode ser simplesmente afastada em caso de tal cegueira ou erro moral, é frágil – ou mesmo irrelevante – a afirmação de Alexy de que sua tese sobre um núcleo de direitos humanos básicos com validade eterna está bem fundamentada por existirem casos elementares em que a extrema injustiça é patente para todo ser racional (ALEXY, 2005, p. 82).

No que diz respeito ao nazismo, entende-se que, a despeito de se enfrentar a mesma questão difícil do que representa a racionalidade em determinado momento, os elementos conhecidos permitem afirmar de forma mais contundente que, por mais que houvesse a tentativa de racionalizar a pureza das raças e a superioridade da “raça ariana”, já se sabia injustificável a eliminação de milhões de pessoas por este motivo.

Segundo Edelheit e Edelheit (1994, p. 117), a maioria dos historiadores afirma que os alemães não aceitavam o antissemitismo nazista. De fato, é afirmação corrente a de que os alemães nem sequer tinham conhecimento das atrocidades praticadas pelo regime¹⁵⁷. Esse assunto, todavia, é bastante controverso, e há grande discussão sobre o grau de conhecimento ou anuência dos alemães acerca desses atos, a despeito de não haver dúvidas de que ninguém queria se vincular ao que havia acontecido¹⁵⁸.

Independentemente dessa grande discussão, o que se nota é que, ao fim do regime, não existiu debate sobre se os atos eram ou não extremamente injustos, ou seja, a extrema injustiça estava pressuposta. Discutiu-se, apenas, se e como poderiam ser punidos os responsáveis pelo regime, tendo em vista que haviam agido sob a suposta égide da lei¹⁵⁹.

Se é verdade que a principal defesa de muitos dos acusados era de que estavam agindo por determinação da lei ou sob ordens de autoridades superiores, bem como que determinados atos eram praticados por razões de guerra (NUERNBERG MILITARY TRIBUNALS, 1951, v. III, p 941 e ss.), também é verdade que muitos deles se defenderam sob o argumento de que não sabiam o que acontecia ou que, ainda que soubessem, não concordariam com as práticas do próprio regime de que faziam parte (INTERNATIONAL MILITARY TRIBUNAL, 1947, v. X, p. 124). Se fosse possível defender, com um mínimo de plausibilidade, os atos que haviam sido praticados durante o regime, certamente, ante às evidências contundentes contra os acusados, todos teriam tentado justificar a “não extrema

¹⁵⁷ Segundo Edelheit e Edelheit (1994, p. 55), nem mesmo os judeus sabiam o que acontecia nas comunidades próximas.

¹⁵⁸ Conferir INTERNATIONAL MILITARY TRIBUNAL, 1947, v. X, p. 111-112.

¹⁵⁹ É o que se percebe pela leitura de PERSICO, 1994.

injustiça” daqueles, no lugar de simplesmente afirmarem, contra todas as provas, que não tinham conhecimento ou que não concordavam com as decisões tomadas, muitas vezes, por eles mesmos.

A exemplo, o acusado Schacht¹⁶⁰ afirmou que era absurda a teoria fascista da supremacia da raça e que era contrário à política fascista de exterminação dos judeus (INTERNATIONAL MILITARY TRIBUNAL, 1948, v. XVIII, p. 37).

Rothenberg¹⁶¹, por sua vez, afirmou que sua reforma da administração da justiça, ao contrário de conter uma palavra que fosse contra judeus, pretendia a administração de toda a justiça, inclusive para estes (NUERNBERG MILITARY TRIBUNALS, 1951, v. III, p. 943).

Outro importante acusado nos julgamentos de Nuremberg, Schlegelberger¹⁶² foi mais enfático, afirmando que “no que me diz respeito, não há e não havia a ‘questão dos Judeus’. Esta é minha postura: todas as raças foram criadas por Deus. É arrogante para uma raça se colocar acima de outra raça e tentar exterminá-la”¹⁶³ (NUERNBERG MILITARY TRIBUNALS, 1951, v. III, p. 717).

Certamente, alguém poderia dizer que os acusados negariam ou afirmariam o que fosse necessário para escapar da punição. Mas, isto, ao contrário de demonstrar que não havia consenso acerca da injustiça extrema que houvera sido praticada, reforça a tese de que esse consenso existia, pois, assim não fosse, não haveria qualquer razão para que eles se defendessem sob o reconhecimento de que os atos praticados eram extremamente injustos.

Ainda que esse consenso não existisse, todavia, isso não implicaria rejeitar a concepção não-positivista, visto que, primeiro, como restou demonstrado no capítulo anterior, aquela não pode se fundar na ocorrência de um exemplo histórico e, portanto, a

¹⁶⁰ Ministro da Economia do *Reich*, Presidente do Banco do *Reich* alemão. Acusado no julgamento dos “principais criminosos de guerra” (*major war criminals*) perante o Tribunal Militar Internacional de Nuremberg (*International Military Tribunal – IMT*) (INTERNATIONAL MILITARY TRIBUNAL, 1947, v. 1, p. 74).

¹⁶¹ Secretário de Estado do Ministério da Justiça do *Reich*, Vice-Presidente da Academia de Direito Alemão. Acusado no julgamento conhecido como “Caso da Justiça” – que recebe este nome, porque todos os acusados ocupavam cargos no sistema de justiça do *Reich* –, processado no Palácio da Justiça em Nuremberg, perante o Tribunal Militar III (NUERNBERG MILITARY TRIBUNALS, 1951, v. III, p. IV e 16), instituído por “Ordem constituindo o Tribunal” em 13 de fevereiro de 1947, nos termos da Portaria do Governo Militar nº 7 (NUERNBERG MILITARY TRIBUNALS, 1951, v. III, p. 7).

¹⁶² Secretário de Estado, Ministro Interino da Justiça do *Reich*, também acusado no “Caso da Justiça” (NUERNBERG MILITARY TRIBUNALS, 1951, v. III, p. 16).

¹⁶³ As far as I am concerned, there is and there was no Jewish question. This is my attitude: all races were created by God. It is arrogant for one race to place itself above another race and try to have that race exterminated.

experiência nazista não é o que justifica a tese da conexão; e segundo, reconhecer a legitimidade ou a ilegitimidade da responsabilização dos nazistas acusados após a Segunda Guerra Mundial não invalida qualquer das premissas aqui colocadas.

Dentro deste quadro, retomando o exemplo da pena de morte, seria possível supor que seu reconhecimento como extremamente injusta apenas poderia servir como critério para a punição de seus instituidores ou aplicadores, a partir do momento em que não restassem dúvidas sobre aquela, de maneira que quem insistisse em sua prática estaria, deliberadamente, agindo contra um entendimento consagrado na doutrina jurídica.

Igualmente, é possível dizer que um ordenamento que hoje reintroduzisse a escravidão não poderia ser considerado Direito, independentemente da opinião que se tenha a respeito da extrema injustiça de sua prática na Antiguidade. Lado outro, não é possível pretender a responsabilização dos instituidores e aplicadores de ordenamentos que admitem a prática do aborto, por exemplo.

Em síntese, a fim de que a adoção da tese da extrema injustiça não implique em vulneração da segurança jurídica, o momento do consenso precisa ser anterior à própria criação do Direito pela pessoa responsabilizável. Isso evita críticas como a afirmação de Leiser (1969) de que, quer se adote uma concepção não-positivista¹⁶⁴, quer se adote uma legislação retroativa, “não há qualquer maneira de a pessoa cujo destino será decidido saber de antemão que seu ato, que lhe parecia ser lícito no momento, seria posteriormente considerado ilícito”¹⁶⁵ (LEISER, 1969 *apud* KOCH, 1977, p. 163).

Esse entendimento parece encontrar amparo na teoria de Alexy, ao afirmar que

Quando a injustiça dessas normas é tão extrema e, portanto, tão evidente que qualquer um pode reconhecê-la claramente, não se pode falar em retroatividade oculta. Pois, nesse caso, quando o ato foi praticado¹⁶⁶ sua injustiça era claramente reconhecível. E, como naquele momento ela era tão extrema e, portanto, tão evidente que todos a reconheciam com clareza, essas normas já não eram, no momento do ato, um direito que pudesse levar à exclusão da punibilidade. Por essa razão, não se pode modificar a situação jurídica retroativamente, mas apenas constatar como ela era no momento do ato. (ALEXY, 2009, p. 74-75).

¹⁶⁴ Leiser (1969) utiliza a expressão “direito natural”, o que não altera, todavia, a finalidade de seu argumento.

¹⁶⁵ There is no way for a person whose fate is to be decided to know in advance that his act, which seemed to him at the time to be lawful, would later be deemed unlawful.

¹⁶⁶ Em português, “depois de cometido o ato”. Tradução alterada para corresponder ao original, em alemão: “als die Tag begangen wurde” (ALEXY, 1992, p. 106).

A forma de atingimento do consenso apto a garantir a segurança jurídica nos termos propostos não pode ser tratada aqui.¹⁶⁷

Jaspers (2000, p. 5) afirma que “nós devemos aprender a falar uns com os outros, e nós mutuamente devemos entender e aceitar um ao outro em nossas diferentes experiências”¹⁶⁸. Suas palavras parecem estabelecer os requisitos mínimos para que seja atingido qualquer consenso legítimo, para que a verdade – mesmo que apenas a verdade dos homens – seja alcançada de forma justa:

Nós não queremos forçar opiniões um ao outro. Mas na busca comum pela verdade não deve haver barreiras de reserva indulgente, nem discrição suave, nem ilusão reconfortante. Não pode haver questão que não deva ser levantada, nada a ser afetuosamente tido como certo, nenhuma mentira sentimental ou prática que teria que ser guardada ou que seria intocável. Mas menos ainda pode ser descaradamente permitido agredir uns aos outros com julgamentos provocativos, infundados e levianos. Nós devemos ficar juntos; nós devemos sentir nossa causa comum quando nós falamos uns com os outros. (JASPERS, 2000, p. 7).¹⁶⁹

O desenvolvimento desses aspectos, dada a sua complexidade, não tem, como afirmado, espaço neste estudo. É possível, todavia, estabelecer alguns pressupostos.

Em primeiro lugar, por ser, como visto, um recurso último, a utilização do consenso apenas pode ser admitida para delimitação do conteúdo da extrema injustiça. Desta forma, deve-se lembrar que, como restou consignado no capítulo anterior, a realização de extrema injustiça exige uma negação dos direitos humanos. Em outras palavras, não se trata de estabelecer o que precisa estar minimamente contido no ordenamento jurídico, mas, sim, o conteúdo que jamais pode ser disposto como Direito. É isto que deve ser objeto de consenso.

De fato, em razão das drásticas consequências da adoção de uma tese que visa à invalidação de um Direito formalmente válido, evidenciadas pelos julgamentos realizados ao fim da Segunda Guerra Mundial, como se verá a seguir, a extrema injustiça não poderia se embasar na necessidade mínima de certas previsões no ordenamento jurídico. Há duas razões principais para isso.

¹⁶⁷ A respeito disso, ver: ALEXY, 2011.

¹⁶⁸ We must learn to talk with each other, and we mutually must understand and accept one another in our extraordinary differences.

¹⁶⁹ We do not want to force opinions on one another. But in the common search for truth there must be no barriers of charitable reserve, no gentle reticence, no comforting deception. There can be no question that might not be raised, nothing to be fondly taken for granted, no sentimental and no practical lie that would have to be guarded or that would be untouchable. But even less can it be permitted brazenly to hit each other in the face with challenging, unfounded, frivolous judgments. We belong together; we must feel our common cause when we talk with each other.

Primeiramente, as necessidades humanas nunca conhecerão seu limite máximo. Seria impossível impor ao legislador que exigisse juridicamente todos os objetos de necessidade humana, mesmo porque além de serem ilimitados, atraem obrigações da mesma natureza ao Estado, cujos recursos, ao contrário, são limitados. Desta forma, até se poderia dizer que é extremamente injusto prescrever, por exemplo, que o homem não deve ter uma moradia, mas não que é extremamente injusto o ordenamento que deixe de consagrar o direito à moradia.

Ademais, seria necessário haver um catálogo fixo de direitos irrenunciáveis, sob pena de o criador do Direito ser penalizado por deixar de consagrar determinado direito julgado indispensável. Se a evolução do Direito demonstrou ser possível a utilização do consenso, ainda que como último recurso, para a delimitação do que é extremamente injusto, essa possibilidade não parece, pelo menos por enquanto, ser uma realidade para a definição do que é definitivamente justo.

O segundo pressuposto para que seja possível aceitar a contribuição do consenso é que, independentemente do quão unânime seja determinado entendimento, não se pode abdicar da certeza de que as conclusões alcançadas nunca devem ser admitidas como verdades absolutas.

Em relação a isso, é importante registrar que uma das grandes preocupações de Hart (2009, p. 271-272) em relação à tese da conexão era de que, acreditando ser requisito do Direito a sua conformação com a Moral, seus destinatários deixassem de o avaliar moralmente.

Essa posição de Hart (2009) tornou a tese positivista da diferenciação conceitual entre Direito e Moral, ela mesma, uma razão moral. O que queriam os positivistas – ao menos na visão deste autor, ao menos o que ele próprio queria como positivista – era garantir a possibilidade permanente de posicionamento moral crítico perante o Direito. E, para tanto, era imprescindível que se considerassem válidas as normas iníquas. Desta forma, “a tese positivista torna todos moralmente encarregados de rejeitar a hipótese de que a existência de qualquer lei pode em si determinar a questão de qual é a maneira moralmente correta de agir” (MacCORMICK, 2010, p. 41).

A possibilidade de invalidação do Direito à luz da extrema injustiça cujo conteúdo é delimitado pelo consenso, ao contrário do que se poderia pensar, corrobora este entendimento de Hart (2009). De fato, a tese da extrema injustiça permite concluir, em primeiro lugar, que a declaração de algo como Direito não implica que este seja

moralmente válido, já que as normas apenas injustas continuam a ser jurídicas. Em segundo lugar, se é o consenso, que jamais é absolutamente correto, que diz o que é essa extrema injustiça, então, definitivamente, a consagração do jurídico em nada o torna conclusivamente moral.

Neste sentido, é possível considerar que a concepção não-positivista que adota a tese da extrema injustiça ganha força perante a crítica de Hart (2009), que é uma das mais importantes direcionadas pelo Positivismo ao Não-Positivismo Jurídico.

4.3 A escolha de uma teoria

Restou demonstrado, até aqui, que: i) a doutrina não-positivista surge com a proposta de retomar a validação do Direito de forma material, vinculando-o, ao menos em certa medida, à Moral, mas sem abrir mão dos requisitos formais de validade do Direito, inclusive a segurança jurídica; ii) a doutrina não-positivista é justificável do ponto de vista normativo; iii) a concepção não-positivista que adota a tese da extrema injustiça é uma alternativa viável ao Positivismo Jurídico, desde que estabeleça meios de impedir a perda de segurança jurídica; iv) a concepção não-positivista que adota a tese da extrema injustiça não sucumbe à crítica de Hart referente à necessidade de manutenção da crítica moral, pelo contrário, é capaz de incorporar tal necessidade.

Dentro deste quadro, pode-se concluir que, diante da excepcionalidade de um Direito que consagre extremas injustiças assim reconhecidas, o Positivismo e o Não-Positivismo Jurídico dificilmente terão efeitos práticos distintos sobre a validade objetiva do Direito. Além disso, não pode a concepção não-positivista ser acusada de refrear a segurança jurídica, razão pela qual a preferência à opção positivista com base neste argumento deixa de ser possível. Da mesma forma, não se pode optar pela concepção positivista sob alegação de que é a única a permitir a crítica moral do Direito.

Esta conclusão indica, em princípio, uma situação de equilíbrio entre a doutrina positivista e a doutrina não-positivista. Desta forma, alguém poderia afirmar até mesmo que são igualmente adequadas como doutrinas jurídicas. Ou, ainda, como Raz (2007, p. 20), que a classificação entre Positivismo e Não-Positivismo perdeu o seu sentido.

As inúmeras acusações sofridas pelo Positivismo ao fim da Segunda Guerra Mundial, no entanto, parecem tornar conclusão tal excessivamente simplista. De fato, se fosse possível concordar com esta afirmação, o Não-Positivismo seria preferível ao

Positivismo, porque ele não teria proporcionado a ascensão de algo como o nazismo. Desta forma, convém abordá-las de forma muito breve.

Como explica Dimoulis (2006, p. 58-59), muitos afirmam que o Positivismo Jurídico fracassou como teoria do Direito, porque “a experiência genocida do nazismo demonstrou que o positivismo é uma teoria que legitima as piores injustiças em nome da obediência a ‘qualquer’ direito”.

Até se pode dizer que o Direito foi instrumento de legitimação da política nazista. Como afirmado no capítulo anterior, durante o nazismo, “tudo tinha que ser feito de forma ordenada – na medida em que ordem era possível. Obviamente, em um mundo ordenado todo empreendimento tinha que ser jurídico”¹⁷⁰ (EDELHEIT; EDELHEIT, 1994, p. xvii).

Todavia, a condenação da doutrina positivista por isso não pode ser justificada, pelo contrário. Na verdade, a ascensão do nazismo jamais haveria sido facilitada pela adoção da concepção positivista. Como bem esclarece Mertens (2003):

O Nacional-Socialismo não fez uso de uma mentalidade positivista, como sugere Radbruch. Nem fez esforços para estabelecer o positivismo. Pelo contrário: o nazismo fundamentalmente queria se distanciar do positivismo, o qual considerava ser uma espécie do chamado “normativismo”, como a visão de que o “Direito” consiste principalmente de regras e de que o legislador dentro do estado leva em consideração diferentes opiniões sociais e regras, por meio de normas abstratas, imparcialmente aplicadas. Como tal, o positivismo representa racionalidade, calculabilidade, individualidade. O positivismo legal teria significado um centro independente de poder e uma estrita fidelidade do Judiciário às normas. Isso teria sido um obstáculo para a realização das políticas e objetivos políticos em constante mudança. (MERTENS, 2003, p. 284).¹⁷¹

Dimoulis (2006) também demonstra que o nazismo, na verdade, posicionou-se de forma absolutamente contrária à doutrina positivista:

O nazismo queria instituir um “Estado de Justiça” (Gerechtigkeitsstaat), abandonando o modelo de Estado de direito (Rechtsstaat) que era criticado como formalista e individualista. Os juristas próximos ao nazismo criticavam os ideais da segurança jurídica e as formalidades jurídicas; exaltavam os valores do povo alemão, exigindo a “eticização” da aplicação do direito que os juízes deveriam

¹⁷⁰ Everything had to be done in an orderly fashion – to the extent that order was possible. Of course, in an ordered world every undertaking had to be legal.

¹⁷¹ National Socialism did not, as Radbruch suggests, make use of a positivist mentality. Nor did it make efforts to establish positivism. Rather the contrary: Nazism fundamentally wanted to distance itself from positivism which it considered to be a species of the so-called ‘normativism’, i.e., the view that ‘law’ primarily consists of rules and that the legislator within the state takes into account different social opinions and rules by means of impartially applied, abstract laws. As such, positivism stands for rationality, for calculability, for individuality. Statutory positivism would have meant an independent centre of power and a strict fidelity of the judiciary to statutes. This would have been an obstacle for the realization of ever-changing political goals and policies.

impor, distanciando-se do ‘pensamento com base na lei’ (Gesetzesdenken). O positivismo era visto como negação do ideal de justiça e o próprio Hitler declarou que no Terceiro Reich, o direito coincide com a moralidade. Os responsáveis políticos pressionavam os juízes para aplicar penas acima do máximo previsto e para interpretar de forma flexível as normas jurídicas em nome do interesse do povo alemão. (DIMOULIS, 2006, p. 261).

Tanto é assim, que

o mais importante pensador do direito de ideologia nacional-socialista rejeita o positivismo por distorcer o direito, prejudicar o povo alemão e inculcar aos servidores públicos uma mentalidade que os impede de exercer com eficiência suas tarefas políticas. Carl Schmitt pleiteava um retorno do direito aos valores da comunidade e aos ideias políticos do momento, desejando sua flexibilização e tendo elegido como inimigo principal justamente o positivismo na versão kelseniana. (DIMOULIS, 2006, p. 263).

Alguns entendem que a acusação ao Positivismo decorreu de uma necessidade de se buscar um responsável pelas atrocidades cometidas durante o regime nazista. Todavia, a afirmação de que o Positivismo facilitou ou até mesmo permitiu a ocorrência de um episódio tão drástico não encontra amparo algum na forma como o nazismo atuou, baseado em pressupostos radicalmente contrários aos positivistas. Parece notório que o nazismo exigia uma postura absolutista diametralmente oposta ao relativismo pregado por Kelsen e pelo Positivismo (DIMOULIS, 2006, p. 263).

Desta forma, a opção pela concepção não-positivista não pode ser justificada pela afirmação de que a adoção da concepção positivista cria o risco de episódios como o nazismo. Por outro lado, ante à tese da separação, também não é possível dizer que o Positivismo é capaz de evitar a ocorrência de um episódio tal. Mas o seria o Não-Positivismo?

A resposta a esta pergunta exige, antes, que se questione a própria utilidade da doutrina jurídica. Como afirma Hart (2009, p. 271-272): “enquanto os seres humanos puderem obter cooperação suficiente de alguns para lhes permitir dominar outros homens, usarão as formas do direito como um de seus instrumentos. Homens maus criarão normas perversas, que outros farão cumprir”. De fato, a preferência por uma doutrina jurídica, por si – ainda que um dia esta preferência se torne universal – não é capaz de evitar episódios extremamente injustos, mesmo porque, como afirma Dimoulis (2006, p. 260), “todos sabem que as mudanças políticas ocorrem em virtude das lutas políticas e da imposição de interesses de certos grupos sociais; não se baseiam em crenças teóricas e, muito menos, em análises sobre a validade das normas jurídicas”.

No entanto, a despeito das limitações da teoria jurídica para uma verdadeira atuação prática, é possível pensar que, restando consagrado pela Ciência do Direito o que são, de fato, extremas injustiças, a adoção da concepção não-positivista evitaria, sim, a instituição de ordenamentos e normas extremamente injustos, em uma finalidade preventiva típica do Direito, mas do ponto de vista da doutrina jurídica.

Não é novidade que muitos dos oficiais nazistas acusados confiavam em sua irresponsabilidade, à luz da existência de normas que amparavam seus atos e do princípio da irretroatividade que impediria a aplicação de lei eventualmente criada para os punir.

Desta forma, se a doutrina jurídica consagrar a possibilidade de responsabilização à luz do referido conceito amplo de segurança jurídica, talvez, na prática e gradativamente, o Não-Positivismo consiga exercer a referida finalidade preventiva, criando naqueles que desejam instituir normas extremamente injustas o medo de responsabilização futura. Segundo Alexy (2009),

uma vez estabelecido com êxito um Estado injusto, conceitos de direito já não podem ter grandes efeitos. Somente após o colapso desse Estado é que se mostram diferenças essenciais. Mesmo assim, existe um efeito atenuado e considerável do conceito não positivista de direito, que pode atuar contra a injustiça legal mesmo no Estado injusto estabelecido com êxito. Esse efeito pode ser qualificado de “efeito de risco”. Para um juiz ou uma autoridade qualquer, no Estado injusto, sua própria situação apresenta-se de formas distintas, conforme ele tenha ou não ocasião para interpretá-la à luz de um conceito positivista ou não de direito. Suponhamos que um juiz se encontre diante da questão de dever ou não pronunciar uma condenação penal por crime de terrorismo, condenação essa que seja respaldada por uma injustiça legal. Ele não é nem santo nem herói. O destino do réu pouco lhe interessa; importa-lhe o seu próprio. De acordo com todas as experiências históricas, ele não pode excluir o colapso do Estado injusto e preocupa-se com o que lhe poderia acontecer. Se tiver de supor que um conceito não-positivista de direito é majoritário ou geralmente aceito e que, segundo esse conceito, a norma na qual ele pode basear a condenação por terrorismo não é direito, ele correrá o risco relativamente grande de, mais tarde, não conseguir justificar-se e ser processado. O risco diminuirá se ele puder ter certeza de que mais tarde seu comportamento será julgado com base em um conceito positivista de direito. [...] Tal situação pode fazer com que, também para as pessoas que não veem razão para não participar de uma injustiça ou até mesmo que apreciam essa participação, surja ou seja reforçado um estímulo para não participar da injustiça ou, ao menos, para minorar essa participação. (ALEXY, 2009, p. 61-62).

Diante de tudo o que foi exposto até aqui, poder-se-ia considerar, então, que a concepção não-positivista é capaz de atender aos pressupostos mais caros ao Positivismo e, sem abrir mão de qualquer destes, dar um passo adiante e corrigir extremas injustiças não resolvidas pelo Positivismo. Todavia, antes que se possa assim concluir, um último ponto deve ser abordado.

Alexy afirma, como visto, que “especialmente importante é a necessidade do conceito não-positivista de direito [...] após o colapso de um Estado injusto” (ALEXY, 2009, p. 75). De fato, o traço distintivo marcante entre Positivismo e Não-Positivismo é a responsabilização pela prática de atos extremamente injustos, evidenciada, principalmente, pela realização dos julgamentos, em Nuremberg, dos crimes que haviam sido praticados durante a Segunda Guerra Mundial.

Além destes julgamentos militares, explica Hart (1958) que, após a Segunda Guerra Mundial, o conceito de Direito de Radbruch, contendo um princípio moral de humanitarismo, foi aplicado pelos tribunais alemães em certos casos. Nestes casos, os acusados normalmente alegavam que os crimes a eles imputados não eram crimes à luz do ordenamento nazista, ou seja, ao tempo em que praticados os atos correspondentes. Segundo Hart (1958, p. 618), esta alegação era respondida pela afirmação de que as normas que permitiam estes atos eram inválidas por contrariar princípios fundamentais da Moral. No entendimento do autor trata-se de

uma interpretação que parece atraente quando, após uma revolução ou grandes sublevações, os tribunais de um sistema têm de ponderar sua atitude perante as iniquidades morais cometidas de forma legal por cidadãos comuns ou autoridades sob um regime anterior. Ainda que a punição desses indivíduos possa parecer socialmente desejável, procurá-la através de uma legislação explicitamente retroativa, tornando criminoso o que era permitido ou mesmo exigido pela lei do antigo regime, pode ser difícil, um ato mortalmente odioso ou, talvez, impossível. [...] Será então tentador afirmar que as normas jurídicas que prescreviam ou permitiam a iniquidade não devem ser reconhecidas como válidas, ou ter a qualidade de lei, mesmo que o sistema no qual foram aprovadas não reconhecesse nenhuma restrição à competência legislativa de seu poder legislador. É sob essa forma que os argumentos do Direito Natural¹⁷² foram ressuscitados na Alemanha após a última guerra, em resposta aos graves problemas sociais deixados como herança pelas injustiças do regime nazista e sua derrota. Deveriam ser punidos os informantes que, por motivos egoístas, buscaram o encarceramento de outras pessoas por infringirem as leis monstruosas promulgadas durante o regime nazista? Seria possível condená-los nos tribunais da Alemanha do pós-guerra, com base na ideia de que essas leis violavam o Direito Natural e eram, portanto, nulas, de modo que o encarceramento das vítimas pela infração a tais leis era de fato ilegal e buscá-lo constituía, em si, uma transgressão? Embora pareça haver uma dicotomia simples entre os que aceitam e os que repudiam o ponto de vista de que normas moralmente iníquas não podem integrar o direito, os contendores frequentemente afiguram-se muito inseguros sobre a natureza geral desse ponto de vista. É verdade que aqui estamos preocupados com maneiras alternativas de formular a decisão moral de não aplicar, obedecer ou permitir que outros aleguem em sua defesa normas moralmente iníquas. (HART, 2009, p. 268-270).

¹⁷² A despeito de comumente se dizer que o período do pós-guerra dá azo ao retorno das doutrinas jusnaturalistas, estas, na verdade, passam a representar uma exceção, ante à inauguração de uma terceira e nova forma de se pensar o Direito que, a despeito de recorrer à necessidade de sua validade material, não se socorre da ideia de Direito Natural: o “Não-Positivismo em sentido estrito”, como visto no capítulo inaugural.

Kelsen afirma que a objeção mais frequente contra os julgamentos em Nuremberg, por exemplo, é que a lei ali aplicada é *ex post facto*. Segundo ele, não há dúvida de que o Acordo de Londres (“London Agreement”) permitiu punição individual para atos que não eram puníveis no momento em que foram praticados (KELSEN, 1947, p. 164). Mas é importante registrar que a retroatividade não parece ser a principal questão apresentada pelo pós-guerra.

De fato, a irretroatividade não é um princípio absoluto – como reconhece Kelsen (1947, p. 164) – e a justificação de sua ocorrência poderia encontrar amparo até mesmo em teses positivistas. Muito mais do que isso, o que restou evidenciado após a Segunda Guerra Mundial foi a adoção de uma concepção que admitiu recusar a validade de normas formalmente jurídicas, a concepção não-positivista.

Edelheit e Edelheit (1994) explicam que o processo inicial de acusação judicial dos “criminosos de guerra” aconteceu durante três fases nos Tribunais de Nuremberg. No Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, Estados Unidos, Grã-Bretanha, França e União Soviética julgaram um grupo de vinte e dois dos principais “criminosos” da Alemanha e da Áustria¹⁷³. Em seguida, julgamentos menores foram realizados em cada uma das zonas ocupadas da Alemanha. No período de 1945 a 1949, houve a condenação e punição de outros mais de cinco mil alemães nas zonas americanas, inglesas e francesas. Além desses, outros julgamentos ocorreram na Europa Central e no leste europeu, especialmente na República Federal da Alemanha. O julgamento de Eichmann, chefe da seção para assuntos judaicos da Gestapo e uma das principais figuras nazistas relacionadas à exterminação dos judeus, ocorreu em Israel (EDELHEIT; EDELHEIT, 1994, p. 443 e 442).

Segundo os autores, grande parte dos acusados foi condenada, muitos deles à morte (EDELHEIT; EDELHEIT, 1994, p. 442-443).

É preciso destacar que a responsabilização destes “criminosos de guerra” não ocorreu pela adoção da concepção não-positivista de forma isolada e caso a caso.

Na verdade, houve normatização específica para os crimes cometidos durante o nazismo (KELSEN, 1947, p. 154). Neste sentido, destaca-se o Acordo de Londres de 8 de agosto de 1945 que, considerando que “as Nações Unidas tem de tempos em tempos feito

¹⁷³ Outros julgamentos militares foram realizados em Nuremberg, com fulcro na Lei n.º 10 do Conselho de Controle (*Control Council Law n.º 10*), como se verá a seguir. Conferir *Nuernberg Military Tribunals*, vol. I a XV.

declarações de sua intenção de que os criminosos de guerra devem ser trazidos à justiça”¹⁷⁴, dispôs sobre a instituição do Tribunal Militar Internacional para “o julgamento de criminosos de guerra cujos crimes não têm localização geográfica particular, enquanto sejam acusados individualmente ou em sua qualidade de membros de organizações ou grupos, ou em ambas as condições”¹⁷⁵ (INTERNATIONAL MILITARY TRIBUNAL, 1947, v. I, p. 8). Já a Lei n.º 10 do Conselho de Controle¹⁷⁶ estabeleceu “uma base legal uniforme na Alemanha para a acusação de criminosos de guerra e outros criminosos semelhantes, exceto aqueles tratados pelo Tribunal Militar Internacional”¹⁷⁷, autorizando o estabelecimento de Tribunais Militares (NUERNBERG MILITARY TRIBUNALS, 1951, v. III, p. XVIII), que foram efetivamente instituídos por meio da Portaria do Governo Militar n.º 7¹⁷⁸ (NUERNBERG MILITARY TRIBUNALS, 1951, v. III, p. XXIII-XXIV).

No entanto, a própria viabilização destes atos normativos decorreu da postura não-positivista adotada, que pressupunha que os atos praticados pelos acusados eram contrários ao Direito, a despeito da existência de diversas normas nazistas que o amparavam¹⁷⁹.

Nota-se isto, quando o Tribunal Militar Internacional ratifica as palavras de Sir Hartley Shawcross¹⁸⁰, no sentido de que

Os direitos de intervenção humanitária em nome dos direitos do homem, espezinhados por um Estado de uma forma que choca o senso de humanidade, há muito tem sido considerados como formando parte do [reconhecido]¹⁸¹ direito das nações. Aqui, também, a Carta meramente desenvolve um princípio preexistente¹⁸². (NUERNBERG MILITARY TRIBUNALS, 1951, v. III, p. 982).

¹⁷⁴ Whereas the United Nations have from time to time made declarations of their intention that war criminals shall be brought to justice.

¹⁷⁵ The trial of war criminals whose offenses have no particular geographical location whether they be accused individually or in their capacity as members of organizations or groups or in both capacities.

¹⁷⁶ Control Council Law n.º 10.

¹⁷⁷ A uniform legal basis in Germany for the prosecution of war criminals and other similar offenders, other than those dealt with by the International Military Tribunal.

¹⁷⁸ Military Government Ordinance n.º 7.

¹⁷⁹ Não se ignora que, mesmo durante os julgamentos, afirmou-se que os atos praticados eram ilegais, inclusive, à luz do Direito Internacional, mas esta afirmação envolveria uma outra discussão, não tratada aqui, sobre quais as limitações do Direito Internacional e sobre a possibilidade de que seja considerado, no que interessava àqueles julgamentos, como Direito Positivo. Diante disso e à luz do que é afirmado pela maior parte dos teóricos do Direito – positivistas ou não-positivistas –, considera-se, para este estudo, que o que efetivamente possibilitou a responsabilização nos julgamentos em Nuremberg foi a adoção da concepção não-positivista.

¹⁸⁰ Membro da acusação, “Procurador Geral da Grã-Bretanha” (*Chief Prosecutor*).

¹⁸¹ Inclusão no original.

¹⁸² The rights of humanitarian intervention on behalf of the rights of man trampled upon by a state in a manner shocking the sense of mankind has long been considered to form part of the [recognized] law of nations. Here, too, the Charter merely develops a preexisting principle.

Nota-se, também, que na descrição dos crimes cometidos pelos acusados, durante os julgamentos no Tribunal Militar Internacional, há diversas menções à prática “ilegal” de atos¹⁸³. Neste mesmo sentido, destaca-se o seguinte excerto extraído do julgamento realizado perante o Tribunal Militar III¹⁸⁴:

Entre janeiro de 1933 e abril de 1945 todos os aqui acusados, agindo conforme um projeto comum, **ilegalmente**, voluntariamente e conscientemente conspiraram e concordaram juntos e com cada um e com diversas outras pessoas, em cometer crimes e crimes contra a humanidade, como definidos na Lei n.º 10 do Conselho de Controle, artigo 11. (NUERNBERG MILITARY TRIBUNALS, 1951, v. III, p. 17, grifo nosso)¹⁸⁵.

Não se pode olvidar que os acusados perante os Tribunais de Nuremberg eram pessoas diretamente ligadas ao regime nazista, como ocupantes de altos cargos no governo, idealizadores e executores de políticas, membros dos órgãos judiciários, dentre outros.

A responsabilização nestes casos envolveu, portanto, mais do que mera atuação em conformidade com um Direito que posteriormente se considerou inválido. Puniram-se, na verdade, aqueles que diretamente instituíram ou colaboraram para a instituição do regime nazista e, conseqüentemente, de seu Direito extremamente injusto.

A adoção do Não-Positivismo envolve, todavia, muito mais do que isso.

Em alguns casos, o afastamento da validade das normas jurídicas postas durante o regime nazista afetou pessoas que não se relacionavam de qualquer forma ao regime, mas praticaram atos em sua conformidade. Em outros, a recusa à validade do *status* jurídico devolveu direitos que haviam sido suprimidos por normas restritivas, como se nunca houvessem sido promulgadas.

Este segundo caso não é objeto de grandes questionamentos, visto que o restabelecimento de direitos e a reparação dos danos causados durante regimes injustos após a sua queda normalmente é garantida pelo próprio ordenamento jurídico posto com a redemocratização. A primeira situação, todavia, é realmente importante para que se confirme ou não a conclusão de que o Não-Positivismo é preferível ao Positivismo.

Um caso apresentado por Hart (1958, p. 619-620), em *Separation of Law and Morals*, e retomado por diversos autores positivistas e não-positivistas para comprovar

¹⁸³ Conferir THE INTERNATIONAL MILITARY TRIBUNAL, 1947, v. I, p. 84 e ss.

¹⁸⁴ Ver nota de rodapé n.º 15.

¹⁸⁵ Between January 1933 and April 1945 all of the defendants herein, acting pursuant to a common design, unlawfully, willfully, and knowingly did conspire and agree together and with each other and with divers other persons, to commit war crimes and crimes against humanity, as defined in Control Council Law No. 10, Article 11.

suas teorias, refere-se a uma mulher que denunciou seu marido, membro do Exército alemão, às autoridades nazistas, por ele ter insultado Hitler. A ofensa praticada pelo marido, aparentemente, representava uma violação ao ordenamento nazista. O denunciado foi preso e condenado à morte, apesar de não ter sido executado. Em 1949, a mulher foi processada pelo ato que Hart descreve como “privar ilegalmente uma pessoa de sua liberdade”, que era punível como crime conforme o Código Criminal alemão de 1871, em vigor desde a sua promulgação. A mulher alegou que a prisão de seu marido houvera ocorrido nos termos da legislação nazista e que, portanto, ela não havia cometido crime algum. O tribunal a considerou culpada, entendendo que a lei que a amparava durante o regime nazista era contrária à consciência de justiça de todos os seres humanos decentes.

Hart (1958, p. 619) afirma, por fim, que esse raciocínio foi seguido em vários casos “como um triunfo das doutrinas do direito natural e como sinal da derrota do positivismo”.

Não fica claro, porém, a qual norma nazista, que ampararia sua conduta, estava se referindo a mulher em sua defesa, mas, conforme narrado por Hart ela não tinha obrigação jurídica de denunciar o marido. O autor entende que a resolução do caso poderia ocorrer de três formas. Em primeiro lugar, da forma como feito, negando-se à norma que amparava o ato da mulher desde 1934 a condição jurídica, o que, para ele, parece histeria. Em segundo lugar, poder-se-ia considerar válida a norma vigente durante o regime nazista, o que levaria à impunibilidade da mulher. Por fim, poder-se-ia admitir a aplicação retroativa de alguma lei que admitisse a sua punição (HART, 1958, p. 619).

Para Hart (1958), em se decidindo pela punição da mulher, seria melhor optar pela retroatividade do que pela consideração de que uma norma formalmente jurídica nunca foi Direito, por mais odiosa que seja a retroatividade da legislação criminal e a punição desta forma. Segundo ele, a retroatividade tem, ao menos, o mérito da franqueza, pois

isso teria deixado claro que para punir a mulher a opção teve que ser feita entre dois males, aquele de deixá-la impune e aquele de sacrificar um princípio muito precioso da moral endossado pela maioria dos sistemas jurídicos. Certamente, se nós aprendemos alguma coisa com a história da moral é que a coisa a se fazer com o dilema da moral é não escondê-lo. Como urtigas, as ocasiões em que a vida nos força a escolher entre o menor de dois males devem ser compreendidas com a consciência de que eles são o que eles são. O vício deste uso do princípio por meio de que, em certos pontos-limites, o que é terminantemente imoral não pode ser Direito ou jurídico é que servirá para disfarçar a verdadeira natureza dos problemas com os quais nos deparamos e incentivará o otimismo romântico de que todos os valores que nós apreciamos no fim das contas caberão em um único sistema, que nenhum deles tem que ser sacrificado ou ajustado para acomodar outro. (HART, 1958, p. 620).¹⁸⁶

¹⁸⁶ It would have made plain that in punishing the woman a choice had to be made between two evils, that of leaving her unpunished and that of sacrificing a very precious principle of morality endorsed by most

Hart entende, portanto, que seria melhor retroagir a aplicação de uma norma, deixando-se clara a preferência pela opção da retroatividade, do que se afirmar simplesmente que aquele Direito assim reconhecido até então na verdade nunca foi Direito, o que esconderia questões morais verdadeiramente importantes.

Segundo Leiser (1969), a questão de Nuremberg apresenta uma escolha desconfortável, pois “ou nós expandimos o significado de ‘Direito’ para incluir o direito natural, ou nós invocamos a legislação retroativa” (LEISER, 1969¹⁸⁷, *apud* KOCH, 1977, p. 163)¹⁸⁸.

De fato, simplesmente negar a validade do Direito pode dar a falsa impressão de que não houve uma opção moral que precisa ser feita em qualquer caso. Isso pode ser mitigado, todavia, pela adoção de uma concepção não-positivista restritiva, como a que apenas admite a invalidação jurídica à luz da extrema injustiça, da forma como foi colocada aqui.

Mas não há como se negar que a punição à luz da tese da extrema injustiça traz certo incômodo, se não for pensada para os idealizadores e fieis executores de um regime extremamente injusto, mas sim da ótica de quem “apenas” agiu conforme o Direito válido.

Optar por produzir ou não uma norma extremamente injusta não é o mesmo que optar ou não por obedecê-la ou agir em sua conformidade. Independentemente de quais tenham sido as razões pelas quais a mulher do caso narrado por Hart resolveu denunciar o marido, é sempre possível pensar na atuação por vontade, inclusive moral, de obedecer ao Direito, e esta vontade nem sempre se relaciona ao seu conteúdo.

Mais do que isso, em outras situações, responsabilizar alguém por ter observado o Direito corresponderia a exigir que houvesse sacrificado, pelo menos em alguns casos, bens importantes como a própria vida. Todavia, como afirma Kumm (2007, p. 154), “ninguém pode ser forçado a ser um herói e a sacrificar sua vida por outros”¹⁸⁹. Dimoulis

legal systems. Surely if we have learned anything from the history of morals it is that the thing to do with a moral quandary is not to hide it. Like nettles, the occasions when life forces us to choose between the lesser of two evils must be grasped with the consciousness that they are what they are. The vice of this use of the principle that, at certain limiting points, what is utterly immoral cannot be law or lawful is that it will serve to cloak the true nature of the problems with which we are faced and will encourage the romantic optimism that all the values we cherish ultimately will fit into a single system, that no one of them has to be sacrificed or compromised to accommodate another.

¹⁸⁷ LEISER, Burton M. *Custom, law, and morality: conflict and continuity in social behavior*. New York: Anchor Books, 1969.

¹⁸⁸ Either we expand the meaning of ‘law’ to include the natural law, or we invoke retrospective legislation.

¹⁸⁹ No one can be forced to be a hero and sacrifice their life for others.

(2006, p. 270) acrescenta que “o medo impõe muitas vezes o silêncio e a passividade. Nem todos escolhem o caminho da guerrilha ou do exílio”.

Um dos princípios adotados nos julgamentos em Nuremberg foi o de que alegações no sentido de que os atos haviam sido praticados por obediência a autoridades superiores não poderiam ser aceitos (INTERNATIONAL MILITARY TRIBUNAL, 1947, v. I, p. 224-226), visto que Hitler era a autoridade superior em todas as esferas do regime nazista e, em última análise, as ordens eram sempre dele. Como ele já estava morto, isso implicaria dizer que ninguém poderia ser responsabilizado (PERSICO, 1994, p. 35). Essa atitude foi adotada com base na certeza de que a assim se permitir, ficariam impunes os principais idealizadores de atos de extermínio que, muitas vezes, agiram sem sequer o conhecimento de Hitler.

Todavia, de forma abstrata, não é possível negar que muitas das pessoas que atuaram da forma como fizeram durante o regime nazista, de fato, o fizeram por cumprimento a ordem superior, por temer pela própria vida, pela obrigação de obedecer o Direito, mesmo que este não consagrasse os princípios em que acreditavam. Uma adoção indiscriminada da posição não-positivista, inclusive a tese da extrema injustiça, poderia admitir a punição de todas essas pessoas pela prática de atos que, no momento de sua prática, conformavam-se à ordem jurídica.

Com estas últimas considerações, poder-se-ia concluir que a preferência pela concepção não-positivista ante à concepção positivista exige a garantia de que, na tentativa de se corrigirem extremas injustiças ou sob sua justificativa, não serão praticadas outras extremas injustiças.

Se parece intrinsecamente legítimo punir aqueles que criaram procedimentos para que os judeus morressem mais rápido ou com maior economia, não parece tão adequado punir judeus que, na esperança de que suas vidas fossem poupadas, colaboraram com o regime e mataram outros judeus.

A declaração de invalidade de um Direito extremamente injusto não é fim em si mesmo. Por mais que pareça natural adotar a concepção não-positivista como demanda universal por justiça, se ela não puder distinguir entre diferentes responsabilidades, separando aqueles que de fato viabilizam a instituição e execução de um Direito extremamente injusto daqueles que confiam no poder instituído e agem juridicamente ou o fazem apenas por medo, sua adoção é muito arriscada para ser melhor que o Positivismo.

A conclusão provisoriamente alcançada foi, portanto, colocada em xeque e a decisão entre Positivismo e Não-Positivismo não será tomada aqui. A concepção não-positivista ainda é muito recente e faltam elementos para uma definição segura. A discussão precisa continuar.

Esta decisão não precisa ser tomada agora, em todo caso. Enquanto continuarmos a repudiar aqueles que não fizeram nada para impedir o nazismo com a mesma facilidade com que não nos importamos com as atrocidades praticadas na África – desde que o mundo ocidental continue em paz – temos tempo.

5 CONCLUSÃO

A afirmação descontextualizada de que, para o positivista, não há conexão conceitualmente necessária entre Direito e Moral, entre o que a lei determina e o que a justiça requer, pode levar ao equivocado entendimento de que o Positivismo Jurídico é indiferente à necessidade de busca pela justiça e que, por isso, acabou propiciando a ocorrência do nazismo.

Conforme esclarecem os positivistas, destacando-se, neste ponto, Kelsen (2001) e Hart (2009), a tese de desvinculação entre Direito e Moral deve-se à impossibilidade de se decidir de forma objetiva “qual” justiça consagrar, o que, de forma indireta, implica exatamente evitar injustiça.

Esta é apenas uma das razões pelas quais a imparcialidade buscada no Direito pelo Positivismo Jurídico não equivale a buscar um Direito sem valor, mesmo porque, consoante reconhece Recaséns Siches (1970, p. 380), toda norma jurídica é fruto de uma escolha, de uma preferência, e esta sempre exige uma valoração prévia. Ademais, ainda que se pudesse falar em suposta indiferença a valores por parte do Positivismo Jurídico, isso não equivaleria à má-valorização operada por um regime totalitário.

De fato, a valoração é necessariamente preexistente às normas jurídicas. A existência de valores, infelizmente, não se confunde com a existência de bons valores. Portanto, provavelmente, as tragédias da Humanidade decorrentes de seus próprios atos não decorreram de uma ausência de valores, mas, sim, de uma imposição de valores equivocados. MacCormick afirma que “a pretensão de correção, se assim for, é aquela de quem faz o Direito, não aquela do ‘Direito’ em si” (MacCORMICK, 2007, p. 67).

A despeito de tudo isso, não se pode fechar os olhos para o fato de que – ainda que não em razão da forma positivista de se pensar o fenômeno jurídico – o Direito, ao menos enquanto entendido como conjunto de normas postas pelo Estado, foi usado como instrumento de legitimação de algo tão inexplicável como o nazismo, de uma “perversidade disforme” que “está além da capacidade de compreensão humana” (ARENDT, 2008, p. 227).

Inevitavelmente, isso fez com que se pensasse no que podia ser feito para melhorar o Direito, ao menos enquanto não se pode melhorar o homem. A despeito da confusão que se fez entre a utilização do Direito como meio legitimador do terror e a adoção da concepção positivista como possibilitadora disso, mostrou-se bem-vinda a ascensão de

uma teoria que retomasse o estudo da validade material do Direito, sem, no entanto, vinculá-la a um Direito Natural em que não mais se acredita de forma majoritária no mundo ocidental, mesmo porque o absolutismo deste Direito Natural também permitiu muitas atrocidades praticadas em seu nome.

Neste sentido, tentou-se demonstrar neste estudo que, inobstante problemática, a concepção não-positivista não deve ser abandonada, e sim melhor desenvolvida, de forma a que se projete como uma opção preferível ao Positivismo Jurídico.

Para isso, sugeriu-se a apreciação de três pontos essenciais. Em primeiro lugar, restando comprovado que o ordenamento nazista de fato continha disposições consideradas extremamente injustas, buscou-se desvincular a concepção não-positivista do exemplo nazista, a fim de que se evitassem, especialmente, duas críticas: a de que o Não-Positivismo retira um dever-ser – *o Direito dever ser não-extremamente injusto* – de um ser – a ocorrência do nazismo; e a de que a mera recorrência a este exemplo histórico não evidencia, por si, as situações em que o Direito é extremamente injusto.

Neste sentido, foi, em segundo lugar, proposto um conteúdo para o que Alexy, retomando Radbruch, chama de “extrema injustiça”, composto por um núcleo fechado e um núcleo aberto. O primeiro é definido pela máxima de que “em condições normais, o Direito que me submete não pode pretender me eliminar, desde que eu não faça um mal que comprometa a sobrevivência dos demais componentes da sociedade”. O segundo exige o reconhecimento de que o homem deve não apenas viver, como viver de determinada forma, embora esta forma não possa ser conclusivamente definida.

Em terceiro lugar, observou-se que a segurança jurídica, se vista como elemento indispensável à própria natureza do Direito, não pode ser vulnerada mesmo em grau mínimo, como o permite Alexy, pois isso implicaria reconhecer a existência de um “menos” Direito. Neste sentido, o Não-Positivismo apenas poderia colocar-se como alternativa viável ao Positivismo se garantisse, sem limitação gradativa, a segurança.

Entendeu-se que se o conceito de segurança jurídica for ampliado, de forma a superar as barreiras da conformação ao Direito Positivo, para admitir a contribuição direta da Ciência do Direito, de forma excepcional e apenas a fim de que se conheça o conteúdo do núcleo flexível da extrema injustiça, o Não-Positivismo é capaz de a garantir. Destacou-se, todavia, que essa possibilidade apenas poderia ser aceita com a consciência de que o consenso apenas serve-se ao conhecimento do que não pode ser consagrado na norma

jurídica – e não do que precisa, necessariamente, nela constar –, bem como que, não importa quão unânime seja determinado pensamento, ele sempre pode ser questionado.

Estabelecidas essas premissas, foi necessário questionar se, de fato, pode uma teoria jurídica colaborar para o impedimento de novas ocorrências históricas como foi o nazismo. À primeira vista, a resposta parece ser positiva, pois a adoção da concepção não-positivista pode atender a uma finalidade preventiva típica do Direito, incutindo nos homens potencialmente cometedores de extremas injustiças jurídicas o medo de futura responsabilização. Em um segundo momento, todavia, essa mesma responsabilização, se não dirigida àqueles diretamente vinculados à instituição e cometimento dos atos atroz, juridicamente respaldados, causa estranhamento.

A vontade de reparação de extremas injustiças passa, então, a evidenciar que tão importante como a própria é não permitir que, sob a justificativa de se cometer um bem, cometam-se males tão reprováveis quanto àqueles que se buscava reparar.

A imposição à parte de um povo de que suporte restrições de liberdade intoleráveis, por exemplo, não pode ser justificada, nunca mais, pelo fato de seus governantes terem praticado absurdos incompreensíveis – e, principalmente, injustificáveis – à razão humana.

Desta forma, enquanto o Não-Positivismo não delimitar de forma mais precisa os efeitos que pretende – e de que forma pode, de fato, propiciar mais justiça –, o risco de sua adoção parece ainda maior que o risco de se ter como válido qualquer conteúdo que o Direito institua.

Esta afirmação talvez corrobore alguma frustração de Kelsen, quando responde à pergunta “O que é Justiça?”:

Nenhuma outra questão foi tão passionalmente discutida; por nenhuma outra foram derramadas tantas lágrimas amargas, tanto sangue precioso; sobre nenhuma outra, ainda, as mentes mais ilustres – de Platão a Kant – meditaram tão profundamente. E, no entanto, ela continua até hoje sem resposta. Talvez por se tratar de uma dessas questões para as quais vale o resignado saber de que o homem nunca encontrará uma resposta definitiva; deverá apenas tentar perguntar melhor (KELSEN, 2001, p. 1).

Se a passagem de Kelsen demonstra pessimismo, o aprimoramento da vida humana está condicionado à mesma incerteza sobre a própria vida humana – seu início e, principalmente, seu final.

Mas, em uma atitude mais otimista, perguntando-se melhor, pode-se, ao contrário, concluir, como Recaséns Siches, que

o fato de um tema de conhecimento se revelar muito difícil – a ponto de muitos geniais pensadores terem fracassado em seus intentos de resolvê-lo – não significa necessariamente que tal tema precise ser considerado irremediavelmente inacessível. Passaram-se vinte e dois séculos de cultura ocidental sem que o cálculo infinitesimal fosse apreendido. Passaram-se vinte e cinco séculos na história da ciência sem que se chegasse a adquirir uma representação correta do átomo. [...] Creio que em matéria de estimativa logrou-se acumular muitos conhecimentos sólidos e de grande importância, e que realizamos substanciais progressos, apesar do enorme campo que ainda há a se explorar com rigor.¹⁹⁰ (RECASÉNS SICHES, 1970, p. 420).

Se existe uma única certeza possível, esta é a de que não é possível o abatimento frente às incongruências e dificuldades geradas pelas tentativas de se melhorar o Direito, sempre para se melhorar, afinal, a vida do homem. Enquanto não se conseguem mais e melhores respostas definitivas, deve-se sempre ter em mente, ao menos, que “o homem não é sozinho. Pois ser sozinho significa não ter iguais” (ARENDT, 2008, p. 355).

Como afirma Fuller (1969, p. 184), a qualidade de seres humanos deve ser sempre preservada, e isso quer dizer, exatamente, tratar a todos como iguais, ou então “nós negamos a qualidade humana a nós mesmos em um esforço de justificar negá-la aos outros”¹⁹¹.

É isso que deve guiar a doutrina não-positivista a estabelecer o que ela mesma entende por justiça – ainda que, ao menos por ora, a justiça que se busca seja apenas a ausência de extrema injustiça – e, assim, a superar os desafios que enfrentará ao delimitar quais consequências jurídicas está disposta a subsidiar.

¹⁹⁰ El hecho de que un tema de conocimiento se presente como muy difícil – hasta el punto de que muchos geniales pensadores hayan fracasado en sus intentos de apoderarse de él – no significa por necesidad que tal tema tenga que ser considerado irremediavelmente como inasequible. Pasaron veintidós siglos de cultura occidental sin que el cálculo infinitesimal fuese apreendido. Pasaron veinticinco siglos en la historia de la ciencia sin que se llegase a adquirir una representación correcta del átomo. [...] Creio que en materia de estimativa se ha logrado ya acumular muchos conocimientos sólidos y de gran importancia, y que hemos realizado ya sustanciales progresos, si bien sea enorme el campo que todavía hay que explorar con rigor.

¹⁹¹ We deny the human quality to ourselves in an effort to justify denying it to others.

REFERÊNCIAS

ARBOUR, Louise. **A votação da ONU sobre a pena de morte.** *United Nations Regional Information Centre – UNRIC*. 28 dez. 2007. Disponível em: <<http://www.unric.org/pt/actualidade/opinioao/14736%20-%20Portugal>>. Acesso em: 12 dez. 2012.

ALEX, Robert. **Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal:** la doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicídios cometidos por los centinelas del Muro de Berlín. *Doxa* 23, p. 197- 230, 2000.

ALEX, Robert. Mauerschützen: acerca de la relación entre derecho, moral e punibilidad. In: VIGO, Rodolfo L. (Coord.). **La injusticia extrema no es derecho.** Mexico D. F.: Fontamara, 2004. p. 267-309.

ALEX, Robert. **La institucionalización de la justicia.** Tradução de José Antonio Seoane, Eduardo Roberto Soder e Pablo Rodrigues. Granada: Editorial Comares, 2005.

ALEX, Robert. An answer to Joseph Raz. In: PAVLAKOS, George (Edi.). **Law, rights and discourse:** the legal philosophy of Robert Alexy. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2007. p. 37-55.

ALEX, Robert. Thirteen replies. In: PAVLAKOS, George (Edi.). **Law, rights and discourse:** the legal philosophy of Robert Alexy. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2007a. p. 334-366.

ALEX, Robert. **Conceito e validade do direito.** Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2009.166 p.

ALEX, Robert. **The dual nature of law.** *Ratio Juris*, v. 23, n. 2, p. 167-182, jun. 2010.

ALEX, Robert. **Teoria da argumentação jurídica:** a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Rio de Janeiro: Forense, 2011. 350 p.

ALEX, Robert. **The existence of human rights special lecture.** WORD CONGRESS OF PHILOSOPHY OF LAW AND SOCIAL PHILOSOPHY, XXV, 15-20 ago. 2011, Frankfurt. *Anais...* Frankfurt: IVR, 2011a.

ARENDT, Hannah. **Compreender:** formação, exílio e totalitarismo. Tradução de Denise Bottmann. São Paulo: Companhia das Letras; Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008. 490 p.

ARISTÓTELES. **Política.** Tradução de Mário da Gama Kury. Brasília: Editora UnB, 1985.

AUSTIN, John. **The province of jurisprudence determined.** Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

BARZOTTO, Luiz Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo**: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart. São Leopoldo: UNISINOS, 1999.

BERTEA, Stefano. How non-positivism can accommodate legal certainty. In: PAVLAKOS, George (Edi.). **Law, rights and discourse**: the legal philosophy of Robert Alexy. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2007. p. 69-82.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. 240 p.

CUNHA, Sérgio Sérulo da. Prefácio à edição brasileira. In: RADBRUCH, Gustav. **Introdução à ciência do direito**. Tradução de Vera Barcow. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006. 302 p.

DI PIETRO, Alfredo. **Derecho privado romano**. 3. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009. 460 p.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 2. ed. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007. 514 p.

DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010. 422 p.

EDELHEIT, Abraham J.; EDELHEIT, Hershel. **History of the holocaust**: A handbook and dictionary. Boulder, CO: Westview Press, 1994. 524 p.

FULLER, Lon L. **Positivism fidelity to law**: a reply do Professor Hart. Harvard Law Review, v. 76, n. 4, p. 630-672, fev. 1958.

FULLER, Lon L. **The morality of law**. Ed. rev. New Haven, CT & London: Yale University Press, 1969.

GRIMAL, P. **A civilização romana**. Lisboa: Edições 70, 1984.

HALDEMANN, Frank. **Gustav Radbruch vs. Hans Kelsen**: a debate on nazi law. Ratio Juris, v. 8, n. 2, p. 162-178, jun. 2005.

HART, Herbert L. A. **Positivism and the separation of law and morals**. Harvard Law Review, v. 71, n. 4, p. 593-629, fev. 1958.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. 399 p.

HOLOCAUST ENCYCLOPEDIA. Examples of antisemitic legislation, 1933–1939. **United States Holocaust Memorial Museum**. Disponível em: <<http://www.ushmm.org/wlc/en/article.php?ModuleId=10007459>>. Acesso em: 10 dez. 2012.

HUME, David. **Tratado da natureza humana**. Livro III, Parte I, Seção II. Tradução de Débora Danowisk. São Paulo: Editora UNESP, 2000.

INTERNATIONAL MILITARY TRIBUNAL. **Nuernberg: 14 july 1945 – 1 october 1946**. Germany: Published At Nuremberg, 1947, v. I, 367 p. (Trials of War Criminals)

INTERNATIONAL MILITARY TRIBUNAL. **Nuernberg: 14 july 1945 – 1 october 1946**. Germany: Published At Nuremberg, 1947, v. III, 601 p. (Trials of War Criminals)

INTERNATIONAL MILITARY TRIBUNAL. **Nuernberg: 14 nov 1945 – 1 october 1946**. Germany: Published At Nuremberg, 1947. v. X, 652 p. (Trials of War Criminals)

INTERNATIONAL MILITARY TRIBUNAL. **Nuernberg: 14 november 1945 a 1 october de 1946**. Germany: Published At Nuremberg, 1948. v. XVIII, 510 p. (Trials of War Criminals)

JASPERS, Karl. **The question of german guilt**. Tradução de Joseph W. Koterski. New York: Fordham University Press, 2000.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. 2. ed. rev. Tradução de Edson Bini. Bauru-SP: EDIPRO, 2008.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2009.

KELSEN, Hans. **Will the judgment in the Nuremberg Trial Constitute a precedent international law?** The International Law Quartely, v. 1, n. 2, p. 153-171, summer 1947.

KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986. 510 p.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998. 427 p.

KELSEN, Hans. **O que é Justiça?** Tradução de Luís Carlos Borges e Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 2001. 404 p.

KELSEN, Hans. **O problema da justiça**. 4. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003. 150 p.

KOCH, Neal. **Classical legal positivism at Nuremberg considered**. Case W. Res. J. Int'l L., v. 9, p. 161-165, 1977.

KUMM, Mattias. Political liberalism and the structure of rights: on the place and limits of the proportionality requirement. In: PAVLAKOS, George (Ed.). **Law, rights and discourse: the legal philosophy of Robert Alexy**. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2007. 131-166.

LUNA, Francisco Vidal; COSTA, Iraci Del Nero da. A presença do elemento forro no conjunto de proprietários de escravos. In: LUNA, Francisco Vidal; COSTA, Iraci Del Nero da; KLEIN, Herbert S. **Escravidão em São Paulo e Minas Gerais**. São Paulo: Edusp: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2009. p. 449-459.

LUNA, Francisco Vidal; COSTA, Iraci Del Nero da; KLEIN, Herbert S. **Escravidão em São Paulo e Minas Gerais**. São Paulo: Edusp: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2009. 624 p.

MACCORMICK, Neil. Why law makes no Claims. In: PAVLAKOS, George (Ed.). **Law, rights and discourse: the legal philosophy of Robert Alexy**. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2007. p. 59-82.

MACCORMICK, Neil. **H. L. A. Hart**. Tradução de Claudia Santana Martins. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. 266 p.

MATA MACHADO, Edgar de Godoy da. **Elementos de teoria geral do direito: introdução ao direito**. 4. ed. Editora UFMG: Belo Horizonte, 1995. 410 p.

MERTENS, Thomas. **Nazism, legal positivism and Radbruch's thesis on statutory injustice**. Law and Critique, n. 14, p. 277-295, 2003.

MILITARY LEGAL RESOURCES. **Trials of War Criminals Before the Nuernberg Military Tribunals Under Control Council Law No. 10**: october 1946 - april 1949. 16 jun. 2010. Disponível em: <http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/NTs_war-criminals.html>. Acesso em: 20 jan. 2013.

NATIONAL ARCHIVES. **Teaching with documents**: documents related to brown v. board of education – May 17, 1954. Disponível em: <<http://www.archives.gov/education/lessons/brown-v-board>>. Acesso em: 17 jan. 2013.

NUERNBERG MILITARY TRIBUNALS. **The justice case**. Nuernberg. October 1946 – April 1949. Washington: Government Printing Office, 1951. v. III, 1.236 p. (Trials of War Criminals – Under Control Council Law n. 10)

PAVLAKOS, George (Ed.). **Law, rights and discourse: the legal philosophy of Robert Alexy**. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2007. 378 p.

PERSICO, Joseph E. **Nuremberg: infamy on trial**. New York: Pegin Books USA, 1994.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. Tradução de L. Cabral de Moncada. Coimbra: Arménio Amado, 1961.

RADBRUCH, Gustav. **Introdução à ciência do direito**. Tradução de Vera Barcow. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

RADBRUCH, Gustav. **Introducción a la Filosofía del derecho**. Novena reimpressão. Tradução de Wenceslao Roces. México: FCE, 2005.

RADBRUCH, Gustav. **Relativismo y derecho**. Santa Fé de Bogotá: Editorial Temis, 2009. 96 p. (Monografias Jurídicas 82).

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. 2. ed. Tradução de Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2010. 302 p.

RAZ, Joseph. **Practical reason and norms**. New York: Oxford University Press Inc., 1999. 222 p.

RAZ, Joseph. The argument from justice, or how not reply to legal positivism. In: PAVLAKOS, George (Edi.). **Law, rights and discourse: the legal philosophy of Robert Alexy**. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2007. p. 17-35.

RAZ, Joseph. **The authority of law**. New York: Oxford University Press, 2009. 340 p.

REALE, Miguel. **Fundamentos do direito**. 3. ed. São Paulo: RT, 1998.

RECASÉNS SICHES, Luis. **Tratado general de filosofía del derecho**. 4. ed. México: Porrúa, 1970.

ROSEMAN, Mark. **Os nazistas e a solução final: a conspiração de Wannsee – do assassinato em massa ao genocídio**. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003.

SILBERMAN, Lili. **Nazi Anti-Jewish Laws**. About the Holocaust. 1999. Disponível em: <http://www.adl.org/children_holocaust/about_nazi_law.asp>. Acesso em: 10 dez. 2012.

WALUCHOW, W. J. **Herculean Positivism**. Oxford J Legal Studies, v. 5, n. 2, p. 187-210, 1985.